

EL NEGOCIO INCOMPLETO*

Carlos Pérez Ramos

Notario de Madrid

TITLE: *The incomplete contract*

RESUMEN: El negocio incompleto es una figura a medio camino entre la nulidad y la anulabilidad. Su régimen jurídico se puede inferir del artículo 1259.2 Código civil del que resulta que el negocio incompleto es nulo, pero sanable mediante la adición al mismo del presupuesto que le faltaba para ser completo, y que sanado surtirá efectos retroactivamente sin perjuicio de terceros. Se analizan cada una de estas premisas y los posibles casos de negocios incompletos, la posibilidad de sujetar el mismo a condición suspensiva, la actitud que debe tomar el notario a la hora de autorizar una escritura que contenga un negocio incompleto, y si el mismo puede ser revocado por la otra parte contratante antes de ser completado.

ABSTRACT: *The incomplete contract is a figure halfway between nullity and voidability. Its legal regimen can be inferred from article 1259.2 Civil Code from which it appears that the incomplete contract is void, but can be healed by adding to it the budget that was missing to be complete, and that once healed it will take effect retroactively without harming third parties. Each of these premises and the possible cases of incomplete contract are analyzed, the possibility of subjecting it to a suspensive condition, the attitude that the public notary must take when authorizing a deed that contains an incomplete contract, and whether he can be revoked by the other contracting party before being completed.*

PALABRAS CLAVE: Negocio incompleto, nulidad, sanación, ratificación, artículo 1259.2 Código Civil, condición suspensiva.

KEY WORDS: *Incomplete contract, nullity, healing, ratification, article 1259.2 Civil Code, suspensive condition.*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. EL NEGOCIO INCOMPLETO. 3. POSIBLES NEGOCIOS INCOMPLETOS. 3.1. *Caso del falsus procurator del 1259 Código civil.* 3.2. *Los casos de negocios consentidos por padres o curadores o guardadores de hecho representativos sin la preceptiva autorización judicial exigida en los casos de los arts. 166 y 287 Código civil.* 3.3. *Las disposiciones a título oneroso de bienes gananciales por uno solo de los cónyuges. El caso del artículo 1322.1 Código civil.* 3.4. *La autocontratación.* 3.5. *Actuación de los administradores de una sociedad de capital sin la necesaria autorización de la junta general cuando ésta legalmente sea necesaria.* 3.6. *Contratos que necesitan autorización administrativa (por ej. la enajenación de inmuebles sujetos a Ley de defensa e interés para la Defensa nacional).* 4. *¿ES POSIBLE SUJETAR EL NEGOCIO INCOMPLETO A CONDICIÓN SUSPENSIVA SIENDO ÉSTA EL QUE EL MISMO SE COMPLETE?* 5. *¿PUEDE EL NOTARIO AUTORIZAR UNA ESCRITURA PÚBLICA QUE CONTENGA UN NEGOCIO INCOMPLETO?* 6. *EL PROBLEMA DE LA REVOCACIÓN DEL NEGOCIO INCOMPLETO POR LA OTRA PARTE CONTRATANTE ANTES DE SU SANACIÓN. BIBLIOGRAFÍA.*

* Este trabajo ha obtenido, en su primera edición, el Premio Joaquín Zejalbo, que otorga Notarios y Registradores en memoria de Joaquín Zejalbo Martín, miembro que fue del Equipo de redacción de *notariosyregistradores.com* y del Consejo de Redacción de la *Revista de Derecho Civil*.

1. INTRODUCCIÓN

Siempre he querido escribir este artículo, porque siempre me ha llamado la atención el que, por muchos, sin que se preocuparan en describirlo, se citara con naturalidad la figura del negocio incompleto, como dando por supuesto que todos conocemos lo que el mismo implica.

A pesar de la inquietud que inspira estas breves notas no aspiro a construir una sólida teoría de esta figura, sino que simplemente pretendo aportar unas reflexiones sobre la misma invitando a que alguien con más talento y tiempo se anime a aceptar el desafío de analizar en profundidad el negocio incompleto.

De las pocas líneas que se dedican al negocio incompleto, se puede deducir que es una figura no creada por el legislador -aunque intuita por el mismo- y, por tanto, de origen esencialmente doctrinal y jurisprudencial, elaborada para superar las limitaciones que en la práctica se derivan de la aplicación de la teoría general de la ineficacia¹.

Limitaciones que tienen su origen en varias causas, desde la imprecisión técnica de la teoría que la sustenta², a los problemas que se producen en la práctica a la hora de aplicarla, derivados de que sus efectos son, en ocasiones, excesivamente rígidos y encajan mal con los intereses en juego puesto que, en ocasiones, pueden perjudicar a aquellos a quienes en teoría pretende proteger.

Hay que tener en cuenta que la regulación que sobre la invalidez se contiene en nuestro Código Civil se inspira en la contenida en el Código Civil francés que ya de por sí planteaba muchos problemas puesto que adolece del defecto -que nosotros hemos importado- de no basarse en un esquema claro.

¹ La idea de ineficacia del contrato representa la contrapartida de la idea de eficacia. Para Díez-PICAZO, L., cuando hablamos de la ineficacia aludimos a la falta de producción de consecuencias o, cuando menos de aquellas consecuencias que normalmente deberían haberse producido y que pueden ser razonablemente esperadas en virtud de la celebración del contrato.

² Llama la atención que tanto la doctrina como la jurisprudencia utilicen arbitrariamente las expresiones ineficacia, invalidez e incluso inexistencia, lo que por otro lado no deja de ser una consecuencia de la falta de precisión del propio legislador, ya que como sentencia Díez-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial I, Introducción. Teoría del Contrato*, Civitas, Madrid, 1967, p. 461, el codificador «prefirió la elegancia del estilo literario a la precisión terminológica», o como concluye LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil II, Volumen I*, 3ª, editorial Bosch, Barcelona 1994, p. 568, la terminología empleada por el Código Civil es «desconsoladoramente imprecisa. Nulo en el Código, puede equivaler a inválido en general, o denotar una cualquiera de las clases de invalidez, o aun otras formas de ineficacia».

A la vista de la deficiente regulación del Código civil francés, el Código civil alemán e italiano intentaron evitar cometer los mismos errores, y pretendieron regular la invalidez sustentándola en categorías claras, en concreto, en la clasificación bipartita, que se basa en diferenciar dos modalidades de invalidez: la nulidad y la anulabilidad, cada una de las cuales tendrá distintas causas³, características⁴ y efectos⁵.

³ En nuestro Derecho son causas de *nulidad* las siguientes:

1. Que al contrato le falte alguno de sus elementos esenciales, recogidos en el artículo 1261 Código civil, es decir:

- Falta de consentimiento. Lo que incluye el caso de que uno de los contratantes careciera de la capacidad natural de entender o querer al prestar el consentimiento.
- Falta de objeto o indeterminación del mismo.
- Falta o ilicitud de la causa.
- O falta la forma cuando la misma sea exigida como *ad solemnitatem* o como forma de ser.

2. Cuando el contrato choque con algún precepto legal imperativo (artículo 6.3 Código civil), añadiendo Díez-PICAZO cuando el contrato traspasara los límites de la autonomía de la voluntad recogidos en el artículo 1255 Código civil; esto es, la ley, la moral y el orden público.

La infracción de algún precepto imperativo como causa de nulidad es problemático porque previamente nos obliga dilucidar cuándo estamos ante una norma imperativa o dispositiva; y porque, además, en el fondo, cualquier causa de invalidez puede reconducirse a un caso de nulidad puesto que de alguna manera todo contrato inválido es nulo, bien sea por contradecir lo ordenado por una norma imperativa o por faltarle al contrato un presupuesto o requisito que la ley impone al mismo.

Es cierto que frente a esta afirmación se podría alegar que el propio artículo 6.3 Código civil no impone la sanción de nulidad cuando la norma que se contraviniera previera una sanción distinta a la nulidad, pero siendo cierto lo anterior no lo es menos que hay muchos casos en que la norma que impone un determinado requisito nada dice respecto a la sanción aplicable a aquellos contratos celebrados sin reunir dicho requisito (como por ejemplo, en el autocontrato o las enajenaciones de inmuebles consentidos por los padres en representación de los hijos sin la preceptiva autorización judicial) y la sanción de la nulidad se muestra excesiva -si se compara con otros casos- con la infracción cometida y en ocasiones insatisfactoria puesto que sus contundentes efectos pueden perjudicar a la parte a la que en teoría con la sanción se busca proteger.

En cuanto a la *anulabilidad*, a la luz del artículo 1301 Código civil, son sus causas:

- a) Los vicios del consentimiento: Esto es, error, violencia, intimidación y dolo.
- b) Tradicionalmente la falta de capacidad de obrar, siempre que tuviera la natural de entender o querer. Y tras la ley 8/2021 el que el contrato se hubiera celebrado por personas con discapacidad previstas de medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad de contratar prescindiendo de dichas medidas cuando fueran precisas (artículo 1301 Código civil).
- c) La disposición a título oneroso de un bien ganancial por un cónyuge sin el consentimiento del otro (arts. 1322 y 1377 Código civil).

⁴ Respecto a sus características, en el Derecho español, en cuanto a la nulidad:

- 1) La nulidad existe previamente a su declaración judicial, por lo que la sentencia que la pronuncia es declarativa.
- 2) Es declarable de oficio por el Juez, sin necesidad de que ninguna de las partes le solicite dicha declaración.
- 3) La acción de nulidad puede ser ejercitada por cualquier interesado, parte o tercero, no siendo aplicable al supuesto la prohibición de ir contra los propios actos.
- 4) La acción de nulidad no prescribe ni caduca, aunque quepa preguntarse si prescribe o caduca una posible acción de restitución consiguiente a la declaración de nulidad.
- 5) Por último, los contratos nulos no pueden ser convalidados, ya que al no haber contrato, es preciso otro nuevo, sin vicios, para obtener el efecto perseguido por las partes.

Esta clasificación se extendió con gran éxito en la doctrina española, reflejándose en los manuales de Derecho Civil e incluso en el Programa de las oposiciones de notarías y registros, así como en los planes de estudio de las Facultades de Derecho, y en los programas de otras oposiciones; hasta el punto de que se ha llegado a aceptar que nuestro Código Civil acoge la *tesis bipartita*⁶, aunque para la doctrina moderna parece que lo hace de una manera imperfecta⁷ ya que:

1.º Aunque el Código civil parece distinguir entre nulidad y anulabilidad sujetando cada categoría a distinto régimen jurídico, luego recoge algunas excepciones a la misma y así, admite que hay caso de contratos nulos que pueden ser sanados, por ej. el artículo 1259.2 Código civil que luego veremos; o supuestos como el del artículo 1322.1 Código civil en que la acción de anulabilidad (en contra de las reglas que son aplicables a esta clase de invalidez) puede ser ejercida por quién no fue parte del contrato (el cónyuge cuyo consentimiento se omitió).

2.º Parece que, algunas veces, el legislador ha ido calificando los distintos casos de invalidez sin atender a categorías conceptuales prefijadas a los efectos que la invalidez va a producir en el contrato en cuestión, así sucede por ejemplo con el caso de la disposición de un bien ganancial por un cónyuges sin el consentimiento del otro que si es a título oneroso es anulable (artículo 1322.1 Código civil) y si es a título gratuito es nulo (artículo 1322.2 Código civil) cuando el motivo que origina la invalidez es el mismo.

⁵ Finalmente, los efectos de nulidad es que el contrato nulo carece de efectos con carácter retroactivo, es como si no hubiera existido (*nulum est negotium nihil est actum*).

Y declarado nulo un contrato se aplicará la *cadena de nulidades* y su nulidad arrastrará a aquellos de que traiga causa, únicamente quedarán protegidos los casos de adquisiciones a non domino o protección de la apariencia jurídica del artículo 34 LH, y del artículo 464 Código civil, destacando que dicha protección tendrá lugar respecto a quien no fue parte del contrato nulo, como resulta del artículo 33 LH, cuando proclama que la inscripción no convalida los actos y contratos nulos con arreglo a las leyes.

De la aplicación de la teoría de la *cadena de nulidades* resulta que declarada la nulidad debe restituirse la situación jurídica a la que existía antes del surgimiento del contrato nulo, tal y como resulta del artículo 1303 Código civil que declara: *Declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes.*

⁶ Si bien como matiza CLAVERÍA, L. H., «Notas para una revisión general de la denominada ineficacia del contrato», en *Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución*, Jesús Delgado Echeverría (Coord.), Cizur Menor, Navarra, 2007, pp. 59-88, pp. 64 y 65, aunque nuestro Código civil distingue dos tipos de invalidez, los designa con la misma palabra («nulidad»), exponiendo con cierta claridad las causas de la anulabilidad, pero no las de la nulidad que han sido deducidas de varios preceptos por la doctrina y la jurisprudencia.

⁷ Como puntualiza CLAVERÍA, L. H., *op. cit.*, p. 67, «sobre la ineficacia del contrato, y por extensión del negocio jurídico se ha discutido prácticamente todo». Para ver la crítica de este autor sobre esta materia leer el artículo citado y las p. 77 y ss.

3.º Y, por último, por la paulatina aparición de casos de *invalides atípicos* o hipótesis de *difícil clasificación*. Nos referimos a aquellos actos o negocios que se sabe que son inválidos, pero no la clase de invalidez que se les debe aplicar (como el autocontrato, o los negocios realizados por los padres o tutores en representación de menores sin autorización judicial, o negocios faltándoles una *conditio iuris*).

En estos supuestos algunos proponen considerar cuál es interés jurídico protegido. De manera que si está en juego un *interés público* la sanción debe ser la nulidad de pleno derecho, y si lo que está en juego es la protección de un *interés de los particulares* la sanción será la anulabilidad; para permitir de esta forma, que éstos puedan decidir si instan o no la ineficacia del negocio, y, por ende, el que puedan consentir que produzca efectos el negocio aun siendo inválido.

Otros, en cambio, defienden que a falta de que la Ley expresamente sancione con la nulidad de pleno derecho lo que se debe presumir la anulabilidad, porque es el efecto más débil y el que es más conforme con el *favor negotii*.

Aunque otros contestan que el Código civil dice lo que dice y en el artículo 6.3 Código civil presume la nulidad de pleno derecho salvo que como dice dicho artículo «se prevea un efecto distinto para su contravención».

En definitiva, en lo que la doctrina moderna parece coincidir es que la nulidad de pleno derecho con sus efectos de imprescriptibilidad, retroactividad, y sobre todo no susceptible de sanación se debe reservar a aquellos casos en que el *contrato haya vulnerado una norma imperativa que esté protegiendo un interés público* como la protección de los menores, pero cuando lo protegido sea un interés de los contratantes que puedan libremente ejercitar su capacidad, parece sensato limitar los efectos tan radicales de la nulidad.

Y para conseguir esta finalidad la doctrina moderna propone tres caminos:

El primero, sería el de aplicar la anulabilidad a los casos dudosos⁸. El segundo, el de reconocer que estamos ante un caso de nulidad de pleno derecho, pero al que no se tiene que aplicar sin más todos sus efectos, sino que estos se modularán o flexibilizarán

⁸ Así, GORDILLO CAÑAS, A., «Nulidad, anulabilidad e inexistencia. El sistema de nulidades en un Código latino situado entre la Primera y la Segunda Codificación», en *Centenario del Código Civil, Tomo I*, Centro de Estudios Ramón Aceres, Madrid, 1990, p. 935 y ss.

según los intereses en juego⁹, que es la teoría que parece inspirar al Tribunal Supremo cuando en la famosa Sentencia (1ª) 9 mayo 2013¹⁰ sobre las cláusulas suelo, aunque reconoce que son nulas de pleno derecho no ordena la devolución de las prestaciones con carácter retroactivo¹¹.

Y, por último, a través de la figura del *negocio incompleto*, que es en la que nos vamos a detener.

2. EL NEGOCIO INCOMPLETO

Se caracteriza por ser una figura híbrida y fronteriza, a medio camino entre la nulidad y la anulabilidad. Es como si pretendiera recoger las ventajas de una y otra, puesto que genera una ineficacia asimilable a la nulidad, pero sanable como si de un caso de anulabilidad se tratara¹².

⁹ Sostenida por PASQUA LIAÑO, M., *Nulidad y anulabilidad del contrato*, Civitas, Madrid, 1997. pp. 33 y ss., 95 y ss., 172 y ss., 210 y 359 y ss.

¹⁰ STS (1ª) 9 mayo 2013 (RJ 2013/3088).

¹¹ Dice el fallo de la sentencia «2.4. Conclusiones. 294. Consecuentemente con lo expuesto, procede declarar la irretroactividad de la presente sentencia, de tal forma que la nulidad de las cláusulas no afectará a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni a los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de esta sentencia». Pero sin embargo, los motivos alegados en ningún caso justifican desde el punto de vista de la teoría de la nulidad cómo es posible que exista una nulidad declarada no retroactiva, sino que aluden a otro tipo de argumentos como: «a) Las cláusulas suelo, en contra de lo pretendido por la demandante, son lícitas [...] e) La condena a cesar en el uso de las cláusulas y a eliminarlas por abusivas, no se basa en la ilicitud intrínseca de sus efectos -en cuyo caso procedería la nulidad de las cláusulas suelo sin más-, sino en la falta de transparencia [...] k) Es notorio que la retroactividad de la sentencia generaría el riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico, al extremo que el Ministerio Fiscal, pese a recurrir la sentencia de apelación, se pronuncia en el sentido de que no procede reconocer efectos retroactivos a la decisión de nulidad de las cláusulas controvertidas», siendo criticables puesto que si la cláusula es nula qué más da el motivo de la nulidad, el hecho de ser nula implica que la ineficacia sea retroactiva, más aún, no hay ninguna invalidez, incluida la anulabilidad que no sea retroactiva. Otra cosa sería que fuera el negocio rescindible; aunque ni siquiera en ese caso, puesto que los negocios rescindidos no es que no sean ineficaces retroactivamente, sino que no lo será en perjuicio de terceros en negocios onerosos. Tampoco tiene sentido a que alegue que la nulidad de la cláusula suelo no es porque fuera ilícita intrínsecamente sino por falta de transparencia material, puesto que corresponde al legislador tipificar la sanción y una vez tipificada sus efectos vienen predeterminados.

La falta de precisión técnica de esta sentencia fue corregida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea 21 diciembre 2016, en su considerando 61 declara que «el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que procede considerar, en principio, que una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido, de manera que no podrá tener efectos frente al consumidor. Por consiguiente, la declaración judicial del carácter abusivo de tal cláusula debe tener como consecuencia, en principio, el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula».

¹² El debatir sobre qué es el negocio incompleto no es un mero juego conceptual, sino que tiene importantes consecuencias prácticas. Ya sabemos que como proclamaba GONZÁLEZ PALOMINO «en Derecho

Además, en cierta medida, parece un cajón de sastre donde incluir todos esos casos de difícil encaje, que parecen que deben ser en todos sus efectos nulos, pero que luego se observa que, dados los intereses en juego sería deseable que puedan ser convalidados o sanados, lo que en principio parece contradictorio con la categoría de la nulidad de pleno derecho¹³.

Pero, sobre todo, lo que me llama especialmente la atención es que siendo el negocio incompleto una figura de creación doctrinal, lo cierto es que no existe una sola monografía dedicada al mismo, y aunque es citada por algunos¹⁴, se cita simplemente de pasada¹⁵ dando por supuesto que se conoce esta institución, y el único que he encontrado que estudia esta la figura -que es CARRASCO en la parte de su manual sobre contratos¹⁶ dedicado a la ineficacia- lo cierto es que la despacha en muy pocas páginas (en concreto en menos de cuatro)¹⁷.

Incluso ni la jurisprudencia ni la doctrina de la DGRN suele atreverse a calificar un concreto contrato como incompleto, aunque luego le atribuyen los efectos propios de esta categoría, puesto que califican al negocio como nulo, pero luego concluyen que puede ser sanado, lo que no sería posible de aplicar rigurosamente la doctrina del negocio nulo.

No obstante, a pesar de que estamos ante una figura muy poco estudiada, curiosamente es citada en la obra probablemente más importante para el Derecho Civil español del s. XX, o al menos, la más influyente, esto es, en el *Negocio Jurídico*¹⁸ de Don

todo lo que no sea hablar de efectos es pura literatura» o Rivero Hernández con relación a la naturaleza jurídica del negocio consentido por el *falsus procuratur* antes de ser el mismo ratificado (es decir, el caso del artículo 1259.2 Código civil que nosotros consideramos como ejemplo paradigmático de negocio incompleto) declara «la cuestión no es baladí, ni debe verse en esa vieja y siempre renovada polémica sobre el tema un mero afán de teorizar vanamente o de gimnasia mental. La cuestión surgió, como casi siempre, ante problemas prácticos o concretas situaciones de la vida real que reclamaban soluciones jurídicas».

¹³ Como nos recuerda CLAVERÍA, L. H., *op. cit.*, p. 61: «los contratos nulos no pueden, como regla general, ser convalidados».

¹⁴ Por ejemplo, RIVERO HERNÁNDEZ, F., «Naturaleza y situación del contrato del "Falsus Procurator"» *Anuario de Derecho Civil* (1976), Fascículo 4, p. 1096.

¹⁵ Como, por ejemplo, Díez PICAZO, L., *La representación en el Derecho Privado*, 1ª edición, Civitas, 1979, p. 219, en que al estudiar las teorías sobre la figura del representante sin poder y falso procurador incluye la que denomina teoría del negocio imperfecto, incompleto o en vías de formación, en el que estaríamos ante «una entidad jurídica inacabada [...] solamente parte de un iter negocial completo».

¹⁶ CARRASCO PERERA, A., *Derecho de contratos*, 2ª edición, Aranzadi, 2017.

¹⁷ Le dedica tres páginas enteras, la 718, 719 y 720; y un párrafo breve en la página 721.

¹⁸ DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico, Derecho Civil de España III*, Thomson Civitas, reedición 2008.p. 485.

FEDERICO DE CASTRO, quien al exponer su tesis de la *convalescencia del negocio nulo* hace referencia al *negocio incompleto*, lo que nos demuestra que no es una categoría tan reciente como podría parecer puesto que la obra de Don Federico es del año 1967¹⁹, e incluso, cuatro décadas antes, se intuye esta figura en un trabajo publicado por el jurista italiano Graziani en 1927 (*La rappresentanza senza procura*), que pudo inspirar²⁰ a Don FEDERICO.

El insigne civilista sevillano comienza recogiendo la opinión de la doctrina tradicional que personaliza en CASTÁN, que sostiene que dado el carácter definitivo de la nulidad los negocios nulos no pueden convalidarse. Se dice que un *enfermo puede sanar, incluso un muerto resucitar, pero no es posible que reviva lo que no ha nacido*. Pero, frente a ello aduce que, lo cierto es que los textos romanos y el derecho canónico emplean y conocen la convalidación del negocio nulo.

En fin, para DE CASTRO hay que partir de un axioma: *«admitiendo que la nulidad normalmente es definitiva, se reconoce la posibilidad y el hecho de que el Derecho positivo puede crear y crea figuras en que la nulidad se hace desaparecer, convalidándose el negocio (el negocio no habría muerto, sino que habría nacido con posibilidades condicionadas de vida)»*.

Por tanto, la convalecencia consistiría en que un nuevo hecho al sumarse al negocio que se consideraba nulo le confiere validez, incluyendo DE CASTRO cuatro casos en que es posible la convalecencia, siendo uno de estos el que denomina el negocio incompleto en el que incluye dos supuestos: Primero, los casos de convalidación por la ratificación (artículo 1259.2 Código civil); y segundo, los supuestos en que el negocio requiere para su validez una autorización posterior (arts. 269, 597 Código civil), o una

¹⁹ Se publica por primera vez en 1967, en Madrid por el «Instituto Nacional de Estudios Jurídicos». La última reedición es de la editorial Civitas 2016.

Esta obra tiene su origen en el material que empleaba Don Federico para sus clases de Parte General de Derecho Civil, o como escribe VALLET en la introducción a la reimpresión de la obra por la editorial Civitas en 1985 «la dedicación de don Federico DE CASTRO a la Parte General del Derecho Civil dimanaría de un hecho providencial. Catedrático de Derecho Civil a los veintiséis años, llegaría a la Universidad de Madrid como Catedrático de Derecho Internacional Primado que, también por oposición, ganó en 1934. La reposición en esa cátedra del Profesor don José DE YANGUAS MESSÍA, dio lugar a que se le asignara, en la misma Universidad Central, la Cátedra de la Parte General del Derecho Civil, que ocupó hasta su jubilación». (Con lo que -añado yo- perdimos un internacionalista, pero ganamos un insigne civilista), aclarándonos VALLET que en principio esta obra tenía una «finalidad estricta de la docencia y que sirvieron, como «Lecciones», para sustituir los «Apuntes» tomados de sus explicaciones en la cátedra — que circulaban entre los estudiantes—.

²⁰ Como nos puntualiza RIVERO HERNÁNDEZ, F., *op. cit.*, p. 1067.

aprobación formal (administrativa o judicial que venga a subsanar la nulidad (artículo 296 Código civil).

En definitiva, DE CASTRO cita, pero no desarrolla la figura del negocio incompleto²¹, aunque de sus escasas palabras sobre la materia podemos extraer tres conclusiones:

La primera -y no es menor- que la figura del *negocio incompleto*, es reconocida por Don Federico DE CASTRO al que se venera como el mejor civilista español del s. XX²². Con lo que no es descabellado defender la existencia de esta figura (si lo dice DE CASTRO...).

La segunda, que vincula el negocio incompleto a figura de la *convalescencia del negocio nulo*, con lo que nos está mostrando que el negocio incompleto sería un negocio nulo que es susceptible de ser convalidado, esto es de ser sanado.

Y, sobre todo, que DE CASTRO está incluyendo como supuesto de negocio incompleto el recogido en el artículo 1259.2 Código civil²³.

Pues bien, la referencia a este precepto es muy importante porque de un lado, permite sostener que la figura del *negocio incompleto* es reconocida por el legislador puesto que en dicho precepto se refiere a un negocio nulo por faltarle uno de sus elementos, que sin embargo puede dejar de serlo si es completado; y del otro, porque el legislador no solo está reconociendo esta figura, sino que, además, nos aporta un punto de partida para poder construir la teoría del negocio incompleto.

Recordemos, que el artículo 1259 Código civil nos dice que «ninguno puede contratar a nombre de otro sin estar por este autorizado o sin que tenga por la ley su representación legal».

²¹ Tal vez, porque como el mismo afirma al referirse a los supuestos de convalescencia «tienen carácter anómalo y excepcional, lo que impide que puedan darse reglas sobre su alcance».

Como concluye RIVERO HERNÁNDEZ, F., «Naturaleza y situación...», *op. cit.*, p. 1083, la ratificación no es ni 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.

²² Como recoge VALLET en la introducción a la publicación de la obra en facsímil por la editorial Civitas en 1985 Federico de Castro para FIGA FAURA es «el más grande entre los muchos y grandes juristas de habla castellana», o como afirma PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, el maestro que «vale por un siglo de ciencia española», o HERNÁNDEZ GIL que concluye que «rescata para los juristas la verdad y la justicia».

²³ Lo que también hace el TS en su Sentencia de STS (1ª) 28 diciembre 2007 (RJ 2007\9063) cuando declara que «el contrato celebrado sin poder es *ciertamente un negocio jurídico incompleto*».

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».

De esta norma deducimos tres premisas que nos va a permitir aproximarnos a la escurridiza figura del negocio incompleto: Que el negocio incompleto es nulo, pero sanable mediante la adición al mismo del presupuesto que le faltaba para ser completo, y que sanado surtirá efectos retroactivamente sin perjuicio de terceros; y nos permite extender esta categoría a casos similares.

Vamos a analizarlas.

1º Que el negocio incompleto mientras no se complete será nulo²⁴, y por tanto surtirá todos los efectos propios de los contratos nulos, (entre ellos la imprescriptibilidad de la acción, el que cualquiera puede ejercitarla, y que su nulidad -por la llamada cadena de nulidades- arrastrará a los negocios que de él traigan causa) con lo que tiene la ventaja de que mientras no se complete el negocio incompleto el mismo no surtirá efectos, con lo que se protege a aquellos contratantes que se verían perjudicados sin el negocio incompleto no se completare, por ejemplo al menor de edad cuyos padres vendieron un inmueble de su propiedad sin autorización judicial.

No obstante, CARRASCO PERERA defiende que el negocio incompleto mientras no se complete, o definitivamente si ya no es posible que se pueda completar será ineficaz pero no nulo²⁵.

²⁴ Aquí se encuentra la clave, como nos dice RIVERO HERNÁNDEZ, F., *op. cit.*, p. 1091, «cuál sea la causa, el mecanismo jurídico, la razón de ser de esa situación, de aquella no producción de efectos de algo que parece, en principio un verdadero negocio jurídico, a contribución del cual han puesto un consentimiento no viciado dos personas, tiene un objeto y una causa reconocidos y válidos para el Derecho, se le ha dado una forma idónea...Y, sin embargo, es ineficaz...».

Para GRAZIANI, A., *La rappresentanza senza procura*, Studi di Diritto Civile e Commerciale, Napoli, 1927, p. 26, el negocio antes de la ratificación, no es ni negocio perfecto ni nulo, sino un negocio en vía de formación [...] se estaría en presencia de un caso de formación sucesiva del negocio jurídico. [...] Nada impide calificar al negocio, antes de la ratificación, como un negocio suspendido, o en potencia, pero sólo en el sentido de que estando todavía en vía de formación el propio negocio jurídico y habiéndose puesto ya parte de sus elementos constitutivos, es posible que, llegado el ulterior elemento constitutivo, el negocio llegue a nacer».

²⁵ CARRASCO PERERA, A., *op. cit.*, p. 719, añadiendo que por eso la designación de nulidad que se hace en el artículo 1668 Código civil es inapropiada y que no tiene sentido cuestionarse quién puede demandar la nulidad. El negocio incompleto no puede ser confirmado, sino completado. Si algo se ha entregado en cumplimiento del mismo, esta conducta podrá entenderse bien como que el negocio se encuentra completo (vgr., la parte interesada ha renunciado al cumplimiento de la condición suspensiva), bien que

Esta idea está presente en algunos autores cuando rechazan que el negocio consentido por el *falsus procuratur*²⁶ quien no tiene poder o el mismo es insuficiente mientras no se ratifique será inexistente²⁷ ya que la *nada jurídica no puede convertirse con la sola ratificación en la plenitud jurídica que es el contrato ratificado*, y es que como concluye NÚÑEZ LAGOS²⁸ la ratificación se refiere a un «quid» jurídico ocurrido antes, y por tanto existente. Sin embargo, debemos rechazar estas opiniones porque son muy deudoras del prejuicio de que un negocio nulo pueda sanarse²⁹, y en la actualidad este prejuicio se encuentra superado.

Otros, en cambio, consideran que se cae en una contradicción cuando se sostiene que el negocio incompleto es ineficaz pero no nulo, puesto que ello sería tanto como afirmar que es válido pero ineficaz, lo que supondría sostener que el presupuesto que falta al negocio para que sea completado es meramente un requisito de eficacia, y tratándose del *falsus procurator* el poder previo o la ratificación nunca puede ser un simple presupuesto para que el negocio sea eficaz sino para la propia existencia del negocio puesto que en el negocio del falso representante, como puntualiza MITTEIS³⁰, falta la voluntad de una de las partes, esto es del principal.

Pues bien, para poder refutar esta crítica debemos profundizar en la figura del negocio incompleto para lo que partiremos de aquello que define, y, en definitiva, que nos permite calificar un negocio como incompleto.

Es cierto que el negocio incompleto como una categoría de ineficacia parece una creación más intuitiva que técnicamente depurada; en el fondo, más que un concepto

se ha entregado algo indebido por error, que debe ser restituido, por carecer el pago de justa causa (artículo 1895 Código civil).

²⁶ Es decir, por quien no tiene poder o teniéndolo es insuficiente.

²⁷ Para CLAVERÍA, L. H., *op. cit.*, p. 63, la categoría del contrato inexistente fue utilizado en España para describir los supuestos más radicales de invalidez, siendo una modalidad de ella o clasificándose junto a ella. Parece ser hoy la opinión más preferible la consistente en sostener que la inexistencia no es una figura más dentro de los tipos de ineficacia en sentido amplio, sino algo ajeno a dicha clasificación: sobre lo que no existe nada hay que decir, jurídicamente hablando; según esta tesis, sería inexistente el contrato que ni siquiera se ha manifestado como tal, por ejemplo, el contrato en fase de formación. Una vez que hay apariencia de consentimiento contractual, procede pronunciarse sobre él si pretendemos su ineficacia, invocando sus irregularidades, ya sea declarándolo nulo o anulándolo.

²⁸ NÚÑEZ LAGOS, R., «La ratificación», *Revista de Derecho Notarial* (1956), t. XI, p. 53.

²⁹ Como dice HERNÁNDEZ-GIL, A., *Derecho de obligaciones*, Centro de Estudios Ramón Areces (CEURA), 1983, p. 616 y 617, la nulidad constituye el grado más intenso de invalidez; el contrato nulo es, como tal contrato, jurídicamente inexistente, inválido e ineficaz; no puede producir en modo alguno el efecto jurídico a que se dirige; tiene una existencia exterior, una trascendencia jurídica, pero no como tal contrato. Quienes han celebrado un contrato nulo, podrán celebrar un nuevo contrato.

³⁰ *Die Lehre von der Stellvertretung*, Viena 1885, p. 206 y ss.

elaborado a priori es una respuesta a las insuficiencias que plantea la aplicación rigurosa de la teoría bipartita de la nulidades, pero también es verdad que entre aquellos que admiten la existencia de la figura del negocio incompleto existe el acuerdo de que se trata de un *negocio al que le falta alguno de los presupuestos que la ley exige para que el mismo esté perfecto o acabado*³¹.

Y una vez que tenemos clara esta premisa, debemos dar un paso más; en concreto, propongo que nos detengamos en los distintos casos que la doctrina suele citar como ejemplos de negocios incompletos para, a continuación, analizar cuáles son los motivos que en cada caso lleva a calificar el contrato como incompleto, y qué papel juegan dentro del proceso de formación del contrato; esto es: cuáles son y que incidencia tienen en la génesis del contrato los presupuestos cuya falta provoca que el mismo deba calificarse como negocio incompleto.

Pues bien, atendiendo a las causas que provocan que se deba calificar el negocio como incompleto, los distintos ejemplos de negocios incompletos -que examinaremos en el epígrafe siguiente- se pueden clasificar en dos grupos:

El primer grupo, está formado por aquellos negocios en los que *falta el consentimiento*, no en el sentido de que falte totalmente el mismo, sino en el de una de las partes o alguno de los sujetos que debe consentir el negocio. Es lo que ocurre cuando alguien actúa en nombre de otro sin poder o siendo este insuficiente, o en una escritura pública como mandatario verbal, o se dispone a título oneroso de un bien ganancial concurriendo el consentimiento de la parte adquirente pero no plenamente el de la parte transmitente puesto que se consiente por uno de los cónyuges, pero no por el otro.

En estos casos, se puede afirmar que falta uno de los *presupuestos* que el ordenamiento exige para que el negocio como tal pueda existir; provocando esta ausencia que efectivamente estemos ante un contrato en formación ya que falta un elemento del estado de hecho constitutivo del negocio³².

O como en el año 1927 nos explicó Graziani con relación al negocio consentido por el *falsus procuratur* «la ratificación es un elemento constitutivo del negocio

³¹ Entendido por perfecto no en el sentido que le da el artículo 1261 Código civil cuando nos dice que los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, sino como sinónimo de acabado o terminado. Al fin y al cabo, no hay que olvidar que perfecto deriva de *perficere* que significa *acabar*.

³² GRAZIANI, A., *op. cit.*, p. 24 y 25.

representativo; luego entonces, antes de la ratificación no es un negocio perfecto, ni nulo, sino un negocio en vía de formación. Se está en presencia de un caso de formación sucesiva de un negocio».

En este grupo de casos es acertado concluir que estamos ante un negocio inválido, siendo para mí indiferente que califiquemos esta invalidez como una hipótesis de nulidad o de una invalidez que se aproxima a la nulidad porque impide que el negocio surta efectos mientras no se convalide, y que se aleja de ésta, precisamente porque permite que sea convalidada.

Dicho de otra forma, reconozco que puede no resultar convincente calificar estos casos de nulidad, no solo porque todavía cueste admitir que un negocio nulo es sanable, sino también porque estos supuestos de negocios incompletos casan mal con las causas que provocan la nulidad puesto que no son exactamente una infracción a un precepto imperativo³³ que exige ser sancionada con la ineficacia, ni tampoco un contrato en el que falte el elemento esencial constitutivo del consentimiento puesto que aunque el mismo no existe plenamente, no se puede decir que no exista en absoluto, por ello desde el punto de vista estructural el negocio es defectuoso, pero existe porque concurren todos sus requisitos salvo el consentimiento del representado. En fin, hay negocio, pero este no puede surtir todos sus efectos porque es defectuoso ya que todavía no ha sido consentido por uno de los sujetos que debía hacerlo.

De ahí lo afortunado de la expresión de Graziani calificando al contrato incompleto como un contrato en potencia, pero «sólo en el sentido de que estando el propio negocio todavía en vía de formación y habiéndose puesto ya parte de sus elementos constitutivos, es posible que llegado el ulterior elemento constitutivo llegue a nacer»³⁴

El segundo grupo está formado por todos aquellos casos de negocio incompleto en lo que falta no es un presupuesto del estado de hecho constitutivo del propio negocio, sino un *requisito que el ordenamiento exige para que sea eficaz*; es decir aquellos estados de hecho o de derecho que la ley requiere para la eficacia del negocio; en suma, en todos ellos hay contrato porque concurre consentimiento, objeto y causa, y lo que falta es el cumplimiento de un determinado *requisito externo al propio negocio*.

³³ Como aclara DELGADO ECHEVARRÍA, J., «El concepto de validez de los actos jurídicos de Derecho Privado. Notas de teoría y dogmática», *ADC*, (enero-marzo, 2005), p.63: «Normas imperativas, creo, ha de contraponerse a normas dispositivas, como equivalente a *ius cogens* y contrapuesto a *ius dispositivum*. Probablemente es ésta una opinión común en la doctrina española».

³⁴ GRAZIANI, A., *op. cit.*, p. 27.

En definitiva, el negocio es incompleto pero no porque falte algún presupuesto del negocio (en especial el consentimiento de una de las partes) sino que es incompleto porque falta un presupuesto o requisito de eficacia³⁵ que son todos aquellos estados de hecho o de derecho que la ley requiere para la eficacia del negocio, como sucede en el caso de que al negocio le falte alguna autorización administrativa, o los negocios del artículo 166 Código civil que el padre realiza en representación del hijo sin autorización judicial, siendo dudoso el caso del autocontrato y del artículo 160 f) LSC³⁶.

Si se compara el primer grupo con el segundo podemos concluir que mientras en éste el contrato está formado en aquél se puede afirmar que está en *fase de formación*, ya que no concurre el consentimiento de ambas partes. Se ve más fácil con un ejemplo: comparemos el caso del *falsus procuratur* en el que no hay consentimiento del representado por lo que estamos ante un negocio en fase de formación, con el del negocio consentido por el padre, pero pendiente la autorización judicial en el que el contrato no puede decirse que esté en fase de formación, sin perjuicio de que sin la autorización judicial el mismo no surtirá efectos.

La diferencia entre un grupo y otro es que mientras que los casos comprendidos en el primero son *inválidos*, en los segundos son *válidos pero ineficaces*.

Es verdad que se afirma que todo contrato inválido es ineficaz pero no todo contrato ineficaz es inválido, con lo que se estaría admitiendo la posibilidad que exista un contrato ineficaz que no sea inválido, pero no es menos cierto que cuando se realiza esta aseveración se está pensando en un contrato que nace eficaz y deviene ineficaz por un acto posterior (una resolución, una revocación, o una rescisión). No obstante, no creo que ello sea un obstáculo para rechazar nuestra propuesta puesto que si

³⁵ Tomo «prestada» la distinción entre presupuestos de los elementos constitutivos del negocio y los presupuestos de la eficacia del negocio de la terminología que emplea OERTEMANN (Die Rechtsbedingung (conditio iuris) Leipzig 1924) -si bien con distinto alcance y efectos de los que propongo- en su obra *Die Rechtsbedingung (conditio iuris)*, publicada en Leipzig en 1924 en la que distingue entre los elementos constitutivos del negocio (el estado de hecho constitutivo del propio negocio) de los que llama presupuestos o requisitos del negocio, que en realidad no pertenecen al estado de hecho negocial, la falta de estos últimos no hacen incompleto el negocio, sino que sólo impide que produzca efectos. Los requisitos o presupuestos de eficacia, en los que centra su atención, son todos aquellos estados de hecho o de derecho que la ley requiere para la eficacia del negocio. Si bien el mismo la propone con distinto alcance y efectos.

³⁶ En mi opinión la hipótesis del autocontrato se debe englobar en el primer grupo (falta un elemento constitutivo del negocio) toda vez que falta el consentimiento de una de las partes -la afectada por autocontrato- puesto que el mismo implica un caso de representación insuficiente.

Distinto es el supuesto del artículo 160 f) ya que en el mismo no puede decirse que no exista ya el contrato porque concurre el consentimiento de la sociedad y lo que falta es la autorización de la junta general destinada a completar dicho consentimiento.

admitimos que un negocio puede nacer eficaz y devenir posteriormente ineficaz con efectos retroactivos interpartes e incluso frente a terceros que no sean de buena fe, y aun siéndolo cuando se trata de un negocio gratuito ¿por qué no admitir que el contrato nazca ineficaz? ¿por qué no admitir una ineficacia desvinculada de la validez?

En definitiva, lo que pretendo es destacar que no todos los casos de negocio incompleto son iguales, y que no es lo mismo un caso, como cuando el apoderado compra una cosa propia de su representado, del supuesto en que se vende una finca sin la autorización de la autoridad militar pertinente o un inmueble del menor sin autorización judicial; en el primer caso no hay contrato porque no concurren el concurso del consentimiento del vendedor y del comprador, dado que el del vendedor no existe ya que se prestó por el apoderado sin facultades para ello, y puede concluirse que estamos un contrato en formación que se terminará cuando el representado lo complete con su consentimiento. En cambio, en los dos últimos casos, no puede decirse que estemos ante un contrato en formación sino ante un *contrato terminado*, aunque por decisión del legislador, para proteger un determinado interés digno de amparo (el de la Defensa nacional, el del menor) carece de eficacia.

Se me dirá que en el fondo estamos jugando con la terminología y que al final es lo mismo puesto que tanto los supuestos incardinables en el primer grupo como en el segundo no surtirán efectos mientras el negocio no se complete, pero no es del todo cierto ya que el primero no es susceptible de ser sujeto a condición suspensiva y sí en cambio los segundos. Más adelante en epígrafe separado profundizaré en esta cuestión.

2º Pero que es posible que sea completado -en el caso del artículo 1259 Código civil mediante su ratificación-, y de esta circunstancia resulta que completado el negocio incompleto se sanará, surtiendo efectos entre las partes como si nunca hubiera sido nulo; y por tanto la ratificación-sanación tendrá carácter retroactivo, si bien dicha retroactividad no perjudicará a terceros.

El que la ratificación del negocio consentido por el *falsus procuratur* (y por extensión la sanación de los negocios incompletos mediante la adición del elemento que faltaba) surtirá entre las partes efectos retroactivos sin perjuicio de los derechos de terceros tiene su origen en el derecho romano³⁷, de donde pasó vía *ius commune* a los

³⁷ Parece que el origen de la retroactividad de la ratificación como principio general hay que buscarla no en el derecho clásico sino en el Derecho justiniano deducido de varios textos del Digesto (D 45, 8, 24,1; D, 46, 3, 58, 2; D 46,3, 71, 2), recogiendo en D, 20,1, 16,1 que la ratificación no podía perjudicar los

ordenamientos modernos, latinos y germánicos³⁸. Así, el BGB alemán³⁹, los códigos civiles italiano⁴⁰ y portugués⁴¹, e incluso el Common Law y en el Restatement (Second) of Agency norteamericano⁴² proclaman la retroactividad de la ratificación dejando a salvo los derechos de terceros.

En cambio, ni el Code francés, ni el Código Civil italiano de 1865, ni, por influencia de estos, el español, ni los hispanoamericanos (salvo modificaciones posteriores) hacen referencia a la retroactividad de la ratificación. No es que la nieguen, simplemente no la regulan.

No obstante, en todos ellos, y en particular en nuestro país se acepta pacíficamente⁴³ por la doctrina⁴⁴, la jurisprudencia⁴⁵ y la DGRN⁴⁶ que la ratificación como dice la STS (1ª) 23 abril 1980⁴⁷ «tiene solo efecto entre las partes del contrato representativo sin perjuicio de los derechos legítimamente adquiridos en el interín por terceros», o en la formula afortunada -por clara y simple- del artículo 1399.2 del Código Civil italiano (que

derechos de terceros nacidos entre la conclusión del negocio por el gestor y momento en que aquella tiene lugar.

³⁸ RIVERO HERNÁNDEZ, F., *op. cit.*, p. 484.

³⁹ § 184 declara «la ratificación se retrotrae al momento de la celebración del negocio jurídico, salvo que se haya dispuesto otra cosa. Mediante la retroacción no devienen ineficaces las disposiciones sobre el objeto del negocio realizadas antes de la ratificación por el ratificante, en el curso de la ejecución forzosa o derivada del embargo, o que ha llevado a cabo el administrador concursal».

⁴⁰ Artículo 1399.2 que proclama que «la ratificación tiene efecto retroactivo, pero quedan a salvo los derechos de los terceros».

⁴¹ Artículo 268.2 que ordena que «la ratificación está sujeta a la forma exigida para el poder y tiene eficacia retroactiva, sin perjuicio de los derechos de terceros».

⁴² § 100 y 100ª

⁴³ Falta de belicosidad o más bien de interés que es criticado -con razón- por RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Representación sin poder y ratificación*, Civitas, 1ª edición 2013, p. 486 cuando nos recuerda que «la doctrina española, en general de forma acrítica y sin justificarla, ha aceptado esa retroactividad sin discusión, y apenas se ocupa de su alcance, límites y excepciones», lo que podemos añadir es un mal general tanto de la teoría general del falsus procuratur como de la inexistente teoría general del negocio incompleto.

⁴⁴ Entre otros, TRAVIASAS, M., «La representación voluntaria», *Revista de Derecho Privado* (1922, julio-agosto), p. 207; BONET RAMÓN, F., «Comentario al artículo 1727 Código civil», en el *Código Civil*, t. XXVI-2ª, de Mucius Scaevola, Madrid, 1951, CASTÁN, J., *Derecho civil español común y foral*, t. I-2ª, Reus, Madrid, 1984, p. 486, ROCA SASTRE, R. y PUIG BRUTAU, J., *La gestión de negocios ajenos*, p. 475, NÚÑEZ LAGOS, R., *La ratificación*, p. 45; Díez-PICAZO, L., *La representación...*, *op. cit.*, p. 238; LACRUZ, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, t. I.3ª, 1990, p. 331; LEÓN ALONSO, en los *Comentarios al Código Civil y las Legislaciones forales*, t. XVII-1ª, de Albaladejo, 1993, p.537 y s.; GONZÁLEZ PACANOWSKA, «Comentario a la STS (1ª) 12 diciembre 1989», *CCJC*, n.º 22, (enero-marzo 1990), p. 113 y s; o RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Representación sin poder y ratificación*, Civitas, 1ª edición 2013, p. 484 y ss.

⁴⁵ El TS ha aceptado esta máxima desde antiguo, en concreto desde la STS (1ª) 7 mayo 1897, reiterada por la de (1ª) 14 diciembre 1940, y posteriores como, entre otras, (1ª) 10 mayo 1979, (1ª) 12 diciembre 1989, (1ª) 24 octubre 1997, (1ª) 22 octubre 1999, (1ª) 25 mayo 2007 y la de (1ª) 18 diciembre 2007.

⁴⁶ Entre otras las Resoluciones 3 marzo 1953, 2 diciembre 1998 y 25 mayo 2007.

⁴⁷ Sentencia 23 abril 1980 (RJ 1980\1532).

es reproducida por la STS (1ª) 22 octubre 1990⁴⁸ y las RDGRN 3 marzo 1953 y 25 mayo 2007) «*la ratificación tiene efecto retroactivo, pero quedan a salvo los derechos de los terceros*». Así también resulta en el artículo 622-22 4º del Código Civil de Cataluña⁴⁹.

¿Cómo justificar esta conclusión? Para algunos⁵⁰ es una *ficción legal* elevada por el legislador a precepto positivo, pero aplicar esta tesis a nuestro Derecho tiene el inconveniente de que carecemos de precepto positivo que expresamente la contemple y que, además, hoy es una teoría repudiada porque no resuelve nada, puesto que toma como realidad lo que sabe irreal⁵¹.

Para otros⁵², la retroactividad tiene su fundamento en la voluntad presunta de las partes, quienes al aceptar el negocio pendiente de ratificación han querido vincularse u obligarse ab initio pensando *en, y para el caso*, de que llegue el evento que toman en consideración, y a sensu contrario como el tercero no intervino en dicho negocio el mismo no podrá afectarle. Esta tesis es criticada por RIVERO HERNÁNDEZ puesto que considera que tal presunción de voluntad entendida de manera general tiene mucho de adivinatorio: la aplicación de la regla que pretende justificar lleva consecuencias manifiestamente contrarias a veces a la voluntad presunta de las partes⁵³, por lo que a su juicio el fundamento de la retroactividad de la ratificación hay que buscarlo en consideraciones eminentemente prácticas como mecanismo jurídico de mejor protección de ciertos intereses. En fin, se trata de una decisión del legislador, esto es responde sencillamente a un determinado fin de organización jurídica⁵⁴.

Sin embargo, el problema es que, a diferencia, de los códigos alemán, italiano y portugués nuestro Código Civil no contempla expresamente la retroactividad de la ratificación, y si no la prevé ¿cómo sostener que su fundamento es una decisión del legislador? Es verdad que se puede sostener que se está recogiendo en el artículo 1313 Código civil cuando en sede de confirmación se proclama que *la confirmación purifica el contrato de los vicios que adoleciera desde el momento de su celebración*. No

⁴⁸ STS 22 octubre 1990 (RJ 1990\8033).

⁴⁹ Que declara que «los actos ratificados se entienden hechos dentro de los límites del mandato, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe». Y en la propuesta de Código Civil de la Asociación de profesores de Derecho Civil, en cuyo artículo 1132-3 apartado 4º se indica que «la ratificación tiene efecto retroactivo, sin perjuicio de los derechos adquiridos entre tanto por terceros».

⁵⁰ En Alemania, HELLMANN, *Die Stellvertretung in Rechtsgeschäften*, Munich, 1882, p. 114 y ss., FLUME. En Italia RUGGIERO (citado por ÁLVAREZ VIGARAY, R., *La retroactividad*, p. 835) y en España MANRESA y SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho Civil, T. II*, Madrid, 1889, p. 539.

⁵¹ RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Representación sin poder y ratificación*, Civitas, 1ª edición 2013, p. 491.

⁵² Fundamentalmente la doctrina francesa.

⁵³ RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Representación sin poder...*, *op. cit.*, p. 491.

⁵⁴ *Ibid.*

obstante, sin despreciar que este precepto se refiere a un caso de invalidez, categoría a la que también pertenece el negocio incompleto, lo cierto es que el negocio anulable es eficaz mientras judicialmente no se declare su invalidez mientras el negocio incompleto es ineficaz mientras no se complete.

Sin embargo, a mi juicio, no es necesario acudir a una posible decisión del legislador para justificar la retroactividad de la ratificación -y por tanto de la sanación del negocio incompleto- sino que nos puede ser útil la teoría de la voluntad presunta de las partes. La idea sería que las partes al consentir un negocio incompleto están expresando su voluntad de que el mismo una vez completado surta efectos desde que prestaron su consentimiento inicial puesto que en caso contrario habrían esperado a prestarlo a que el negocio contuviera todos los presupuestos necesarios para reputarlo completo. O, dicho de otra forma, en la decisión de las partes (o de parte de ellas en el caso del *falsus procuratur*) de consentir el negocio a pesar de que el mismo no sea completo subyace su voluntad de que la sanción del negocio surta efectos retroactivos.

Además, esta teoría tiene a su favor que parece acogida por el legislador cuando con relación al *falsus procuratur* en el Reglamento Notarial en sus artículos 164 y 166 permite que se pueda autorizar una escritura cuando la representación no resultare suficientemente acreditada, o no existiera o fuera insuficiente, cuando si hiciera constar en la escritura esta circunstancia y todos los comparecientes hicieren constar expresamente su solicitud de que se autorice el instrumento con tal salvedad.

A la luz de estos preceptos resulta que el legislador está permitiendo que se autorice la escritura a pesar de que contiene un negocio incompleto porque así lo quieren expresamente las otorgantes, y si permite que se autorice la escritura antes de la ratificación es porque desde el momento en que se otorgó la misma debe surtir efectos puesto que en caso contrario no sería posible que se autorizara la escritura hasta que la misma se ratificara.

Por último, a favor de la tesis de que el negocio incompleto una vez completado surtirá efectos entre las partes retroactivamente se puede alegar el que exista consenso doctrinal⁵⁵ (y expresamente se recoge en el § 184.1 del BGB⁵⁶) en que las partes pueden pactar que sanado el negocio el mismo no surta efectos retroactivos, con lo que están destacando que el protagonismo en la posible retroactividad descansa en la voluntad de las partes.

⁵⁵ Entre otros, Díez-PICAZO, L., *La representación en el...*, op. cit., p. 238.

⁵⁶ Cuando declara que la ratificación se retrotrae al momento de la celebración del negocio, *salvo que se haya dispuesto otra cosa*.

¿Y por qué la sanación del negocio incompleto no surtirá efectos con carácter retroactivo respecto de terceros? Porque los mismos no han sido parte del mismo, es decir no han aceptado que el mismo una vez sanado surtiera efectos retroactivamente.

En cuanto a estos terceros debemos plantearnos si deben ser cualquier tercero -con lo que respecto a quien no fue parte del negocio incompleto el mismo a pesar de que se complete podrá ser retroactivo- o necesariamente el tercero deberá ser de buena fe, con lo que quien conocía la existencia del negocio y que el mismo era incompleto, sanado el negocio le afectará el mismo con carácter retroactivo.

Algunos⁵⁷ exigen que el tercero sea de buena fe puesto que en caso contrario se estaría amparando al tercero de mala fe o con ánimo fraudulento lo que repugna a un sentido ético-social del Derecho y es contrario a nuestro ordenamiento jurídico, tal y como resulta de los arts. 1295, 1320, 1335, 1526.2º, 1540, 1738 Código civil y arts. 34 y 37 LH de los que se infiere que la protección de los derechos de terceros frente a otras adquisiciones o titularidades jurídicas incompatibles no es absoluta en nuestro sistema jurídico, sino condicionada a la concurrencia de otros datos o elementos reglados, especialmente la buena fe del tercero⁵⁸, y además es la solución por la que se inclina el legislador catalán cuando en el artículo 622-22 apartado 4º del Código Civil de Cataluña declara que «los actos ratificados se entienden hechos dentro de los límites del mandato, *sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe*».

Sin embargo, lo cierto es que nuestra jurisprudencia en el caso paradigmático de negocio incompleto -el del artículo 1259.2 Código civil- concluye que su ratificación no operará con carácter retroactivo respecto de cualquier tercero sin exigir que el mismo sea de buena fe; y además en el artículo 1288-4 de la Propuesta de reforma del Libro IV del Código civil elaborada por la comisión general de codificación, se declara que «la ratificación tiene carácter retroactivo, sin perjuicio de los derechos que entretanto, *otras personas hayan adquirido*», sin exigir que estas sean de buena fe.

A mi juicio esta última es la solución correcta. Reconozco que puede hacer dudar si ello implica amparar a quien es de mala fe, pero creo que no es correcto centrar el debate

⁵⁷ RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Representación sin poder...*, *op. cit.*, pp. 499 y 500.

⁵⁸ Como dice RIVERO HERNÁNDEZ, F., *op. cit.*, p. 500, fuera del artículo 1317 Código civil (relativo a la modificación del régimen económico matrimonial realizado con posterioridad a la celebración del matrimonio) «en ningún otro caso es incondicionada la protección de los derechos adquiridos por terceros, sino subordinada al concurso de algún hecho o circunstancia que requieren las normas protectoras correspondientes: en muchos casos la buena fe del adquirente».

en la posible buena o mala fe del tercero, sino que lo que debemos preguntarnos es la razón de que la sanación del negocio incompleto -en el caso del artículo 1259.2 la ratificación- no puede afectar a terceros con carácter retroactivo.

Tal como he adelantado, la razón de ello hay que buscarlo en que el tercero no intervino en el negocio que se sana. Es decir, si el fundamento de que la sanación-ratificación surta efectos retroactivos es que ello resulta implícitamente de la voluntad de las partes no se puede sostener que ese mismo efecto pueda producirse respecto de aquél cuya voluntad no se tuvo en cuenta. Y respecto de esta circunstancia es irrelevante la buena o mala fe del tercero. Es verdad que la buena fe se exige en los preceptos anteriormente citados pero en los mismos la prevalencia del interés del tercero tiene su origen en la protección de la buena fe de quien confió en una determinada apariencia jurídica, y en nuestro caso la misma no concurre; es decir, no se trata de una hipótesis que deba resolverse acudiendo a la protección de la apariencia sino al principio de relatividad de los contratos proclamado en el primer inciso del artículo 1257 Código civil cuando declara que «*los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos*», sin que el mismo exija que los terceros respecto de los cuales el contrato no surtirá efectos sean de buena fe.

3º Y finalmente que del propio artículo 1259.2 Código civil podemos deducir *en qué casos se puede aplicar la categoría del negocio incompleto* puesto que el mismo se refiere al del contrato celebrado a nombre de otro sin poder o con poder insuficiente (el *falsus procurator*) de lo que resultan dos consecuencias, una positiva y otra negativa que nos ayudan a determinar el ámbito de aplicación del negocio incompleto.

Comenzando con la *positiva*: si atendemos al tenor del artículo 1259 Código civil nos damos cuenta que recoge un caso de un contrato que no va a surtir efectos porque le falta un presupuesto (en consentimiento del representado) que, sin embargo, va a poder cumplirse tras la celebración del negocio (a través de la ratificación⁵⁹) consiguiendo de esta forma que el negocio que en principio no iba a producir efectos acabe produciéndolos. De esta forma el artículo 1259 Código civil nos está mostrando que la doctrina del negocio incompleto se puede aplicar a *todos aquellos negocios en los que falte algún requisito que se pueda completar en un momento posterior*.

Y lo cierto es que, en la mayoría de los casos, como luego veremos, se defiende que se pueden resolver a través de la teoría del negocio incompleto son supuestos que se pueden reconducir a un problema de falta de representación y, por tanto, en los que el

⁵⁹ No hay que olvidar que se suele decir que la ratificación es a posteriori lo que el poder es a priori.

artículo 1259.2 Código civil es perfectamente aplicable, o bien directamente o bien por analogía.

En cuanto a la consecuencia *negativa*, consiste en emplear el artículo 1259 Código civil para extraer los supuestos a los que no se podrá aplicar la categoría del negocio incompleto. Y de la lectura de dicho precepto resulta que no se podrá aplicar para pretender sanar los contratos que *vulneren una prohibición legal*, es decir, aquellos en los que el problema no es que les falte algún requisito, sino que contradicen una norma imperativa.

Esta es una conclusión lógica puesto que si un negocio infringe una norma imperativa ¿cómo van las partes a conseguir sanar esta circunstancia? O dicho de otra forma ¿cómo las partes van a pretender completar el negocio cuando no está en sus manos, sino en la del legislador eliminar la norma que prohibía el concreto negocio?

Es verdad que en sentido amplio se podría decir que el artículo 1259 Código civil también es una prohibición legal y sin embargo estamos defendiendo que el negocio incompleto por falta de representación puede ser completado a través de la ratificación, pero es el propio artículo 1259.2 Código civil quien lo permite, y por tanto es el mismo legislador el que introduce una excepción.

Y el que el artículo 1259.2 Código civil lo permita nos está dando una pista de la voluntad del legislador; voluntad que averiguaremos preguntándonos *¿cuál es el interés jurídico que se está protegiendo a través del artículo 1259 Código civil?*

Pues bien, es el interés del representado y por tanto un *interés particular*. Y al protegerse un interés particular el legislador considera -acertadamente- que en última instancia debe corresponder al perjudicado, esto es al falsamente representado, el decidir si le interesa más dejar el negocio incompleto, y por tanto que sea nulo y no surta efectos o que le vincule para lo que podrá completarlo a través de la ratificación.

Que en el artículo 1259.2 Código civil el legislador esté protegiendo un interés particular nos obliga a ser más meticulosos y matizar la conclusión inicial: no es que la teoría del negocio incompleto no se pueda aplicar a los negocios que vulneran una prohibición legal, sino que *no se podrá aplicar a aquellos que infringen una norma imperativa cuando la misma no protege un interés particular sino un interés general o de orden público*.

Así se manifiesta también la jurisprudencia en la STS (1ª) 10 octubre 2008⁶⁰ cuando declara que «en relación con el artículo 6.3, de un lado, que el juzgador debe analizar la índole y finalidad de la norma legal contrariada y la naturaleza, móviles, circunstancias y efectos previsibles de los actos realizados, para concluir con la declaración de la validez del acto contrario a la Ley si la levedad del caso lo permite, reservando la sanción de nulidad para los supuestos en que concurran trascendentales razones que hagan patente el carácter del acto gravemente contrario a la Ley, la moral o el orden público».

Por ejemplo, en nuestro Ordenamiento -como reconoce la jurisprudencia en casos de derecho internacional privado- es materia de orden público el que es nulo el matrimonio del que ya estaba casado (no se admite la poligamia), por ello si se engañara al Notario en el expediente matrimonial alegando uno de los contrayentes que está soltero y luego en escritura pública se consintiera el negocio de matrimonio (que para uno de los contrayentes sería su segundo matrimonio simultáneo), no puede pretenderse por los contratantes completar el negocio jurídico del matrimonio mediante el consentimiento al mismo de la primera esposa. Puesto que no está en juego la protección de un interés particular (el de la primera esposa) sino un interés público (la prohibición de la poligamia), por lo que no sería aplicable a este caso la teoría del negocio incompleto.

En esta línea, CARRASCO nos dice que en ocasiones -sobre todo en los contratos que necesitan por ley una determinada autorización- la categoría de negocio incompleto se va a confundir con la de negocio *contra legem*, y por tanto con nulidad no sanable, al considerar erróneamente que un negocio que no es completo por faltarle determinado requisito es un negocio que infringe la norma imperativa que impone dicho requisito. Así, una STS (1ª) 20 julio 2011⁶¹ sobre un caso de la venta de un bien de una fundación no fue autorizada considera que no es nula a pesar de no contar con la respectiva autorización administrativa.

En conclusión considera CARRASCO⁶², que nunca pueden ser negocios incompletos los contrarios a una norma imperativa, al orden público o incursos en causa ilícita; y sí puede ser negocio incompleto, a su juicio, el contrato que por voluntad de las partes se sujetó a condición suspensiva, y el que no cumpla la forma exigida por el

⁶⁰ Que cita las SSTs 9 octubre 2007, 25 septiembre 2006 (RJ 2006/6577) (recurso núm. 4815/99), 18 de junio 2002 (RJ 2002/5224) y 27 febrero 2004 (RJ 2004/1316).

⁶¹ STS (1ª) 20 julio 2011 RJ 2011\6140.

⁶² CARRASCO PERERA, A., *op. cit.*, p. 718.

ordenamiento, puesto no es que se trate de una contravención que sea intrascendente para provocar la nulidad sino que se trata de un caso en el que no existe la infracción de una prohibición sino la infracción de un requisito necesario para conseguir el efecto pretendido.

Aunque no comparto esta última opinión de CARRASCO puesto que, partiendo de la regla general de la libertad de forma, cuando el ordenamiento exige determinada forma como forma de ser, lo hace buscando la protección de un interés general y no meramente particular, por ejemplo, en caso de la donación de inmuebles la exigencia de escritura también interesa a los acreedores si luego van a poder ejercitar la acción pauliana o a los legitimarios.

Asimismo, CARRASCO⁶³ considera como negocio incompleto el que no está inscrito el registro cuando esta inscripción es condición de su plenitud de efectos, lo que puede dar lugar a equívocos ¿se refiere a que no se haya inscrito cualquier negocio inscribible, aunque la inscripción sea declarativa o se refiere solo a aquellos en la inscripción sea constitutiva? Entendemos que se refiere a los segundos puesto que él considera que el negocio incompleto mientras no se complete – en nuestro caso mientras no se inscriban o surtirá efectos y está fuera de toda duda que una venta no inscrita surte efectos⁶⁴.

Llegados a este punto ya tenemos elementos para poder definir el *negocio incompleto* para lo que tomaremos el concepto que del mismo dio el Notario de Zaragoza NAVARRO VIÑUALES al pronunciar una conferencia en la Academia Matritense del Notariado sobre el autocontrato hace más de dos décadas:

⁶³ CARRASCO PERERA, A., *op. cit.*, p. 719.

⁶⁴ Incluso hay argumentos sólidos para sostener que incluso los negocios que se defienden que su inscripción es constitutiva surten efectos a pesar de no haberse inscrito. Simplemente recordemos respecto del paradigmático caso de la hipoteca que se defiende que la inscripción es constitutiva pero lo cierto es que la STS (1ª) 3 junio 2016 (RJ 2016\2320) aunque concluye que la inscripción de la hipoteca es constitutiva; pero eso no significa que el contrato de constitución de hipoteca, no exista sin la inscripción ni que el conocimiento de tal contrato no pueda perjudicar a terceros, sosteniendo que la doctrina de la doble venta del artículo 1473 Código civil exige para que adquiera la propiedad el segundo comprador que ha inscrito primero requiere buena fe por su parte; y por tanto no conocer ni deber conocer la existencia de la primera venta; y es aplicable «esta misma doctrina al supuesto de doble contrato de constitución de hipoteca».

Asimismo, si antes de la inscripción no existe el derecho real de hipoteca si antes de ese momento se declarase en concurso el deudor el acreedor no tendría a su favor el privilegio concursal de la hipoteca (artículo 90.2 LC), pero lo cierto es que precisamente se le reconoce este derecho por la STS (1ª) 7 noviembre 2017, que aunque afirma que la inscripción de la hipoteca es constitutiva lo cierto es que no resuelve de una manera coherente con dicha afirmación porque concluye el crédito es hipotecario y por tanto goza del privilegio especial del artículo 90.2 LC aunque se haya inscrito con posterioridad a la declaración de concurso.

El negocio incompleto, sería un negocio en fase de formación que no se ha completado porque falta algún requisito, pero que puede en un momento posterior ser completado surtiendo plenos efectos entre las partes con carácter retroactivo, pero no frente a terceros de buena fe en cuanto les perjudicara.

O más sintéticamente como dice CARRASCO el negocio es incompleto en tanto en cuanto el supuesto de hecho negocial no ha sido completado, es decir, aquél negocio en el que no existe una infracción de una prohibición, sino *insatisfacción de un requisito necesario para el efecto pretendido*⁶⁵.

3. POSIBLES NEGOCIOS INCOMPLETOS

Partiendo de las conclusiones a que hemos llegado en el epígrafe anterior consideramos como posibles casos de negocio incompleto los siguientes⁶⁶.

3.1. *Caso del falsus procurator del 1259 Código civil*

Ya hemos visto como DE CASTRO lo reputaba como un supuesto de negocio incompleto y nos hemos fijado en este precepto para describir una teoría general de esta figura.

Está claro, que al menos desde el prisma de la doctrina clásica de la nulidad, no podría ser un caso de nulidad porque si es nulo no puede ser ratificado, además si es nulo ¿qué sentido tiene que pueda ser revocado por la otra parte contratante?, y tampoco podría ser anulable, porque sería como admitir que de momento es eficaz.

También el TS admite expresamente que este caso es una hipótesis de negocio incompleto declarando la STS (1ª) 28 diciembre 2007⁶⁷ que «el contrato celebrado sin poder es ciertamente un negocio jurídico incompleto».

⁶⁵ Curiosamente CARRASCO no incluye como caso de negocio incompleto el que para nosotros es el paradigmático que es el del *falsus procuratur* del artículo 1259.2 Código civil.

⁶⁶ Bajo el epígrafe «tipos de incompletud» CARRASCO incluye los casos en que carezca de la forma sustancial que precisa para su validez; cuando carece de los requisitos sustanciales que tienen que concurrir para hacer completo un negocio jurídico, aunque no se trate de requisitos de forma (cfr. Arts. 1 y 2, 107 y 107 LCCH); cuando no está inscrito en un registro público, si esta inscripción es condición de su plenitud de efectos; cuando carece (aún) de una autorización administrativa que es sustancial para la producción de los efectos típicos; cuando requiere aún del consentimiento o asentimiento de un tercero, etc. Cuando las partes han preconstituido convencionalmente cuál es el complejo o proceso del supuesto de hecho negocial (básicamente, subordinar los efectos a una condición o autorización de un tercero).

⁶⁷ STS (1ª) 28 diciembre 2007 (RJ 2007\9063).

3.2. *Los casos de negocios consentidos por padres o curadores o guardadores de hecho representativos sin la preceptiva autorización judicial exigida en los casos de los arts. 166 y 287 Código civil*

Aquí, de nuevo, llegamos a calificarlos como supuestos de negocios incompletos tras descartar que puedan encajar en otras figuras.

Así, si entendemos que la autorización judicial es un requisito del consentimiento, su falta puede ser o bien *anulabilidad* por falta de capacidad; o bien *inexistencia o nulidad de pleno derecho*, si consideramos que el consentimiento total exige dos consentimientos el del padre o curador representativo más la preceptiva autorización judicial⁶⁸.

Si opináramos que la autorización judicial es un requisito de forma, su falta sería anulabilidad por vicio de forma.

Para DIEZ-PICAZO y GULLÓN⁶⁹ es un acto contrario a norma imperativa, por el 6.3 Código civil la sanción es *nulidad*.

MARTÍNEZ SANCHIZ⁷⁰ opina que es un acto incompleto, ineficaz mientras no sea ratificado. La articula por el 1259 Código civil, reputando que los representantes legales actuaron con un poder incompleto -o mejor dicho con facultades representativas insuficientes-, pero será posible su ratificación, con carácter retroactiva (aplicando por analogía el 1313 Código civil) que no perjudicará a terceros. En la misma línea se encuentra VENTOSO⁷¹. Por mi parte creo que el argumento principal a favor de reputar estos supuestos como negocios incompletos es atender a la finalidad de los arts. 166 y 287 Código civil. A mi juicio ambos preceptos al exigir la autorización judicial lo que buscan es la protección del menor o persona con discapacidad, y ambos quedarán mejor amparados si el acto se considera ineficaz hasta que el mismo llegue a la mayoría de edad, concediéndole en ese momento la posibilidad, bien de ratificarlo si le interesa, o bien no hacer nada, en cuyo caso el acto no habría producido ningún efecto.

⁶⁸ Afirma CARRASCO, A., *op. cit.*, p. 720, que, no es nulo el contrato sin la autorización judicial precisa, como ocurre en los actos en los que la patria potestad debe ser completada con una autorización judicial.

⁶⁹ Díez PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil, tomo IV*, Tecnos, 2016.

⁷⁰ «Ponencia de la delegación española del XVIII Congreso Internacional del Notariado Latino», *Revista de Derecho Notarial* (1986), Montreal, número 132.

⁷¹ En su obra *La representación y disposición de los bienes de los hijos*, Constitución y Leyes, COLEX, 1989.

La idea de aplicar a estos casos el artículo 1259.2 Código civil fue ya contemplada por la STS (1ª) 9 diciembre 1953, pero es en la STS (1ª) 22 abril 2010⁷² donde se utiliza expresamente la expresión *acto incompleto*, deteniéndose en su fundamento de derecho quinto a analizar *la sanción aplicable a la falta de autorización judicial*. Diciendo el mismo: «el acto realizado con falta de poder, es decir, sin los requisitos exigidos en el *artículo 166 Código civil* constituye un contrato o un negocio jurídico incompleto, que mantiene una *eficacia provisional*, estando pendiente de la *eficacia definitiva que se produzca la ratificación* del afectado, que puede ser expresa o tácita. Por tanto, sino de un contrato que aún no ha logrado su carácter definitivo al faltarle la condición de la autorización judicial exigida legalmente, que deberá ser suplida por la ratificación del propio interesado, de acuerdo con lo dispuesto en el *artículo 1259.2 Código civil*, de modo que, no siendo ratificado, el acto será inexistente». (la negrita y la cursiva es nuestra)⁷³.

Sin embargo, esta doctrina ha sido rechazada por la STS (1ª) 10 enero 2018⁷⁴ que califica el negocio analizado de anulable, si bien ha sido intensamente criticada⁷⁵.

3.3. *Las disposiciones a título oneroso de bienes gananciales por uno solo de los cónyuges. El caso del artículo 1322.1 Código civil*

Para disponer a título oneroso de bienes gananciales, se exige el consentimiento de ambos cónyuges. Si actúa uno sólo por el 1322 será acto anulable. Sin embargo, no puede ser una verdadera anulabilidad porque la confirmación no corresponde a una de las partes, sino al otro cónyuge. Además, no puede ser el contrato impugnado por

⁷² STS (1ª) 22 abril 2010 (RJ 2010\2380).

⁷³ En esencia, los argumentos que llevan a la STS (1ª) 22 abril 2010 (RJ 2010\2380), a calificar el negocio realizado por el padre en representación del hijo sin la precisa autorización judicial son los siguientes:

a) el *artículo 166 Código Civil* es una norma imperativa, que coincide con lo dispuesto en el *artículo 1259 Código Civil*.

b) El fin de protección de la norma contenida en el *artículo 166 Código civil* es la salvaguardia del interés de los menores, que no pueden actuar por sí mismos y que pueden encontrarse en situaciones de desprotección cuando alguien contrata en su nombre y obliga sus patrimonios sin el preceptivo control, ya que deberán asumir las correspondientes deudas;

c) La actuación de los padres siempre debe tener como finalidad el interés del menor, tal como dispone el *artículo 154.2 Código civil*.

d) La representación legal no es un derecho de los padres, sino de los hijos, que les permite exigir que se actúe en beneficio de sus intereses. A favor, la Convención de los derechos del niño, aunque no contemple directamente este supuesto y puede ser beneficioso para los mismos que puedan ratificar el negocio.

⁷⁴ STS (1ª) 10 enero 2018 (RJ 2018\156).

⁷⁵ Ver GOMÁ LANZÓN, I., «Comentario a la STS 10 enero 2018», *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil)*, Número 10 (2018), p. 499 a 511.

ninguno de los contratantes, sino por quien no fue parte en el contrato (cónyuge que no prestó su consentimiento).

Podría sostenerse que es un caso de *venta de cosa ajena*, existe contrato: hay consentimiento, objeto, y causa, lo que falta es un elemento del supuesto de hecho traslativo, el poder de disposición. No transmite el dominio, pero el contrato produce efectos; pero también se puede defender que es un negocio incompleto. El contrato precisa el consentimiento de ambos cónyuges y solo concurre en de uno, por tanto, no surtirá efectos mientras no se convalide mediante el consentimiento del otro cónyuge o en su defecto la autorización judicial.

En contra de considerarlo un negocio incompleto se encuentra el que los arts. 1322 y 1377 Código civil lo califican de anulable. Sin embargo, lo cierto es que el artículo 1378 Código civil en el caso de donación por uno solo de los cónyuges de un bien ganancial lo califica de nulo, y dado que el interés que se protege con dicha nulidad es el del cónyuge cuyo consentimiento se omitió ¿de verdad no tiene sentido sostener que se pueda sanar la donación si el cónyuge obviado posteriormente la consiente? Y si esta solución -que es la propia del negocio incompleto- se aplica a la donación ¿por qué no extenderla a los actos onerosos? Más aun cuando el régimen del negocio incompleto es más beneficioso para el cónyuge omitido puesto que mientras que no lo consienta el contrato realizado sin su consentimiento no va a surtir efectos.

3.4. *La autocontratación*

Para algunos dará lugar a un caso de abuso de poder, que recordemos es una figura general de la teoría de la representación que implica que el apoderado ha actuado dentro de los límites del poder, pero en contra de los intereses del representado. Discutiéndose cuales son los efectos de esta figura. Para la mayoría el negocio consentido por el apoderado abusando del poder vinculará al poderdante, pero este podrá reclamar del primero el resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos por sus gestiones; no faltando algún autor de prestigio, como DíEZ-PICAZO⁷⁶, que añade al efecto anterior, el que sea ineficaz el negocio estipulado por el representante con el tercero, cuando el mismo hubiera conocido o debido conocer el carácter abusivo del ejercicio del poder por el representante.

Sin embargo, la aplicación al autocontrato de la institución del abuso del poder dista de ser definitiva. Ya que:

⁷⁶ En su obra clásica *La representación en el Derecho Privado*, 1ª edición, Civitas, 1979, p. 202.

1) El autocontrato se apoya en la existencia de prohibiciones legales concretas, a diferencia de lo que sucede con el abuso del poder, que es una figura construida en torno a la idea de la obligación que tiene el representante de perseguir el interés del representado y de la figura general del abuso de derecho reconocida en el citado artículo 7.2 Código civil.

2) El abuso de poder se basa en el que el representado ha actuado dentro de los límites del poder, pero contra los intereses del representado, mientras que, en el autocontrato prohibido, por esencia se desbordan los límites de la representación, puesto que el representante no está autorizado para autocontratar.

3) De clasificar el autocontrato como una hipótesis de abuso de poder se evitaría el control notarial, lo que a mi juicio sería muy negativo, además de no tener sentido que el notario y el registrador, a pesar de ser instrumentos de la seguridad jurídica preventiva, pudieran autorizar e inscribir un negocio viciado de autocontrato.

Entre los que defienden que el contrato infectado de autocontrato prohibido es inválido y, por consiguiente, ineficaz, se debaten diversas opciones:

Algunos consideran que estamos ante un negocio *nulo de pleno derecho*. Esta conclusión se apoya en dos posibles líneas de argumentación. De un lado, se dice que estamos ante un negocio nulo (aunque también podría calificarse de inexistente) porque en el contrato ejecutado, dado que concurría un autocontrato o doble representación prohibida por la ley, no se forma correctamente el consentimiento, es decir, para que el representante pudiera válidamente obligar con su declaración al representado, puesto de concurrir conflicto de intereses, era necesario que el mismo se hubiera salvado por el primero, de manera que al no hacerlo se podría decir que el consentimiento contractual fue inexistente, faltando uno de los requisitos imprescindibles para la existencia del contrato, tal y como exige el conocido artículo 1.261 Código civil.

Del otro, no se detienen en discutir si hay o no consentimiento, o un simple vicio en el mismo (que podría llevar a calificar el supuesto de hecho como de anulable) sino simplemente se recalca que se celebró un contrato incumpliendo normas imperativas, que serán bien los preceptos que aisladamente regulan casos de autocontrato prohibidos, o bien para aquellos casos no expresamente regulados, la vulneración de un principio general de carácter imperativo (el deber de diligencia e imparcialidad del representante, o la interpretación restrictiva de los poderes que en principio sólo se entienden concedidos para contratar con terceros), y esta vulneración da lugar a un

acto antijurídico para el que el artículo 6.3 Código civil prevé, a falta de sanción específicamente prevista en las leyes, la de la nulidad de pleno derecho.

Sin embargo, la postura de la nulidad de pleno derecho ha sido cuestionada por la doctrina, ya que es *distinto* el interés jurídico protegido en los distintos ámbitos. Mientras que en la representación legal prima una razón de orden público, como es la protección de menores, por lo que es defendible la nulidad absoluta; en la representación voluntaria y orgánica, lo que se trata es de proteger el interés particular del representado, por lo que no es tan justificable la defensa de la nulidad.

Además, la tesis de la nulidad tiene dos inconvenientes prácticos: que impediría al representado ratificar y que permitiría reclamar la nulidad a cualquier persona, incluido el autocontratante, que es obvio que está vinculado por lo que ha realizado.

Otros, en cambio prefieren hablar de que el autocontrato prohibido lo que origina es un *contrato anulable*. Esta tesis tiene a su favor que se ajusta con la idea que en el autocontrato no se protege ningún interés general sino como dice la STS (1ª) 20 noviembre 2001⁷⁷ *intereses exclusivamente privados*; y el funcionamiento y el fundamento de la anulabilidad encaja precisamente con la protección de estos *intereses privados*, por tres razones: El titular de esos intereses (el representado) puede decidir, según le interese si impugna el negocio o lo deja tal cual; en segundo lugar porque puede confirmarlo y en tercer lugar, porque no se sujeta al tercero a un plazo excesivo de incertidumbre sobre si se ejercerá la acción.

Es defendida por un sector importante de la doctrina⁷⁸, y es la prevista en el derecho italiano, en el proyecto de Código Civil Europeo, y proyecto de reforma del libro IV Código civil; y el artículo 24 Ley de Cooperativas, y las SSTs (1ª) 29 noviembre 2001⁷⁹ y 8 octubre 2012⁸⁰. Aunque tiene el inconveniente de que obliga a tener que actuar al representado que, o bien interpone la demanda de anulación frente al negocio jurídico realizado indebidamente en su nombre por el representante, o verá como dicho negocio queda confirmado por el mero transcurso del tiempo. Más aun, el negocio jurídico anulable hasta que recaiga la declaración judicial de nulidad despliega la totalidad de sus efectos entre las partes del mismo (en este caso, entre el representante y el *dominus negotii* que no autorizó al primero para autocontratar).

⁷⁷ STS (1ª) 20 noviembre 2001 (RJ 2002\1026).

⁷⁸ Como CLAVERÍA, L. H., *op. cit.*, p. 77, y ALFARO ÁGUILA REAL disponible en su blog <https://derechomercantilesana.blogspot.com>.

⁷⁹ (1ª) 20 noviembre 2001 (RJ 2002\1026).

⁸⁰ STS (1ª) 8 octubre 2012 (RJ 2012\10120).

Por otra parte, aun cuando se admitiera que el plazo para el ejercicio de la acción de anulación fuera de cuatro años, por ser el establecido con carácter general para todo tipo de anulabilidad, no parece claro el *dies a quo* de este plazo. ¿Desde cuándo debería empezar a correr el plazo para la interposición de la acción? ¿Desde la perfección del negocio jurídico por el representante, desde su consumación, desde que lo supo el representado, desde que cesó la representación?

Además, de aceptarse la sanción de anulabilidad, el contrato se mantendría en una situación de incertidumbre jurídica durante un tiempo que, en ocasiones, podría ser excesivo.

Finalmente nos encontramos con la tesis del *negocio incompleto*. Esta teoría tiene la ventaja de que como el autocontrato prohibido es nulo desde el momento de su celebración no surtirá efectos, pero esta nulidad no impide que en un momento posterior pueda ser sanado si se completa con el requisito que faltaba.

Y es que todos estaremos de acuerdo en que parece que en el autocontrato hay consentimiento, aunque sea incompleto porque debería el autocontrato ser autorizado por el representado. Por otro lado, tampoco creo que nos genere escrúpulos el admitir que es razonable que la autorización del representado pueda ser posterior a la prestación del consentimiento por el representante, de manera que debemos descartar la categoría de la nulidad de pleno derecho e inclinarnos por la de la anulabilidad o la del negocio incompleto.

Esta es la postura más extendida entre la doctrina y que parece haberse acogido por la jurisprudencia, aunque parece que no se atreva a emplear la denominación generalizada de negocio incompleto. Y así, la Resolución de la DGRN 14 febrero 2012 declara que en el autocontrato prohibido estamos ante un acto «*considerado nulo, sin perjuicio de su ratificación por la persona a cuyo nombre se otorgó*».

3.5. Actuación de los administradores de una sociedad de capital sin la necesaria autorización de la junta general cuando ésta legalmente sea necesaria

Consideramos que la regla general que se desprende de los arts. 233 y 234 LSC es que los administradores pueden como representantes orgánicos vincular a la sociedad por los actos que en su nombre consienten. Ello no obstante, habrá casos en que no puedan actuar por sí solos sino que necesiten además la autorización de la junta general como en el caso del artículo 72 LSC (adquisición por una SA de bienes de valor superior al 10% capital social en los dos primeros años), el 160 f) LSC, la asistencia

financiera del artículo 162 LSC, o los casos de autocartera, el autocontrato societario, y sobre todo la prohibición salvo autorización de junta de realizar actos claramente contrarios o denegadores del objeto social del artículo 234 LSC.

Dado que todos ellos son *límites legales a las facultades representativas de los administradores* es lógico que les busquemos unos rasgos comunes que pueden justificar su sujeción a las mismas reglas. Y sobre todo, que nos permitan poder construir una teoría general de los límites legales a las facultades representativas de los administradores, a través de completar sus lagunas con los efectos previstos, y deducidos por la jurisprudencia para el caso paradigmático de delimitación de la competencia de los administradores en asuntos de gestión, cuál es el artículo 234 LSC. Ya que, si idéntica es la problemática, idéntica debe ser la solución.

Siguiendo afirmaciones dispersas de la DGRN en múltiples resoluciones, podemos construir la siguiente doctrina aplicable tanto a los actos vulnerando el artículo 234 LSC como a cualquier otro supuesto de los reseñados en que el administrador no pueda actuar por sí solo, sino que necesite la autorización de la junta general.

La idea clave es que en principio las facultades de gestión y representación de la sociedad de capital corresponde al órgano de administración pero que hay determinados casos en que la competencia del órgano de administración no es exclusiva, sino *compartida* por imposición legal con la junta general (o con otro miembro del órgano de administración en el caso del autocontrato del artículo 230 LSC cuando la transacción no excede del 10% de los activos) por lo que si el administrador consiente el negocio en nombre de la sociedad sin la necesaria autorización de la junta habrá actuado sin facultades para ello.

Por consiguiente, estaremos ante un caso de actuación con poder insuficiente, que en el ámbito de la teoría general de la representación se regula en el artículo 1259 Código civil, que si bien regula el caso de quién actúa a nombre de otro sin poder se interpreta como que además comprende el caso de que se actúe con poder pero que éste sea insuficiente. Y la referencia a esta norma nos permite reconducir el supuesto analizado a la categoría del negocio incompleto con la particularidad que la falta de autorización de la junta general no perjudicará al tercero de buena fe⁸¹.

⁸¹ Así lo declara la DGRN entre otras en la Resolución 26 junio 2015, con relación a un caso del artículo 160.1.f) LSC en el que declara que considera que concurre analogía entre este caso y el del artículo 234.2 LSC, citando al respecto la STS (1ª) 17 abril 2008 (285/2008), ven que se concluye que debe prevalecer «la protección de terceros de buena fe y sin culpa grave ante el abuso de exceso de poderes de los

3.6. Contratos que necesitan autorización administrativa (por ej. la enajenación de inmuebles sujetos a Ley de defensa e interés para la Defensa nacional)

La DGRN en su Resolución 5 marzo 2015⁸² los reputa como un caso de un contrato sujeto a una *conditio iuris*. No obstante, en principio parece un caso que perfectamente puede encajar en la figura del negocio incompleto. El negocio mientras no se autorice por las autoridades administrativas será ineficaz, aunque se puede sanar en un momento posterior, completándolo a través de la correspondiente autorización de la autoridad militar competente. En esta línea CARRASCO⁸³ los incluye entre los casos de negocios incompletos y concluye que «nunca serán contratos contrarios a norma imperativa, a orden público o incursos en causa ilícita, y por tanto nunca incurrirán en las nulidades de los arts. 6.3 y 1275 Código civil, los contratos que carezcan de una autorización administrativa requerida por la norma»⁸⁴.

Ello podría llevar a plantearse se podría autorizarse la escritura sujetándola a condición suspensiva. Lo que nos lleva la siguiente cuestión que debemos analizar.

4. ¿ES POSIBLE SUJETAR EL NEGOCIO INCOMPLETO A CONDICIÓN SUSPENSIVA SIENDO ÉSTA EL QUE EL MISMO SE COMPLETE?

Antes que nada, debemos preguntarnos qué utilidad puede tener que las partes acuerden dar el carácter de condición suspensiva al elemento que falte para que el contrato quede completado.

Pues bien, la utilidad es lograr que la retroactividad de la sanación afecte no solo a las partes del negocio sino también a los terceros⁸⁵.

Como vimos anteriormente la sanación del negocio incompleto no puede afectar a terceros dado que la retroactividad tiene su origen en la voluntad expresa o tácita de las partes, siendo ajeno el tercero a dicha voluntad.

Consejeros-Delegados (artículo 129.2 LSA [actual 234.2 de la Ley de Sociedades de Capital], aplicable por una clara razón de analogía)».

⁸² Resolución 5 marzo 2015 (RJ 2015\6626).

⁸³ CARRASCO PEREA, A., *op. cit.*, p. 720.

⁸⁴ Reconociéndose así por la jurisprudencia, entre otras SSTS (1ª) 8 abril 1953 (RJ 1953,1261), 7 diciembre 1961 (RJ 1961,4452), 16 mayo 1964 (RJ 1964, 3492), 30 septiembre 1982 (RJ 1982,4928), 15 diciembre 1989 (RJ 1989,8836), 13 mayo 1997 (RJ 2007,5448).

⁸⁵ Con lo que, como señala LACRUZ, J. L., *Elementos de Derecho Civil II, Volumen II*, 2ª edición, Bosch., Barcelona 1987, p. 212, el cumplimiento de la condición comportaría la desaparición de cualquier vicisitud incompatible con la situación que existente condicione debe establecerse como definitiva.

Sin embargo, si les afectaría si se sujetara el negocio a condición suspensiva⁸⁶, ya que, aunque la doctrina y la jurisprudencia⁸⁷ defiende que el cumplimiento de la condición suspensiva trae consigo que los efectos del contrato se retrotraigan a la fecha en que se consintió el mismo⁸⁸ (artículo 1120 Código civil⁸⁹), dejan a salvo, los derechos adquiridos pendiente la condición por los terceros, si bien, como recalca DÍEZ-PICAZO, es decisiva la buena o mala fe de los terceros adquirentes⁹⁰, sujetando para algunos⁹¹ dicha protección al que no solo el tercero sea de buena fe y adquiera a título oneroso, sino que además tratándose de bienes muebles tenga la posesión y de inmuebles haya inscrito su adquisición; aunque otros como DÍEZ-PICAZO, resuelvan esta cuestión acudiendo a la aplicación de la doctrina de la doble venta del artículo 1473 Código civil, en el que cuando se deba aplicar el criterio de dar preferencia el que de buena fe tenga título de fecha más antigua, «la retroactividad puede permitir que se considere como más antiguo el título del acreedor condicional»⁹².

De manera que, si el negocio incompleto se sujeta a condición suspensiva, siendo esta el que se complete el elemento que le falta se logrará que el mismo, una vez completado, retrotraiga sus efectos a la fecha en la que se consintió el negocio, afectando a terceros de mala fe, o de buena fe que adquieran a título gratuito, o a un

⁸⁶ Como dice DÍEZ-PICAZO, L., *op. cit.*, p. 350, las condiciones se llaman suspensivas cuando se ponen con el intento de suspender la eficacia de la obligación y de suspender la adquisición de los derechos.

⁸⁷ Entre otras la STS (1ª) 23 diciembre 1996 (RJ 1996, 9374), que declara que el cumplimiento de la condición suspensiva produce «la convalidación de los actos realizados por el titular que resulte definitivo durante la situación de pendencia y a que se declare la invalidez de los actos realizados en el mismo período por el titular interino extralimitándose del ámbito del poder».

⁸⁸ Como nos recuerda DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, Volumen II, Las relaciones obligatorias*, 6ª edición, Civitas, Madrid 2008, p. 417, «la doctrina tradicional ha resuelto este problema estableciendo la regla de la retroactividad de los efectos determinados por la producción de la condición al momento de constitución de la obligación». Y la DGRN en su Resolución 27 noviembre 2017 (BOE 14-12-2017) cuando declara que la condición suspensiva «supedita la adquisición de los derechos del acontecimiento que constituya la misma condición, de modo que el negocio existe desde luego, pero queda en suspenso su eficacia».

⁸⁹ A cuyo tenor «Los efectos de la obligación condicional de dar, una vez cumplida la condición, se retrotraen al día de la constitución de aquélla. Esto, no obstante, cuando la obligación imponga recíprocas prestaciones a los interesados, se entenderán compensados unos con otros los frutos e intereses del tiempo en que hubiese estado pendiente la condición. Si la obligación fuere unilateral, el deudor hará suyos los frutos e intereses percibidos, a menos que por la naturaleza y circunstancias de aquélla deba inferirse que fue otra la voluntad del que la constituyó. En las obligaciones de hacer y no hacer, los Tribunales determinarán, en cada caso, el efecto retroactivo de la condición cumplida».

⁹⁰ Como dice CARRASCO, *op. cit.*, p. 650, «en rigor, cuando hay terceros de buena fe por medio, la retroacción no es una regla segura, ni probablemente justa».

⁹¹ Así, LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil II... op. cit.*, p. 213, el que la adquisición del tercero se deba mantener con arreglo a las normas generales de protección de los terceros adquirentes, en la que juega un papel fundamental la buena fe y el carácter de la adquisición, así como la posesión de los bienes muebles o la inscripción en el Registro de la propiedad de los derechos sobre bienes inmuebles.

⁹² En *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial...*, *op. cit.*, p. 420.

adquiriendo a título oneroso cuando la condición suspensiva haya accedido al Registro de la Propiedad.

En definitiva -aquí se encuentra la clave- tratándose de negocio inmobiliarios, el que la condición suspensiva sea inscribible (arts. 9 c) y 23 LH), permite que sea oponible a terceros (arts. 13, 32 y 38 LH).

Tratándose de bienes muebles la cuestión es más compleja porque habría que buscar un medio para enervar la buena fe del tercer poseedor. Para ello, hay que recordar que la escritura pública en la que se documente el negocio incompleto que incluya la condición suspensiva es oponible al tercero⁹³, y por tanto destruye su buena fe, siempre que el mismo haya conocido de su existencia, lo que tratándose de un negocio incompleto que afecte a participaciones sociales u acciones podría intentar procurarse, cuando el notario autorizante del negocio incompleto anotarse en la copia autorizada que documenta el título de su adquisición, la existencia del mismo y de la condición.

No obstante, para que el negocio sea susceptible de someterse a condición suspensiva es imprescindible que el mismo sea *válido*. El negocio condicionado es válido desde que

⁹³ GORDILLO CAÑAS, *La representación aparente*, Salamanca, 1979, p. 824, nos recuerda «los documentos públicos, dice el artículo 1218, hacen prueba aun contra tercero. Las escrituras hechas para desvirtuar otra escritura anterior entre los mismos interesados –añade el artículo 1219-, sólo producirán efectos contra terceros cuando el contenido de aquellas hubiese sido anotado en el registro público competente o al margen de la escritura matriz. Los documentos privados hechos para alterar lo pactado en una escritura pública no producen efecto contra tercero –completa el artículo 1230-. La filosofía que subyace en estos preceptos parece clara. La fe pública es vehículo creíble de manifestación de la realidad. Sin ella los actos jurídicos, y los efectos de ellos derivados, limitan su efectividad a las partes que los otorgan o realizan; con ella trascienden a dichas partes: su realidad, debidamente documentada y, por ello constatable, es oponible a terceros, quienes a su vez podrán invocarla en su favor y desconocer cualquier pacto modificador no reflejado en idéntica forma. En el artículo 1280 se repite como un estribillo el «siempre que se intente hacerlos valer contra terceras personas», o expresión equivalente, al determinar los actos y contratos que deberán constar en documento público. Y es que, efectivamente, el documento público no es sólo medio de prueba contra tercero, sino, además y principalmente, título de legitimación o instrumento para hacer valer la realidad documentada [...]. Cualquier situación documentable, e igualmente toda realidad documentada, será, por ello, una situación dotada de transcendencia manifestadora (apariencia), apta de por sí para suscitar en el tercero una confianza que el Derecho necesariamente ha de amparar. La apariencia no brotará aquí del ser intrínseco del instituto en cuestión, sino de la fuerza exteriorizante del medio documentador». Y es que, como se lamenta RODRÍGUEZ ADRADOS «El principio de veracidad», *El notario del S. XXI*, nº 9, (septiembre octubre 2006), págs. 26 y 28, «la doctrina y la jurisprudencia únicamente suelen reconocer valor probatorio a la escritura pública, olvidando que también surte efectos sustantivos, tanto a favor como en contra de tercero, *ninguneándose los arts. 1218, 1219 Y 1230 Código civil, llegando incluso a su olvido físico*».

se concluye si reúne los requisitos esenciales o elementos estructurales, a los que no afecta la condición, lo pendiente de ésta es sólo la eficacia⁹⁴.

Lo que nos lleva, de nuevo a distinguir, entre los dos grupos de posibles negocios incompletos que hemos propuesto.

Así, cuando falta el consentimiento o alguno de los elementos que lo integran, falta uno de los *presupuestos* que el ordenamiento exige para que el negocio como tal pueda existir; por lo que estaremos ante un contrato *en formación* ya que falta un elemento del *estado de hecho constitutivo del negocio*. En este caso no es posible sujetar el negocio a condición suspensiva puesto que la condición no puede afectar a los requisitos esenciales o elementos estructurales del negocio, puesto que lo pendiente de la condición es sólo la eficacia⁹⁵, en cambio sí sería posible cuando lo que falta es un meramente un *requisito que el ordenamiento exige para que el negocio sea eficaz*, a pesar de que en el mismo concurre consentimiento, objeto y causa.

No obstante, llegados a este punto, se nos presenta la dificultad de distinguir el negocio incompleto del sujeto a una *conditio iuris*.

Esta distinción es importante, puesto que la DGSJFP (en Resoluciones 5 marzo 2015 y 27 noviembre 2017) no está admitiendo que se articule como condición suspensiva el evento cuyo cumplimiento es una *conditio iuris*, puesto que, a su juicio, la «*conditio iuris no puede elevarse a conditio facti*». Y es que como declara la Resolución 5 de marzo 2015, las partes no pueden poner en condición accidental lo que la propia Ley exige para la eficacia del negocio.

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

⁹⁴ MITTEIS, *Die Lehre von der Stellvertretung*, Viena 1885, p. 206 y ss. No puede ser completo o perfecto el negocio porque falta la voluntad de una de las partes negociales; la ratificación, expresión de ese consentimiento no puede ser un elemento accesorio de aquel negocio, equiparable a una condición: no es requisito de eficacia, sino requisito existencia del negocio. El negocio condicional añade MITTEIS, lleva ya incorporada la voluntad de las partes, y solo su eficacia se halla condicionada, más ello ya está previsto por la propia voluntad negocial completa en cuanto a ese elemento. En el negocio del falso representante, insiste MITTEIS, falta la voluntad de una de las partes, del principal: no puede ser negocio perfecto o completo.

⁹⁵ RIVERO HERNÁNDEZ, «Naturaleza y situación...», *op. cit.*, p. 1083.

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.

Pues bien, proponer una distinción entre la condición suspensiva y la *conditio facti* se presenta como una tarea muy ardua. Es verdad que la jurisprudencia⁹⁶ nos dice que «se distinguía en Derecho justiniano entre condiciones que dependen de la voluntad de las partes («condiciones facti») y las que, siendo ajenas a esta, constituyen sin embargo requisitos o presupuestos implícitos de la validez del negocio jurídico celebrado («condiciones iuris o tacitae»)), o en palabras de la DGSJFP en su Resolución 27 noviembre 2017, las *conditio iuris* son «hechos ajenos o extrínsecos al negocio mismo, pero cuya existencia es exigida por el legislador para que el negocio surta efectos».

No obstante, ambas fórmulas únicamente nos está distinguiendo una y otra figura por su origen, pero no aclaran cuando un evento concreto puede articularse como condición suspensiva y cuando como *conditio iuris*, siendo más claro en este punto CARRASCO⁹⁷ cuando concluye que no es condición aquello que es de *esencia* para que exista contrato; el fenómeno en virtud del cual por disposiciones de la ley hace falta una *integración sucesiva del supuesto de hecho* para que un efecto jurídico llegue a producirse.

A mi juicio, la clave se encuentra en no enfrentar el concepto de *conditio iuris* con el de *conditio facti*. En fin, si no puedes vencer a tu enemigo alíate con él.

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

⁹⁶ STS (1ª) 5 abril 1999 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª) (RJ1999/3272).

⁹⁷ CARRASCO PEREA, A., *op .cit.*, pp. 600 y 601.

conditio iuris, surta efectos también –o como veremos, al menos parcialmente- como *conditio facti*.

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 (1ª) 28 octubre 2013⁹⁹.

Por consiguiente, no puedo estar de acuerdo con CARRASCO¹⁰⁰, 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».

Rechazo esta opinión, puesto que creo que el que las partes sujeten a condición suspensiva el cumplimiento de la *conditio iuris* no transforma ésta en aquella; precisamente porque esta posibilidad se encuentra fuera de la autonomía de la voluntad de los contratantes puesto que su exigencia viene impuesta por la ley. De esta forma, no será aplicable el artículo 1119 Código civil al evento configurado como *conditio iuris*, aunque al mismo se le haya dado por las partes el valor de condición suspensiva, ya que en caso contrario se estaría permitiendo, nada menos, que hacer depender la eficacia del negocio de la voluntad de las partes.

En suma, el ordenamiento exige para la plena eficacia del negocio el que concurra determinado presupuesto cuya falta implicará que el negocio sea incompleto, y por

⁹⁸ Lo que es rechazado por la doctrina mayoritaria en cuanto sostienen, como LACRUZ, J. L., *Elementos de Derecho Civil II...*, *op. cit.*, pp. 199 y 201, «no pueden considerarse, en efecto como verdaderas condiciones aquellas circunstancias que, en orden a la eficacia de un contrato, son presupuestos que la ley exige atendiendo a la naturaleza o a la situación de los interesados».

⁹⁹ STS (1ª) 28 octubre 2013 (RJ 2013/7442), comentada en un interesante artículo por REDONDO TRIGO en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, en su número N.º 743, págs. 1519 a 1532.

¹⁰⁰ CARRASCO PEREA, A., *op. cit.*, pág. 545.

ende, ineficaz, y el que una de las partes haya impedido voluntariamente el que se pueda cumplir ese requisito no puede producir el efecto de que el negocio sea completo, y por tanto sea eficaz, precisamente porque el presupuesto legalmente exigido finalmente no ha concurrido; y es que tiene razón REDONDO TRIGO cuando nos apunta que el artículo 1119 Código civil «se ha dictado pensando en la condición voluntaria y en las relaciones entre las partes del negocio, y no para prevenir consecuencias derivadas de una condición impropia, como es la *conditio iuris*»¹⁰¹.

De esta forma, se evitan los problemas que denuncia la DGSJFP en su Resolución 27 noviembre 2017, cuando declara que «en el ámbito notarial y registral, especialmente, pues sería una vía fácil de burlar las exigencia legales, que tanto unos como otros deben verificar (imponiéndolo así en este caso expresamente la Ley), y que siempre podría, en caso contrario, erigirse como simples condiciones impuestas por los sujetos intervinientes», puesto que no se estarían burlando dichas exigencias legales dado que nunca se podría entender cumplida la condición suspensiva cuando no se obtuviera la autorización necesaria para completar el negocio.

Por último, el que no pueda aplicarse a la *conditio iuris* el artículo 1119 Código civil, no implica que no tenga utilidad el que las partes puedan acordar que el cumplimiento de la *conditio iuris* opere además como condición suspensiva¹⁰², ya que de esta manera se va a lograr que completado el negocio el mismo surta efectos retroactivamente y se va a permitir, como analizamos en el epígrafe siguiente, que el notario pueda autorizar la correspondiente escritura a pesar de no haberse cumplido la *conditio iuris*.

5. ¿PUEDE EL NOTARIO AUTORIZAR UNA ESCRITURA PÚBLICA QUE CONTenga UN NEGOCIO INCOMPLETO?

En principio la respuesta parece que debe ser negativa, puesto que no olvidemos que el negocio incompleto es un negocio nulo mientras no se complete y el notario dentro de su genérico deber del control de la legalidad debe negarse a autorizar negocios nulos.

Sin embargo, la anterior conclusión puede ser matizada. No es tan sencillo la resolución del problema.

¹⁰¹ REDONDO TRIGO, F., «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, p. 1527.

¹⁰² En contra de la opinión de REDONDO TRIGO, *op. cit.*, p. 1528, para quien «generalmente la inclusión de la condición legal en el contrato no añade nada al régimen del mismo».

1º De un lado, podría defenderse que el notario podría autorizar la escritura pública sujetando el negocio incompleto a condición suspensiva, siendo ésta precisamente el que se completara el requisito que falta.

Este camino tiene el inconveniente que como acabamos de ver la DGRN en la citada Resolución 5 marzo 2015 considera que un hecho que constituye una *conditio iuris* por la voluntad de las partes no puede convertirse en *conditio facti*, es decir no puede convertirse en condición suspensiva, el acontecimiento futuro e incierto de que se cumpla un requisito legal.

Pero ya hemos visto que esta doctrina tiene que entenderse superada, y en cierta manera lo ha hecho el TS con relación a la doctrina de la DGRN, en el caso de la autorización judicial que se exige a la enajenación de bienes de los menores por sus padres, ya que la Resolución 20 noviembre 1998 sostenía que la autorización judicial operaba como *conditio iuris* y la STS (1ª) 16 febrero 2010, admite que se pueda sujetar la misma a condición suspensiva siendo ésta la obtención de la correspondiente autorización judicial.

2º Acudir a la única regulación existente sobre el negocio incompleto que es el artículo 1259.2 Código civil y el caso del falsus procurator. Y si acudimos a la misma hay argumentos para poder autorizar la escritura pública que contenga el negocio incompleto, puesto que esta cuestión viene resuelta por nuestro Reglamento Notarial en dos supuestos.

De un lado, en sus arts. 164 y 166 permite que se pueda autorizar una escritura cuando la representación no resultare suficientemente acreditada, o no existiera o fuera insuficiente, cuando si hiciera constar en la escritura esta circunstancia y todos los comparecientes hicieren constar expresamente su solicitud de que se autorice el instrumento con tal salvedad.

Y del otro, que el artículo 169 ordena que cuando la plena eficacia del acto o negocio jurídico que se pretenda formalizar, requiera la concurrencia del consentimiento del cónyuge o conviviente no intervinientes, el notario podrá autorizar el documento siempre que, haciendo la oportuna advertencia a las partes, éstas insistieren en ello y prestaren su conformidad, todo lo cual se consignará expresamente conforme al artículo 164.

De manera que está recogiendo un caso que hemos calificado de negocio incompleto (por ejemplo, la venta de un bien ganancial por un cónyuge sin el consentimiento del

otro) y en el que permite expresamente que el notario pueda autorizar en documento realizando la correspondiente advertencia.

En conclusión, aunque el negocio incompleto es ineficaz mientras no se complete y por tanto en principio el notario no debería autorizarlo lo cierto es que hay argumentos para defender -con la debida prudencia y reconociendo que es una cuestión delicada y discutible- que se podría autorizar la escritura en cuestión a través de dos posibles expedientes:

O bien, acudiendo a la herramienta de la condición suspensiva -que excluimos fuese aplicable al caso en que se entendiera que lo que falta para que el negocio sea completo es el consentimiento de una de las partes- incluyendo en la escritura una condición suspensiva que consista en el cumplimiento del requisito que falta para que el negocio en cuestión sea completo. Y si el que un negocio se sujete a condición suspensiva no impide que -a pesar de que no se haya todavía cumplido- se autorice el negocio lo mismo podría sostenerse respecto del negocio incompleto.

O bien, apoyándose en el argumento que en el Reglamento Notarial se contemplan expresamente dos casos en los que a pesar de estar ante un negocio incompleto se permite que el notario autorice la escritura que los contenga, siempre que se haga constar que los comparecientes insisten en su otorgamiento; y sobre todo, se advierta expresamente que se está presencia de un negocio incompleto y de esta forma la apariencia que genera la copia autorizada de la escritura no lleva a engaño, puesto que se advierte que existe un negocio nulo mientras no se complete, y por tanto se sane.

Es verdad que se puede sostener que la regla general es que el notario no puede autorizar un negocio nulo mientras el mismo no se sane, y que los casos citados son excepciones y como tales se deben interpretar estrictamente, no siendo posible su extensión sin más a otros casos, pero siendo cierto lo anterior también se podría sostener en una posición intermedia -entre la que permitiría autorizar cualquier negocio incompleto, y la que negaría esta posibilidad salvo las excepciones contenidas en el Reglamento Notarial- que se podría autorizar por el notario cualquier negocio incompleto que fuera subsumible en la hipótesis que la representación de una de las partes no existiera o fuera insuficiente (esto es en el caso del artículo 1259.2 Código civil y el artículo 164 RN) como en los supuestos del artículo 234 o 160.1 f) LSC, o en los casos de autocontrato.

6. EL PROBLEMA DE LA REVOCACIÓN DEL NEGOCIO INCOMPLETO POR LA OTRA PARTE CONTRATANTE ANTES DE SU SANACIÓN

Plantea dudas la interpretación del segundo inciso del párrafo 2º del artículo 1259 Código Civil cuando declara que es nulo el negocio celebrado a nombre de otro por quien carece de poder para ello «*a no ser que lo ratifique la persona a cuyo nombre se otorgue antes de ser revocado por la otra parte contratante*».

De este texto resulta que mientras el negocio no sea sanado, es decir, permanezca incompleto, la otra parte contratante o -cocontratante- podrá revocar su consentimiento.

No obstante, esta no es la solución que, con carácter general, se sostiene en derecho comparado con relación al caso del *falsus procurator*, ni por la inmensa mayoría de la doctrina.

Así, el derecho alemán¹⁰³ no permite que el cocontratante pueda revocar el contrato si conocía la ausencia de poder de representación en el momento en que se concluyó el contrato, lo que, extendido al caso del negocio incompleto, supondría que si los otorgantes conocían que el negocio era incompleto no podrá ninguno de ellos pretender revocarlo.

En términos casi idénticos se pronuncia el Código civil griego¹⁰⁴ y el Código civil portugués¹⁰⁵, y los Principios UNIDROIT¹⁰⁶.

Otros van más lejos y no permiten, al cocontratante revocar ni siquiera cuando ignorase que la representación era insuficiente, distinguiéndose entre los que sin más no recogen esta posibilidad de aquellos que sin recogerla sí atribuyen ciertos efectos a que el contrato no sea completado.

En el primer grupo se encuentra el Código Civil francés, el de Quebec, y la mayor parte de los Códigos civiles hispanoamericanos del s. XIX, como los de Argentina, Chile,

¹⁰³ En el § 178 B.G.B. que declara que «hasta la ratificación del contrato la otra parte está autorizada a revocarlo, a menos que conociera la ausencia de poder de representación en el momento en que se concluyó el contrato».

¹⁰⁴ Tan idéntico que como nos dice RIVERO HERNÁNDEZ, *Representación del poder y ratificación, op. cit.*, p. 575, es casi traducción del § 178 B.G.B.

¹⁰⁵ En su artículo 268.4 que declara que «cuando el negocio no fuera ratificado, tiene la otra parte la facultad de revocarlo o rechazarlo, salvo si, en el momento de la conclusión, conocía la falta de poderes del representante».

¹⁰⁶ En su artículo 2.2.9 que ordenan «si, al momento actuar el representante, el tercero no sabía ni debiera haber sabido la falta de apoderamiento, éste puede, en cualquier momento previo a la ratificación, notificarle al representado su rechazo a quedar vinculado por una ratificación».

Uruguay o Colombia. Es paradigmático el caso del Code francés que guarda silencio al respecto¹⁰⁷, interpretándose el mismo por la doctrina¹⁰⁸ como la imposibilidad que la otra parte contratante pueda retractarse y pedir la nulidad del contrato que le afecta. O en *Common Law*, en el que a partir del *leading case Bolton vs. Lambert* de 1889 se considera principio general, vinculado a la retroactividad de la ratificación que el cocontratante queda vinculado por el contrato celebrado con el agente sin poderes y no puede volverse atrás¹⁰⁹.

En el segundo grupo, podemos incluir, al Código suizo de las obligaciones, que no permite que la otra parte contratante pueda revocar el contrato, y únicamente le autoriza a exigir al representado que declare, en un plazo razonable, si ratifica o no el contrato, y si en dicho plazo no ratifica dejará de estar vinculada¹¹⁰. Es decir, en lugar de permitir que el cocontratante pueda revocar el contrato aduciendo que el mismo no ha sido ratificado¹¹¹, lo que le permite es que requiera al representado para que sane el contrato ratificándole, con la advertencia que si en un plazo razonable no lo ratifique, el contratante quedará desligado del consentimiento que en su día dio al negocio incompleto.

En la misma línea, el Código civil italiano de 1942¹¹², solo permite al cocontratante invitar al representado a pronunciarse sobre la ratificación durante un plazo que le conceda, terminado el cual, si no lo hace, se entiende denegada la ratificación; y en nuestro Derecho, el artículo 622-22 del Código Civil de Cataluña que en su apartado 2º declara que «*el tercero puede requerir al mandante que ratifique la actuación en un plazo razonable que debe indicarle, transcurrido el cual sin declaración del mandante se entiende que no existe ratificación*».

Un paso más allá lo da los *Principles of European Contract Law*¹¹³, en el que no reconocen al cocontratante la posibilidad de revocar el contrato, y ni tan siquiera poder desligarse del mismo, previo requerimiento al representado para que ratifique, sino

¹⁰⁷ Aunque sí contiene, entre las normas del mandato, el principio de que lo hecho por el *falsus procurator* no vincula al representado mientras no lo ratifique; declarando el artículo 1998-2º «*le mandant n'est tenu de ce qui a pu être fait par lui (du pouvoir), qu'autant qu'il l'a ratifié expressément ou tacitement*».

¹⁰⁸ GHESTIN-M. BILLIAY, J., *Traité de Droit Civil. Les principaux contrats spéciaux*, París, 1992, p. 1028.

¹⁰⁹ Tal y como recoge RIVERO HERNÁNDEZ, Representación del poder y ratificación, *op. cit.*, p. 577.

¹¹⁰ En concreto, en su artículo 38.2.

¹¹¹ Tan es así, que VON THUR, *Tratado de Obligaciones, Tomo I*, Madrid 1934, p. 260, sostiene que el cocontratante suele poder revocar cuando expresamente se haya reservado ese derecho.

¹¹² Que solo permite revocar si actúan de mutuo acuerdo el cocontratante y el representado, y así, ordena el artículo 1399 «*il terzo e colui contratto prima della ratifica*».

¹¹³ En su artículo 3:204.

que únicamente le concede, el derecho a reclamar al representante una indemnización de daños que coloque al cocontratante en la misma situación que tendría si el representante hubiera actuado con poder¹¹⁴. Es decir, en cierta manera se le indemniza por la incertidumbre que le causa no saber si el contrato es o no definitivo o completo; aunque no tendrá derecho a esta indemnización si el tercero conocía o no podía desconocer la falta de poder de representación en el agente.

En conclusión, ningún ordenamiento cercano, recoge sin más, como hace el nuestro, que la otra parte contratante simplemente pueda dejar sin efecto el negocio incompleto si el mismo no ha sido completado, y a lo máximo que llegan es a reconocerle el derecho a requerir al representado para que ratifique (como en el código suizo y en el italiano), y en caso contrario darse por desligado, o permitir que pueda revocar el contrato cuando ignoraba que quien actúo por el representado carecía de poder o éste era insuficiente (como en el derecho civil alemán).

La única excepción es el Código civil portugués, y no es una excepción casual, porque precisamente en el Código civil portugués de 1867¹¹⁵ se inspiró¹¹⁶ nuestro codificador¹¹⁷, para apartándose del precedente de Proyecto de Código Civil de 1851¹¹⁸, incluir en el Anteproyecto de 1882-1888¹¹⁹ y finalmente en la redacción originaria del definitivo artículo 1259.2 Código Civil la posibilidad de que el otro contratante, mientras no se haya ratificado el contrato consentido por quien carece de poder, puede proceder a revocar el mismo.

En cuanto a la posición de la doctrina española sobre el tema, la mayoría propone una interpretación correctora del artículo 1259.2 Código Civil que supere su tenor literal, y así, Díez-PICAZO¹²⁰, en tesis seguida por numerosos autores¹²¹, distingue dos hipótesis: si

¹¹⁴ Esta referencia a una posible indemnización a favor del otro contratante que haya resultado perjudicado por haber confiado sin su culpa en la validez del contrato, también se contempla en el Código civil italiano, en concreto, en su artículo 1398.

¹¹⁵ Cuyo artículo 646 declaraba «*los contratos celebrados en nombre de otro sin autorización válida, producen, sin embargo, sus efectos si son ratificados antes de la otra parte se retracte*».

¹¹⁶ Inspiración que destaca PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, *Anteproyecto del Código civil español (1882-1888)*, Madrid, 1965, p. 35, n. 108.

¹¹⁷ Tal y como apunta RIVERO HERNÁNDEZ, *Representación sin poder y ratificación*, op. cit., p. 579.

¹¹⁸ El artículo 980 del proyecto 1851 de García Goyena emplea las mismas palabras que nuestro vigente artículo 1259 Código Civil, pero sin incluir el último inciso, esto es el relativo a la posibilidad de su revocación por el cocontratante.

¹¹⁹ Cuyo artículo 1262 es idéntico, salvo alguna coma, a nuestro artículo 1259.

¹²⁰ En su obra fundamental (otra más...) *La representación en el Derecho Privado*, en sus p. 232 y 233.

¹²¹ Entre otros, MÚÑOZ DE DIOS, G., «*La ratificación: retroactividad y derechos de terceros*», *Revista La Ley*, (1984), 2, p. 1159-1160; SERNA MEROÑO, E., «*Comentario al artículo 1259 Código Civil*» en *Comentarios al Código civil y las Compilaciones forales*, t. XVII-1ª A, Albaladejo (Coord.), ed. Edhersa, Madrid, 1993, p.

el tercero conocía o pudo conocer, actuando diligentemente, la ausencia de poder, el contrato se entenderá sometido a la condición de que recaiga la ratificación, por lo que el tercero se encuentra, por virtud de lo convenido, obligado a esperar a que la ratificación tenga lugar, durante el tiempo que sea preciso o razonable atendidas las circunstancias. Si transcurrido ese tiempo la ratificación no hubiera recaído, debe entenderse que al tercero le es lícito desligarse del contrato. Es decir, en palabras de este autor «el tercero resuelve la obligación porque de contrario no se le ha prestado el cumplimiento prometido».

En cambio, si el cocontratante no conocía ni pudo conocer la ausencia o insuficiencia del poder lo que habrá es un error del tercero sobre una determinada circunstancia del negocio y, para el caso de que tal circunstancia se considerase como básica y esencial, habrá que admitir que el tercero puede desligarse, pero que tendrá que hacerlo acudiendo al mecanismo de la impugnación por error en la base del negocio.

Como se observa, Díez-Picazo y con él la mayoría de la doctrina y coherentemente con esta última circunstancia, la propuesta de Código civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil¹²², y la Propuesta de reforma del Libro IV del Código civil, de la Comisión General de Codificación¹²³, están adoptando una posición similar a la del BGB alemán, y ponen el acento en la ignorancia, por quien pretende desligarse del negocio, del carácter incompleto de éste.

Finalmente, esta es la solución por la que parece inclinarse la reciente Resolución de la DGSFP 25 abril 2023¹²⁴, y por la que decididamente se inclinó la Resolución de la DGRN 5 diciembre 1988¹²⁵.

525-526; LEÓN ALONSO, J. R., «Comentario al artículo 1727 Código Civil», p. 390-392, y también con algún matiz RIVERO HERNÁNDEZ, J., *Representación sin poder y ratificación*, op. cit., p. 582.

¹²² Que en su artículo 1132-3, apartado 1º declara que «Los actos realizados en nombre ajeno sin poder de representación o con extralimitación de facultades no vinculan a la persona a cuyo nombre se hayan celebrado con el tercero, salvo que aquella los ratifique antes de ser revocados por este último. Dicha revocación ha de comunicarse a los supuestos representante y representado, y solo puede hacerla el tercero si al contratar no conoce o debe conocer la falta o deficiencia del poder», aunque curiosamente, en evidente contradicción el apartado 3º del mismo precepto declara que «a falta de ratificación, el tercero que no conoce o debe conocer la falta o extralimitación de poder puede optar entre considerar personalmente obligado al supuesto representante o exigirle una indemnización de daños y perjuicios», pero en qué quedamos ¿puede revocar el contrato o reclamar la indemnización de daños y perjuicios?

¹²³ En su artículo 1288.5 declara que «mientras no se produzca la ratificación del negocio, el tercero tiene la facultad de revocarlo, mediante comunicación al representado, siempre que en el momento de su celebración no hubiera conocido ni debido conocer la falta o deficiencia del poder».

¹²⁴ Que no es publicada en el BOE por tratarse de un tema de nombramiento de auditores, en concreto, del expediente de nombramiento de auditor 35/2023. El supuesto de hecho es resumido por GARCÍA-VALDECASAS BUTRÓN (<https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-mercantil/informes-mensuales-o-m/agosto-2023-el-negocio-incompleto-y-la-doctrina-de-la-dgsjfp-registro-propiedad->

Por mi parte, reconduciendo la cuestión al negocio incompleto, considero que la posibilidad de que la otra parte contratante pueda revocar el negocio mientras el mismo no es completado únicamente se puede dar en el caso de que se trate de un supuesto de negocio consentido por quien carece de poder o lo tiene insuficiente y siempre que el cocontratante ignorase esta circunstancia.

Para llegar a esta conclusión hay que bucear en la *ratio* que inspira la concesión por el artículo 1259.2 Código Civil de la posibilidad de revocación por el cocontratante.

Me atrevo a proponer tres razones para fundar dicha facultad:

La primera, sería como apunta la STS (1ª) 25 junio 1946 que hasta la ratificación no hay concurrencia de dos voluntades (la del ratificante y del cocontratante) ni vínculo obligatorio alguno¹²⁶. Lo que sería coherente con la teoría (minoritaria)¹²⁷ que considera que antes de la ratificación no hay contrato sino una simple oferta contractual que el cocontratante hace al representado para que la acepte (a través de la ratificación) y que podrá retirar en cualquier momento, siempre que, conforme a las exigencias de la buena fe, haya transcurrido un tiempo prudencial para que el representado pueda ratificarla expresa o tácitamente

La segunda, que la existencia de la facultad de revocar lo que pretende es mantener el equitativo equilibrio entre las distintas voluntades de las partes contratantes, puesto

intelectual/), «se solicita por el usufructuario de unas participaciones el nombramiento de auditor al amparo del artículo 265.2 de la LSC. Justifica su legitimación con la escritura de compra y alega un artículo de los estatutos según el cual «el ejercicio de los demás derechos de socio corresponde también al usufructuario». El registrador nombra auditor, y la sociedad recurre alegando que el usufructuario no lo era tal, puesto que, si bien es cierto que adquirió a título oneroso por compraventa, en dicha escritura compareció en su representación un mandatario verbal que dijo actuar en nombre del comprador, y aunque éste ratificó la compra el 6 marzo 2023, con anterioridad a dicha fecha, el 24 febrero 2023, la venta fue *revocada* por el vendedor y la mandataria verbal. el debate se circunscribe a determinar si el vendedor, de manera unilateral», puede revocar el contrato de compraventa «como consecuencia de la no ratificación» por parte del comprador. Parece que la DG estima que la revocación no puede ser unilateral pues considera que el hecho de que la ratificación del comprador sea posterior a la revocación del vendedor, a los efectos de tener por no sanado el contrato, es algo competencia de los Tribunales de Justicia, por lo que la DG no puede entrar en el examen de ese motivo alegado por el recurrente.

¹²⁵ DGRN 5 diciembre 1988 (RJ 1988\9939), al declarar que «tal como aparece formulada la posibilidad revocatoria del tercero, el precepto está más en consonancia con el supuesto de ignorancia por éste de la falta de representación que con el conocimiento de tal extremo».

¹²⁶ En esta misma línea la STS (1ª) 14 junio 1974.

¹²⁷ Es la sostenida por WÄTCHTER y RUHSTRAT, y es tan minoritaria que RIVERO HERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 305, concluye que «en España esta tesis no ha tenido prácticamente seguidores, en la doctrina ni en la jurisprudencia (que yo conozca)»

que en caso contrario nos encontraríamos que el consentimiento de una de las partes es definitivo y el otro puede quedar suspendido sine die, hasta que sea ratificado, lo cual supone como denuncia GARCÍA-VALDECASAS BUTRÓN¹²⁸, «dar más fuerza a la ratificación que a la revocación previa». Conclusión que se encuentra reforzada si analizamos la propia causa del consentimiento de cada parte, puesto que en un contrato sinalagmático cada consentimiento tiene su causa en el consentimiento de la otra parte; por lo que el consentimiento del primer contratante será definitivo en la medida que también lo sea el del contratante insuficientemente representado, ya que es lógico presumir que el cocontratante consiente en la medida que confía en que el representado también lo haga.

La tercera razón habría que buscarla en la protección del interés del tercero ante la incertidumbre que le ocasiona que la eficacia definitiva del contrato iniciado dependa de la voluntad exclusiva y casi libre del *dominus*¹²⁹, pudiendo causarle esta incertidumbre perjuicios económicos, puesto que, por ejemplo, si se trata de una venta el que se vea ligado por el consentimiento prestado como vendedor puede perjudicarlo ya que si al final el comprador no ratifica se puede encontrar que cuando quiera poner el bien de nuevo a la venta el precio que pueda obtener por el mismo sea inferior, habiendo por ello perdido oportunidades de venta por estar atado a una ratificación que... no llega.

A la vista de estos posibles fundamentos del último inciso del artículo 1259.2 Código Civil podemos concluir que no se podrá aplicar cuando estemos ante un negocio en el que concurre consentimiento, objeto y causa, y lo que falta es meramente un *requisito que el ordenamiento exige para que el negocio sea eficaz*.

Pero, incluso, a mi juicio, tampoco será aplicable cuando estemos ante un negocio incompleto por faltar en consentimiento, y por ende estar en formación, cuando esta circunstancia sea conocida y aceptada por la otra parte contratante¹³⁰. Es decir, el cocontratante no podrá pretender revocar su consentimiento alegando que el negocio no ha sido ratificado cuando dicha incertidumbre ha sido aceptada por el mismo, esto es, su consentimiento fue prestado asumiendo que el del otro contratante podría ser o

¹²⁸ En su informe mercantil de agosto en la web [notariosyregistradores.com](https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-mercantil/informes-mensuales-o-m/agosto-2023-el-negocio-incompleto-y-la-doctrina-de-la-dgsjfp-registro-propiedad-intelectual/), <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-mercantil/informes-mensuales-o-m/agosto-2023-el-negocio-incompleto-y-la-doctrina-de-la-dgsjfp-registro-propiedad-intelectual/>.

¹²⁹ RIVERO HERNÁNDEZ, *La representación sin...*, *op. cit.*, p. 580 y 581.

¹³⁰ En esta línea RUSSTRAT, *Über Stellvertretung ohne Vollmacht, Jahrbücher für die Dogmatik*, 1871, p. 208 y ss., que, aunque defiende que estamos ante una oferta sostiene que la vinculación del cocontratante puede derivar de un pacto con el falso representante, si así se ha obligado voluntariamente frente a éste.

no al final prestado, puesto que como concluye RIVERO HERNÁNDEZ si se concede al cocontratante la facultad de desistimiento unilateral se deja a su voluntad la supervivencia del contrato, lo que es poco coherente con la seriedad de las declaraciones de voluntad¹³¹.

En fin, el que el otro contratante pueda revocar su consentimiento únicamente será posible si en el contrato faltaba el consentimiento de la otra parte contratante por falta o insuficiencia de poder, o falta de consentimiento y el cocontratante ignoraba esta circunstancia.

Sin embargo, a pesar de estas reflexiones, lo cierto es que el tenor del último inciso del artículo 1259.2 es claro, y *dice lo que dice*, y condiciona la facultad de revocar solo a que el contrato no haya sido ratificado, y no en cambio a que el que pretenda revocar ignorase que el contrato necesitaba ser ratificado.

Por ello, desde el punto de vista práctico, sería aconsejable incluir en el contrato la cláusula por la que las partes expresamente acuerdan que no se podrá revocar por ninguna de ellas el negocio incompleto mientras no sea completado, y si se quiere evitar sostener una incertidumbre injustificada en el tiempo, se podría incluir que los consentimientos prestados por todas las partes decaerán, y con ellos el negocio, en caso de no completarse el mismo en el plazo que se haya acordado en dicha cláusula.

BIBLIOGRAFÍA

CARRASCO PERERA, A., *Derecho de contratos*, 3ª edición, Aranzadi, 2021.

CLAVERÍA GONZÁLEZ, L. H., «Notas para una revisión general de la denominada ineficacia del contrato», en *Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución*, Jesús Delgado Echeverría (Coord.), Aranzadi, Cizur Menor, 2007.

DE CASTRO Y BRAVO, F., *El Negocio Jurídico*, Civitas, 1985.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.:

- *La representación en el derecho privado*, Civitas, Madrid, 1979.

- *Fundamentos de derecho civil patrimonial I*, 6ª edición, Civitas.

DÍEZ PICAZO, L. Y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil, tomo IV*, Tecnos, 2016.

¹³¹ RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Representación sin poder...*, op. cit., p. 573.

FEÁS COSTILLA, J., «Reivindicación del autocontrato», en *Estudios de derecho privado en homenaje a Juan José Rivas Martínez, Vol. 2*, coord. por Ángel Valero Fernández-Reyes, Antonio Pérez-Coca Crespo, Leonardo B. Pérez Gallardo; Juan Antonio Pérez Bustamante de Monasterio (dir.), 2013.

GOMÁ LANZÓN, I., «Comentario a la STS 10 enero 2018», *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil)*, número 10 (2018).

GORDILLO CAÑAS, A.,

- *La representación aparente*, Salamanca, 1979,

- «Nulidad, anulabilidad e inexistencia. El sistema de nulidades en un Código latino situado entre la Primera y la Segunda Codificación», en *Centenario del Código Civil, tomo I*, Centro de Estudios Ramón Aceres, Madrid, 1990.

GRAZIANI, A., *La rappresentanza senza procura*, Studi di Diritto Civile e Commerciale, Napoli, 1927.

GHESTIN-M. BILLIAY, J., *Traité de Droit Civil. Les principaux contracts spéciaux*, París, 1992.

LACRUZ BERDEJO J. L.:

- *Elementos de Derecho Civil II*, Volumen II, 2ª ed., Bosch, Barcelona 1987.

- *Elementos de Derecho Civil II, volumen I*, 3ª ed., Bosch, Barcelona 1994.

NAVARRO VIÑUALES J. M., «Autocontratación y conflicto de intereses: especial referencia a la doctrina de la Dirección general de los Registros y del Notariado», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo XLI (2003).

NÚÑEZ LAGOS R., «La ratificación», *Revista de Derecho Notarial*, t. XI (1956).

MARTÍNEZ SANCHIZ, J. A., «Ponencia de la delegación española del XVIII Congreso Internacional del Notariado Latino», *Revista de Derecho Notarial* (1986), número 132.

MITTEIS, *Die Lehre von der Stellvertretung*, Viena 1885.

MÚÑOZ DE DIOS, G., «La ratificación: retroactividad y derechos de terceros», *Revista La Ley* (1984), 2.

OERTEMANN, *Die Rechtsbedingung (conditio iuris)*, Leipzig, 1924.

PASQUA LIAÑO, M. *Nulidad y anulabilidad del contrato*, Civitas, Madrid, 1997.

RIVERO HERNÁNDEZ, F.:

- «Naturaleza y situación del contrato del "Falsus Procurator"», *Anuario de Derecho Civil*, Fascículo 4 (1976).

- *La representación sin poder y la ratificación*, Civitas, 2013.

PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Anteproyecto del Código civil español (1882-1888)*, Madrid, 1965.

RODRÍGUEZ ADRADOS, A., «El principio de veracidad», *El notario del S. XXI*, (2006), n.º 9.

SERNA MEROÑO, E., «Comentario al artículo 1259 Código Civil» en *Comentarios al Código civil y las Compilaciones forales*, t. XVII-1º A, Albaladejo (Dir.), ed. Edhersa, Madrid, 1993.

RUSHTRAT, *Über Stellvertretung ohne Vollmacht*, Jahrbücher für die Dogmatik, 1871.

VENTOSO ESCRIBANO, A., *La representación y disposición de los bienes de los hijos*. Constitución y Leyes, COLEX, 1989.

VON THUR, *Tratado de Obligaciones, Tomo I, Traducción al español*, Madrid, 1934, p. 260.

Fecha de recepción: 01.08.2023

Fecha de aceptación: 20.12.2023