

2017 - 03 - 28

Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil

2017

Número 103 (Enero-Abril)

Sentencias, Resoluciones y Comentarios

2747

Comentario

1. Enajenación de bienes gananciales realizada por el incapacitado y su cónyuge tutor sin autorización judicial. Anulabilidad: plazo para su ejercicio y legitimación. Protección del tercero que adquiere el bien en un procedimiento de ejecución hipotecaria (ANDRÉS DOMÍNGUEZ LUELMO)

Comentario

1 Enajenación de bienes gananciales realizada por el incapacitado y su cónyuge tutor sin autorización judicial. Anulabilidad: plazo para su ejercicio y legitimación. Protección del tercero que adquiere el bien en un procedimiento de ejecución hipotecaria^{*)}

Comentario a la STS de 20 abril 2016 (RJ 2016, 1687)

ANDRÉS DOMÍNGUEZ LUELMO

Catedrático de Derecho Civil. Universidad de Valladolid

ISSN 0212-6206

**Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil 103
Enero - Abril 2017**

Sumario:

- I. Introducción
- II. La necesidad de que el tutor obtenga autorización judicial para la enajenación o gravamen de bienes inmuebles
- III. Consecuencias jurídicas de los actos llevados a cabo por el tutor sin autorización judicial
- IV. La ausencia de autorización judicial en los casos previstos en los artículos 1387 y 1389 del Código civil
- V. Naturaleza del plazo para impugnar el contrato y el problema del día inicial del cómputo
- VI. La legitimación del tutor para impugnar los actos realizados sin autorización judicial
- VII. Los motivos por lo que no prospera el recurso: la aplicación del principio de fe pública registral del artículo 34 de la Ley Hipotecaria
- VIII. Aplicación de la doctrina de la equivalencia de resultados y carencia de efecto útil del recurso

RESUMEN:

ABSTRACT:

La sentencia considera que un contrato de constitución de hipoteca sobre un inmueble ganancial celebrado por ambos cónyuges, estando uno de ellos incapacitado y sometido a tutela, sin contar con la preceptiva autorización judicial, se rige por lo dispuesto en los artículos 1322 y 1389 CC: El contrato no es nulo, sino anulable. El plazo de cuatro años es de caducidad.

Se considera válido el título de adquisición del demandado en el procedimiento de ejecución hipotecaria que se siguió, al ser un tercero protegido por el art. 34 de la Ley Hipotecaria.

PALABRAS CLAVE: Incapacitación - Autorización judicial - Anulabilidad - Fe pública registral

The judgment holds that a mortgage contract referred to a community immovable made by both spouses when one of them is under guardianship and without the required judicial authorization is ruled by articles 1322 and 1389 CC: The contract is not void, but avoidable. The time period of four years is an expiration time.

Defendant's entitlement of acquisition in the mortgage foreclosure is valid, as far as he is a good faith acquirer of article 34 Mortgage Act.

KEYWORDS: Incapacitation - Judicial authorization - Avoidability - Good faith acquisition

Excmo. Sr. D. Ángel Fernando Pantaleón Prieto

I. INTRODUCCIÓN

La sentencia objeto de comentario se refiere a varios contratos celebrados por ambos cónyuges durante la vigencia del régimen de gananciales. En ellos intervienen marido y mujer en nombre propio, pero se da la circunstancia de que el marido no podía prestar consentimiento por estar incapacitado judicialmente, y sometido a tutela, siendo tutora su esposa, que siempre ocultó los datos de la incapacitación. Además se trata de actos de disposición a título oneroso (adquisición de una vivienda y constitución de varias hipotecas) para los que la tutora, en su caso, debería haber solicitado autorización judicial.

Son varias las cuestiones de interés que se suscitan en las diversas instancias. En primer lugar, la necesidad de obtener autorización judicial para la realización de actos de enajenación o gravamen que recaigan sobre bienes inmuebles. En segundo lugar, las consecuencias jurídicas de los actos llevados a cabo por el tutor sin autorización judicial. En tercer lugar, la sanción que debe tener la ausencia de autorización judicial en los casos previstos en los [artículos 1387](#) y [1389](#)CC, en relación con el [artículo 1322](#)CC. Y finalmente, la aplicación del principio de fe pública registral del artículo 34LH cuando el tercero adquiere en un procedimiento de ejecución hipotecaria.

Es importante delimitar claramente los antecedentes de hecho para entender el alcance de la argumentación del Tribunal Supremo. Doña Martina y don Julio, en calidad de tutor de don Simón, presentaron demanda en juicio ordinario contra doña Carlota, don Alberto, Gabinete de Inversiones Cerezo y Minayo, S.L. y Gestora de Créditos e Inversiones S.L. Básicamente solicitaban que se declarara la nulidad de pleno derecho de tres contratos de hipoteca, así como, por falta de título ejecutivo, los tres procedimientos de ejecución hipotecaria seguidos ante diferentes Juzgados de Primera Instancia de Valladolid; y en el caso de uno de los procedimientos, que se anulara igualmente la adjudicación efectuada a favor de don Alberto. Paralelamente se solicitaba que se declarara la nulidad de los asientos registrales de constitución de las citadas hipotecas, así como del asiento de adjudicación practicado a favor de don Alberto. Finalmente se solicitaba que se declarara que la propiedad de la vivienda adjudicada a don Alberto correspondía a la sociedad de gananciales formada por don Simón y doña Martina, y que se condenara a don Alberto a entregar la posesión de dicha vivienda a los citados don Simón y doña Martina. Al haberse vendido la mencionada vivienda por don Alberto, la demanda se amplía, solicitando, ante la imposibilidad de éste de restituir la vivienda a los demandantes, que se le condenara a abonar a éstos la cantidad de 110.000 €, más los intereses legales y los intereses de mora procesal.

En lo que aquí interesa, los motivos para solicitar la nulidad de las hipotecas radicaban en el hecho de haber intervenido doña Martina en nombre de su marido, incapacitado, sin autorización judicial; y en la fijación de unos intereses moratorios del 25%, que debían considerarse usuarios y, por tanto, nulos. Conviene aclarar algunos datos porque la primitiva tutora fue sustituida posteriormente por su hijo (don Julio). El matrimonio lo

forman doña Martina y don Simón. Éste es incapacitado por sentencia de 6 de febrero de 2001. Inicialmente es nombrada tutora su esposa (doña Martina), que fue sustituida en el cargo por su hijo don Julio (que también lo es de don Simón) el 20 de enero de 2004.

La adquisición de la vivienda hipotecada se realiza el 18 de diciembre de 2001, es decir, con posterioridad a la incapacitación de don Simón. Las escrituras de las dos primeras hipotecas tienen fecha de 19 de abril de 2002 y se inscriben en el Registro de la Propiedad el 17 de mayo de 2002. La tercera hipoteca se formaliza mediante escritura de 31 de octubre de 2002 y se inscribe en el Registro de la Propiedad el 19 de noviembre de 2002. La demanda se presenta el 28 de septiembre de 2010.

Don Simón interviene en las escrituras de constitución de las hipotecas y los correspondientes préstamos hipotecarios junto con la tutora (su esposa, doña Martina), que siempre ocultó los datos de la incapacitación. En dos de las tres hipotecas se exhibieron, para su identificación, los documentos nacionales de identidad, y en la tercera fueron identificados por testigos, y siempre con el juicio notarial favorable de la capacidad de los comparecientes. En los procedimientos de ejecución hipotecaria, el primero acaba con el pago de la cifra reclamada, y los otros dos se archivan tras haberse adjudicado uno de los pisos (en el tercer procedimiento), previa cesión del remate, a don Alberto en 2008. Aunque don Julio, hijo de doña Martina y don Simón, asume las funciones tutelares el 20 de enero de 2004, consintió dicha situación sin impugnarla en ningún momento.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 61 de Madrid desestimó la demanda en sentencia de 17 de junio de 2013. Recurrida en apelación, el recurso fue desestimado por la [SAP de Madrid \(Sección 19ª\) de 17 de febrero de 2014](#) (JUR 2014, 81995). Finalmente el TS decide desestimar el recurso de casación, a pesar de discrepar de los razonamientos de la sentencia de la Audiencia.

II. LA NECESIDAD DE QUE EL TUTOR OBTENGA AUTORIZACIÓN JUDICIAL PARA LA ENAJENACIÓN O GRAVAMEN DE BIENES INMUEBLES

La ley confiere al tutor con carácter general la representación legal del incapacitado, dotándole de una cierta autonomía, pero en todo caso con obligación de ejercer la administración legal del patrimonio del tutelado con la diligencia de un buen padre de familia ([artículo 270CC](#)). En el ejercicio de la tutela, el juez interviene como órgano de control, lo que se manifiesta en la posibilidad de establecer medidas de vigilancia y control ([artículo 233CC](#)), en la obligación anual de información y rendición de cuentas ([artículo 269.4ºCC](#)), y en la obligación final de rendir la cuenta general justificada de su administración cuando el tutor cesa en sus funciones ([artículo 279CC](#)). No obstante, hay determinados actos y contratos que, por su trascendencia, el legislador mantiene al margen de este modelo general de actuación de tutor, que son precisamente los enumerados en el [artículo 271CC](#). En estos casos, el juez debe autorizar previamente cada acto concreto que pretenda realizar el tutor, con la finalidad de proteger al tutelado y su patrimonio. Se trata de proteger el interés de los incapacitados cuando no pueden actuar por sí solos o puedan encontrarse en una situación de desprotección, como ocurre cuando alguien contrata en su nombre, ya que en dicho supuesto asumen deudas y comprometen su patrimonio.

Entre estos actos, el [artículo 271.2ºCC](#) incluye la enajenación o gravamen de bienes inmuebles, actos que el legislador considera en todo caso de gran trascendencia. Así se desprende de la regulación del CC, tanto en los casos de representación legal ([artículos 166](#), [186](#) y [271.2ºCC](#)), como en los supuestos en que se necesita un complemento de capacidad en la emancipación ([artículos 323](#) y [324CC](#)), o en la curatela ([artículo 290CC](#)), o cuando la administración y disposición de los bienes de la sociedad de gananciales se transfiere por ministerio de la ley al cónyuge que sea tutor o representante legal de su consorte ([artículos 1387](#) y [1389CC](#)). Esa misma trascendencia de los actos de enajenación o gravamen se refleja, para los administradores judiciales, en los [artículos 632.1](#) y [803.1LEC](#). No estamos en estos casos ante meros actos de administración, generalmente dirigidos a obtener de un bien o un patrimonio los rendimientos de que es susceptible, sino ante actos de disposición, que tienen una mayor trascendencia, porque la facultad de disposición constituye un elemento integrante del derecho subjetivo que corresponde a su titular. El representante legal no es titular del derecho, por lo que sólo puede disponer válidamente del derecho ajeno si la ley, en función de las circunstancias concurrentes, admite que se pueda producir este efecto dispositivo.

Pero el [artículo 271.2ºCC](#) está pensado con carácter general para los casos en que el sometido a tutela es el

titular de los derechos de que dispone su representante legal. En tales casos no se puede hablar de legitimación de quien no es titular: el representante legal tiene la posibilidad de transmitir porque así se lo reconoce la ley, lo mismo que el representante voluntario recibe del titular de derecho dicha posibilidad. En este sentido, el acto de disposición del titular se justifica por encontrarse éste en relación directa con el derecho, que presupone la existencia del derecho subjetivo. En cambio, para admitir el acto dispositivo de quien no es titular, es necesario justificar que el titular ha establecido una relación entre aquél y el derecho, o que la ley ha dispuesto este efecto dispositivo, que es lo que ocurre en los casos de representación legal (Aguilera de la Cierva, T., Actos de administración, de disposición y de conservación, Montecorvo, Madrid, 1973, pp. 111 y ss., y 136 y ss.; Rivero Hernández, F., Representación sin poder y ratificación, Civitas - Thomson Reuters, Cizur Menor, 2013, pp. 103 y ss.). En este sentido, como destaca Delgado Echeverría [«Venta por representante sin autorización judicial», en Carrasco Perera, A. (Dir.), Tratado de la compraventa. Homenaje al Profesor Rodrigo Bercovitz, I, Thomson Reuters - Aranzadi, Cizur Menor, 2013, p. 289], puede considerarse que la exigencia de autorización judicial no es una norma imperativa en el sentido del [artículo 6.3CC](#), porque no es una norma de prohibición, sino uno de los requisitos de la norma que habilita al representante a realizar actos y negocios eficaces en la esfera patrimonial del representado. Por ello, si prescinde de la autorización judicial, más que infringir una prohibición, lo que hace el representante es omitir uno de los requisitos para la eficacia representativa de sus actos.

III. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LOS ACTOS LLEVADOS A CABO POR EL TUTOR SIN AUTORIZACIÓN JUDICIAL

El [art. 271CC](#) enumera los actos para los que el tutor requiere autorización judicial, pero no establece cuál sea la consecuencia de la realización de cualquiera de estos actos sin la correspondiente autorización judicial. La sanción no puede ser la rescisión del contrato pues el [art. 1291.1ºCC](#) solo contempla esta posibilidad cuando exista lesión en más de la cuarta parte del valor de las cosas objeto del contrato. Pero sobre todo porque se refiere a los contratos que los tutores pueden válidamente celebrar sin necesidad de autorización judicial, es decir, precisamente aquellos que están excluidos del [art. 271CC](#). En la [SAP de Madrid de 17 febrero 2014](#) (JUR 2014, 81995) se alude precisamente a esta cuestión, que también se había planteado en la instancia, frente a la alegación de incongruencia de la sentencia realizada por los recurrentes. En este sentido se afirma: «no es posible introducir en el proceso acción conectada con el [artículo 1291.1CC](#), que incluso se refiere a contratos que pueda celebrar el tutor sin la autorización judicial, que no es nuestro caso, pues efectivamente debió de contar doña Martina (ella era también co-adquirente para la sociedad de gananciales) con la repetida autorización judicial tanto para la adquisición de la vivienda como para la constitución de las hipotecas -que contaron con el juicio de capacidad notarial, precisamente por la ocultación en la que incidió e insistió doña Martina-, que son actos de gravamen de bienes inmuebles recogidos en el número 2 del artículo 271 del propio código».

En la doctrina y en la jurisprudencia se han mantenido tres posiciones sobre las consecuencias que debe tener la ausencia de autorización judicial cuando ésta es preceptiva [vid. ampliamente Guilarte Zapatero, V., «De nuevo sobre la ineficacia de los actos dispositivos de bienes de menores e incapaces realizados por sus representantes legales (I)», Act. Civ., núm. 29, 1992, pp. 445 y ss.].

A) Nulidad de pleno derecho. Mantener esta postura supone entender que la autorización judicial de los [artículos 166](#) y [271CC](#) constituye un elemento esencial del negocio que impide la perfección del contrato, y además, considerar que dichos preceptos son normas imperativas por lo que deben tener la sanción prevista en el [artículo 6.3CC](#). Ello implica que la impugnación del negocio no está sometida a plazo. Esta es básicamente la manera de enfocar las cosas que utilizan las [SSTS 9 diciembre 1953](#) (RJ 1954, 284), [25 junio 1959](#) (RJ 1959, 2933), [14 marzo 1983](#) (RJ 1983, 1475), [17 febrero 1995](#) (RJ 1995, 1105), y [21 enero 2000](#) (RJ 2000, 113), y la opinión que ha mantenido un sector de la doctrina (Alonso Pérez, M., «El patrimonio de los hijos sometidos a la patria potestad», RDP, 1973, pp. 24 y ss.; Llamas Pombo, E., El patrimonio de los hijos sometidos a la patria potestad, Trivium, Madrid, 1993, pp. 119 y ss.; Gil Rodríguez, J., «Comentario al art. 271», en VV.AA., Comentario del Código civil, I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 798; Guilarte Zapatero, «De nuevo...», cit., pp. 443 y ss., y 467 y ss.).

B) Anulabilidad. Esta solución es la que se recoge en los arts. 222-46.1 y 236-31 [CCCat](#). Según este último: «Los

actos determinados por el artículo 236-27 son anulables si se han realizado sin la autorización judicial». La acción para impugnar estos actos «caduca a los cuatro años del momento en que los hijos hayan alcanzado la mayoría de edad o la emancipación, o de la reintegración judicial de la capacidad». La misma solución se adopta en los arts. 19 y 139 del Código de Derecho Foral de Aragón. Los argumentos a favor de la tesis de la anulabilidad se justifican por considerar que con esta sanción se protegen mejor los intereses del tutelado, al ser los actos susceptibles de confirmación, y no poder ser ejercitada por la otra parte contratante. Se considera además que es preferible acudir a la anulabilidad como modelo de ineficacia en aquellos supuestos en que no se prevé una sanción específica, y se persigue la defensa de un interés privado. Se mantiene también que concurren todos los elementos esenciales del contrato, de manera que la autorización judicial vendría a ser una formalidad externa, prevista por la ley para complementar una limitación de la facultad representativa.

Esta postura es la que se acoge en las [SSTS 29 noviembre 1958](#) (RJ 1958, 3811), [30 marzo 1987](#) (RJ 1987, 1839), [9 mayo 1994](#) (RJ 1994, 3894), [23 diciembre 1997](#) (RJ 1997, 8902) y [3 marzo 2006](#) (RJ 2006, 5772). En concreto en esta última se afirma: «No se ha producido infracción porque del art. 164, hoy 166, no se deriva la nulidad radical que preveía el art. 4, hoy 6.3 CC. Tal como se ha dicho en el fundamento anterior, la actuación del representante legal sin la autorización judicial no implica que falte el consentimiento como se dice en este motivo del recurso, sino que se ha dado éste, es decir, la concurrencia de las declaraciones de voluntad de vendedor y comprador, aunque aquél actuaba en nombre y representación de sus hijos menores de edad, como titular de la patria potestad, sin la preceptiva autorización judicial. Pero sí hubo consentimiento contractual, presupuesto esencial del contrato conforme al [art. 1261.1º](#)CC aunque el de la parte vendedora adolecía de la falta de autorización judicial. Esta falta, como se ha dicho, no da lugar a la nulidad radical del contrato sino a que éste es anulable y si los contratantes representados (por representación legal) no han accionado interesando la anulación en el plazo de cuatro años que establece el [art. 1301](#)CC, se produce la confirmación por disposición de la Ley, llamada prescripción sanatoria, por el transcurso del plazo de caducidad en que podría ejercitarse aquella acción de anulación». En la doctrina esta postura puede considerarse mayoritaria (así, se inclinan, con diferentes argumentos, por la sanción de la anulabilidad, Bercovitz Rodríguez-Cano, R., «Comentario al art. 166», en VV.AA., Comentarios a las reformas del Derecho de Familia, II, Tecnos, Madrid, 1984, p. 1119; Rams Albesa, «Comentario a los arts. 164-168», en Rams Albesa; J. y Moreno Flórez, R. (Coord.), Comentarios al Código civil, II-2º, Bosch, Barcelona, 2000, pp. 1521 y ss.; Díez-Picazo, L. y Gullón, A., Sistema de Derecho Civil, IV, 10ª ed., Tecnos, Madrid, 2006, p. 268; Delgado Echeverría, J. y Parra Lucán, M.A., Las nulidades de los contratos, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 35, 73 y ss. y 284; Amunátegui Rodríguez, C., Incapacitación y mandato, La Ley, Madrid, 2008, pp. 146 y ss.; Delgado Echeverría, «Venta por representante...», cit., pp. 290 y ss.; Clavería Gosálbez, L., «Notas para una revisión general de la denominada ineficacia del contrato», en VVAA, Invalidez e ineficacia de los actos jurídicos, Zaragoza, 2006, pp. 79 y ss.).

C) Considerar que existe una extralimitación de poderes, o una ausencia de representación, a la que sería aplicable la solución del [art. 1259](#)CC. Según este precepto: «Ninguno puede contratar a nombre de otro sin estar por éste autorizado o sin que tenga por la ley su representación legal. El contrato celebrado a nombre de otro por quien no tenga su autorización o representación legal será nulo, a no ser que lo ratifique la persona a cuyo nombre se otorgue antes de ser revocado por la otra parte contratante». La aplicación de este precepto en nuestro caso supone entender que estamos ante un supuesto de extralimitación de poderes de representación, que produciría las mismas consecuencias que la falta absoluta de poder, es decir, al actuar el representante legal sin autorización judicial, cuando ésta es preceptiva, se estaría excediendo o extralimitando en sus facultades representativas (Ragel Sánchez, L.F., Estudio legislativo y jurisprudencial del Derecho civil: Familia, Dykinson, Madrid, 2001, p. 563; Palomino Díez, I., El tutor: obligaciones y responsabilidad, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 451; Sánchez-Calero Arribas, B., La intervención judicial en la gestión del patrimonio de menores e incapacitados, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, 390 y ss.).

La doctrina ha debatido acerca del sentido y alcance de esa declaración del contrato como «nulo» (vid. el estado de la cuestión en Sánchez-Calero Arribas, La intervención judicial..., cit., 360 y ss.; Amunátegui Rodríguez, Incapacitación..., cit., pp. 164 y ss.), aunque existe consenso en cuanto a que no produce efectos respecto al representado, salvo que dicho acto o contrato sea ratificado por el afectado «antes de ser revocado por la otra parte contratante». De esta manera, el representado no queda vinculado por el negocio celebrado por el representante que actuó sin poder, por faltarle precisamente la autorización judicial.

Esta última postura es la que ha mantenido la [STJ 22 abril 2010](#) (RJ 2010, 2380), dictada por el Pleno de la Sala, que ha venido a unificar doctrina sobre la materia, en un supuesto de disposición de bienes de sus hijos menores por un progenitor sin la autorización judicial que exige el [art. 166CC](#) (comentada por Fajardo Fernández J., en CCJC, núm. 85, 2011, § 2259, pp. 393 y ss). En esta sentencia, en la que se pretende aclarar definitivamente la cuestión, objeto de una jurisprudencia no uniforme, se afirma: «El acto realizado con falta de poder, es decir, sin los requisitos exigidos en el [art. 166CC](#) 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, no se trata de un supuesto de nulidad absoluta, que no podría ser objeto de convalidación, sino de un contrato que aun 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 [art. 1259.2CC](#), de modo que no siendo ratificado, el acto será inexistente».

La argumentación que se utiliza para llegar a esta conclusión es la siguiente: «La falta de concreción del [art. 166CC](#) acerca del tipo de ineficacia que debe atribuirse a los actos realizados por el representante legal sin la autorización judicial exigida en el propio artículo, obliga a plantear cuál es el fin de protección que busca el ordenamiento jurídico cuando exige dicha autorización. En definitiva, se trata de integrar el [art. 166CC](#), con lo que dispone el [art. 1259.1CC](#), cuando dice que "ninguno puede contratar a nombre de otro [...] sin que tenga por la ley su representación legal". De donde surgen los siguientes argumentos favorables a la ineficacia del acto en el sentido que luego se explicará: a) el [art. 166CC](#) es una norma imperativa, que coincide con lo dispuesto en el [artículo 1259CC](#) y a salvo la ratificación, su incumplimiento lleva a la aplicación del [art. 6.3CC](#), es decir, la nulidad del acto; b) el fin de protección de la norma contenida en el [art. 166CC](#) 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 [art. 154.2CC](#). 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; d) el propio [art. 1259CC](#) se añade a esta argumentación según la doctrina y alguna jurisprudencia, ya citada, porque va a permitir que el contrato pueda ser objeto de ratificación por el propio interesado cuando sea favorable a sus intereses. De aquí que deba aplicarse lo dispuesto en el [art. 1259CC](#), porque la autorización judicial para la realización del acto por el representante legal cuando la ley lo requiera tiene naturaleza imperativa en el Código civil y no es un simple complemento del acto a realizar. De acuerdo con el [art. 166CC](#), la representación de los padres como representantes legales, no alcanza los actos enumerados en el [art. 166CC](#). Los actos de disposición deben tener causas de utilidad justificadas y se deben realizar previa autorización judicial con audiencia del Ministerio Fiscal. La autorización judicial no es un complemento de capacidad como ocurre en la emancipación o en la curatela, sino que es un elemento del acto de disposición, puesto que los padres solos no pueden efectuarlo. Y todo ello, para obtener la protección de los intereses del menor».

Esta misma solución se aplica por la [STJ de 8 julio 2010](#) (RJ 2010, 6030) en un caso de contrato celebrado por un tutor sin la preceptiva autorización judicial del [art. 271CC](#): «Esta doctrina debe aplicarse también a los casos de actuación del tutor sin autorización judicial, porque obedece a la misma finalidad que la ya explicada en relación a los padres titulares de la patria potestad. En efecto, el [art. 271CC](#) enuncia los actos que el tutor no puede llevar a cabo sin autorización judicial y el [art. 272CC](#) permite obtenerla a posteriori únicamente en el caso de la partición hereditaria. La jurisprudencia y la doctrina se han planteado para los actos no autorizados del tutor las mismas dudas que ya se han señalado respecto del tipo de ineficacia que afecta a los actos de disposición del titular de la potestad efectuados sin autorización judicial, y por ello debe aplicarse la doctrina de la sentencia de 22 abril 2010 también a este caso».

Se entiende, pues, que el acto realizado sin autorización constituye un contrato o un negocio jurídico incompleto, cuya eficacia es provisional. Como pone de relieve Amunátegui Rodríguez (Incapacitación..., cit., p. 166), el negocio en estos casos se encuentra en una situación anómala y no puede considerarse plenamente eficaz, al permitirse a una parte desvincularse unilateralmente del mismo, mientras que la otra no queda obligada a no ser que lo ratifique. Esta última circunstancia es la que impide que el negocio pueda considerarse nulo o inexistente: si así fuera, esta calificación no permitiría que su eficacia dependiera de la posible

ratificación. La situación se asemeja más al concepto de anulabilidad, pero difiere de esta figura en que el negocio anulable nace con un vicio o defecto, lo que no sucede con el negocio llevado a cabo por el representante sin autorización judicial, que no funciona como un complemento de capacidad (como sucede en los casos de emancipación o curatela), sino que se configura como un elemento del acto de disposición, puesto que ni los padres ni el tutor pueden efectuarlo por sí solos, precisamente para mejor proteger los intereses del menor. Su función no es otra que la de ejercitar un control de aquellos actos de mayor trascendencia para la persona sometida a patria potestad o tutela, valorando para ello la conveniencia o beneficio del acto sobre el patrimonio del menor o de la persona con capacidad modificada judicialmente. La no configuración como anulabilidad evita además que, con el transcurso del plazo para ejercitar la acción, se mantengan los efectos producidos por el acto o contrato.

La solución del TS implica que, ante la ausencia de autorización judicial, estamos ante un negocio irregular, que no puede producir todos sus efectos: concretamente, respecto a la esfera patrimonial de la persona sometida a patria potestad o tutela. Pero el TS considera que esa ausencia de autorización judicial puede ser suplida por la ratificación del propio interesado, de acuerdo con lo dispuesto en el [art. 1259.2CC](#). Como se afirma en las [SSTS de 23 octubre 1980](#) (RJ 1980, 3635), [22 octubre 1999](#) (RJ 1999, 7621) y [3 diciembre 2001](#) (RJ 2002, 2198), esa posibilidad de ratificación imprime un carácter especial al negocio en que la representación interviene, haciendo de él no un acto propiamente inexistente, sino un negocio jurídico en estado de suspensión subordinado a una *conditio iuris*, de tal modo que, en definitiva, si la ratificación se produce se considera el negocio como válido y eficaz desde el principio.

La argumentación del TS encuentra aquí algunas fisuras pues la situación de los menores de edad y de los incapacitados judicialmente no se puede equiparar, en la medida en que aquéllos salen automáticamente de la patria potestad o de la tutela al cumplir dieciocho años (o antes, a través de la emancipación o de la obtención del beneficio de la mayor edad), y los incapacitados pueden no llegar a recuperar nunca su capacidad de obrar. La [STS de 17 febrero 1995](#) (RJ 1995, 1105) niega la legitimación del representante legal para impugnar el acto realizado sin autorización judicial, sobre la base de la doctrina de los actos propios y del principio de la buena fe (más adelante volveré sobre este tema). Y la [STS de 30 marzo 1987](#) (RJ 1987, 839) sólo considera legitimado al propio hijo o a quienes del mismo traigan causa. Parece claro que la posibilidad de ratificación no plantea problemas en el caso de los menores de edad, una vez salgan de la patria potestad, pero puede resultar imposible en los casos de personas incapacitadas por razón de una enfermedad o deficiencia persistente que pueda resultar irreversible, en cuyo caso el acto devendrá ineficaz de manera definitiva (Legerén Molina, A., «Régimen jurídico de los actos realizados por un tutor sin la preceptiva autorización judicial. Comparativa del modelo español e italiano», ADC, 2014, p. 1355).

Creo que en los casos de incapacitación no tiene sentido hablar de una «eficacia provisional, estando pendiente de la eficacia definitiva que se produzca la ratificación del afectado», porque ésta puede no producirse nunca. Aparte de lo anterior, debe destacarse que la posible revocación por parte de la otra parte contratante del [art. 1259.2CC](#) se compadece mal con la finalidad de protección de los intereses de menores e incapacitados (Amunátegui Rodríguez, Incapacitación..., cit., pp. 172 y ss.; Delgado Echeverría, «Venta por representante...», cit., p. 291). Finalmente es criticable que las [SSTS 22 abril 2010](#) (RJ 2010, 2380) y [8 julio 2010](#) (RJ 2010, 6030) califiquen los actos de los representantes sin la preceptiva autorización judicial como «inexistentes» o como nulos radicalmente en función del [art. 6.3CC](#), lo que no tiene sentido si se admite la ratificación [Ragel Sánchez, L.F., «Sentencia del TS de 22 abril 2010. Venta de vivienda perteneciente a comunidad postganancial, efectuada por el viudo sin autorización judicial supletoria del consentimiento de los hijos menores partícipes», en Yzquierdo Tolsada, M. (Dir.), Comentarios a las Sentencias de unificación de doctrina (Civil y Mercantil), Vol. 41 (2010), Dykinson, Madrid, 2011, pp. 724 y ss.; Fajardo Fernández, «Comentario a la STS 22 abril 2010», en CCJC, núm. 85, § 2011, pp. 401 y ss.; Rivero Hernández, Representación sin poder..., cit., p. 107; Delgado Echeverría, «Venta por representante...», cit., p. 291].

IV. LA AUSENCIA DE AUTORIZACIÓN JUDICIAL EN LOS CASOS PREVISTOS EN LOS ARTÍCULOS 1387 Y 1389 DEL CÓDIGO CIVIL

Según el [artículo 1387CC](#), «la administración y disposición de los bienes de la sociedad de gananciales se transferirá por ministerio de la ley al cónyuge que sea tutor o representante legal de su consorte». De

producirse esta circunstancia, conforme al artículo 1389.II CC, el cónyuge necesitará en todo caso autorización judicial para realizar actos de disposición sobre inmuebles. Este requisito coincide con el previsto en el [artículo 271.2ºCC](#), pero la situación es diferente por cuanto se refiere a la disposición de bienes gananciales, sobre los que ambos cónyuges (el incapacitado y su tutor) tienen un derecho. A este supuesto se refiere la [STS de 23 septiembre 2010](#) (RJ 2010, 7136), en la que se plantea si en tales casos, dado que como regla general se requiere el consentimiento de ambos cónyuges para disponer ([artículo 1375CC](#)), puede un acto de disposición ser realizado por el cónyuge capaz actuando por sí mismo y, a la vez, como tutor del cónyuge incapacitado. Es decir, lo que se plantea es si el cónyuge tutor está autorizado legalmente para contratar a la vez en nombre propio y en nombre del cónyuge incapacitado sin pedir la autorización judicial. El TS es muy claro: «La respuesta ha de ser negativa, porque el [artículo 1389CC](#) exige la concurrencia de la autorización judicial en este concreto caso».

La cuestión se desplaza entonces a las consecuencias que tiene en este caso la ausencia de autorización judicial. Cabría reproducir aquí las mismas posturas, anteriormente expuestas en relación con los [artículos 166 y 271CC](#). Como se afirma en la [STS de 9 mayo 2007](#) (RJ 2007, 3439): «Con anterioridad a la reforma del CC llevada a cabo por la Ley 11/1981, la trascendencia de la falta del consentimiento uxoris en las enajenaciones de bienes gananciales realizadas por el marido no encontró una solución unívoca en la doctrina, pues para unos determinaba la inexistencia o nulidad radical del negocio, para otros la anulabilidad o nulidad relativa y para un tercer sector la rescindibilidad o ineficacia parcial y estas vacilaciones también se reflejaron en la jurisprudencia, pues hubo sentencias que calificaron la acción ejercitada al amparo del [artículo 1413CC](#) (actual 1322 CC, que resuelve la cuestión a favor de la anulabilidad, salvo cuando se trata de enajenación a título gratuito) como de ineficacia, otras de nulidad absoluta y, por último, las más recientes, de anulabilidad (SSTS de 10 de octubre de 1982, 22 de enero de 1983, 5 de mayo de 1988, 20 de febrero de 1988, 6 de octubre de 1988, 26 de junio de 1989, 15 de diciembre de 1989, 17 de abril de 1990, 7 de junio de 1990, 11 de octubre de 1990, 22 de diciembre de 1992, 1 de abril de 1993 y 22 de diciembre de 1993 y 29 de septiembre de 2006, que invoca la doctrina de muchas anteriores)».

Es doctrina reiterada, pues, que la falta de consentimiento uxoris ha de encuadrarse dentro de la anulabilidad y no dentro de la absoluta nulidad de pleno derecho. No obstante, la aplicación jurisprudencial, antes destacada, de la solución prevista en el [artículo 1259CC](#) a los casos de ausencia de autorización judicial de los [artículos 166 y 271CC](#), hace que debamos efectuar alguna aclaración al respecto.

La [STS de 23 septiembre 2010](#) (RJ 2010, 7136) considera que en este caso no puede aplicarse la doctrina contenida en las [SSTS de 10 abril 2010](#) (RJ 2010, 2380) y de [8 julio 2010](#) (RJ 2010, 6030) con los siguientes argumentos: «la imposibilidad de aplicar la doctrina contenida en estas sentencias deriva de la existencia de normas específicas y expresas relativas a la ineficacia de los actos de disposición relativos a bienes gananciales efectuados por el esposo tutor si autorización judicial, contenidas en el citado [artículo 1389.2CC](#). En los casos resueltos en las citadas sentencias, se parte de la base contraria a la que existe respecto de la disposición de los bienes gananciales, porque el Código civil contiene una norma específica reguladora de la ineficacia de estos actos o contratos, que hay que aplicar necesariamente cuando se trata de disposición de bienes gananciales sin las correspondientes autorizaciones. Se trata de la norma contenida en el [artículo 1322CC](#), que dice que cuando la ley exija para un acto de administración que un cónyuge actúe con el consentimiento del otro, "los realizados sin él y que no hayan sido expresa o tácitamente confirmados podrán ser anulados a instancia del cónyuge cuyo consentimiento se haya omitido". El supuesto contemplado en el [artículo 1398.2CC](#) está incluido en este supuesto, porque obedece a la misma razón. Por tanto la ineficacia de los actos otorgados por el cónyuge tutor sin autorización judicial no es la nulidad general de los [artículos 1259 y 4CC](#) [debe entenderse que se refiere al [artículo 6.3CC](#)] como ocurre en la disposición por el padre o el tutor de bienes de sus hijos o pupilos sin la autorización judicial, sino la de los [artículos 1389 y 1322CC](#), que establecen un tipo de ineficacia concreto para la disposición de los gananciales sin la preceptiva autorización».

La doctrina mantiene igualmente que en estos casos la sanción debe ser la anulabilidad (por todos, Ragel Sánchez, L.F., «Comentario a la STS de 16 febrero 2010», CCJC, núm. 86, 2011, § 2291, p. 1154). Y este es también el criterio de la sentencia objeto de comentario, que reproduce literalmente los fundamentos de derecho de la referida STS de 23 septiembre 2010. Igualmente se plantea, aunque no afecta a la resolución del caso, si la autorización judicial debe ser en todo caso previa al negocio a realizar o puede ser posterior a éste. Creo que

nada impide que la preceptiva autorización judicial se obtenga con posterioridad al negocio celebrado, de manera especial cuando en el propio contrato se alude expresamente a la necesidad de obtener dicha autorización judicial, como ocurre en los casos resueltos por las [STS de 2 marzo 2007](#) (RJ 2007, 1622) y [16 febrero 2010](#) (RJ 2010, 1779).

La [STS de 2 marzo 2007](#) (RJ 2007, 1622) se refiere a la venta por un padre viudo de un inmueble perteneciente a la comunidad postganancial formada por él y sus hijos menores, y en una de sus cláusulas se pone claramente de manifiesto que la intención de los contratantes fue la de diferir la conclusión de la compraventa del inmueble al momento en que el padre hubiese obtenido la pertinente licencia judicial, requisito que los firmantes del contrato conocían ser necesario para la validez de la compraventa a realizar. Aunque los hijos solicitan posteriormente la nulidad del contrato de compraventa, por no haber obtenido previamente el padre vendedor la licencia judicial para enajenar los bienes de sus hijos menores, su pretensión es desestimada por considerarse adecuada la calificación del contrato realizado como un «compromiso de compraventa», y no como una compraventa.

En el caso resuelto por la [STS de 16 febrero 2010](#) (RJ 2010, 1779) se trata de una compraventa realizada en documento privado por el padre de un menor antes de obtener la autorización judicial, y se entiende que queda sometida a la condición suspensiva de la efectiva obtención de dicha autorización: «El [artículo 166CC](#) exige que para la disposición de los actos del menor concurra la autorización judicial, pero nada impide otorgar un contrato que la exija antes de obtenerla, o bien mientras se están efectuando las gestiones para conseguirla. Cuando ello ocurra, el contrato se entenderá sometido a una condición suspensiva consistente en la obtención de la autorización, aunque, como en el caso que nos ocupa, dicha condición se configurara por las partes como resolutoria, lo que nada les impedía hacer».

Aunque en el propio contrato no se aluda expresamente a la necesidad de conseguir con posterioridad la preceptiva autorización judicial, cabe plantear la posibilidad de obtenerla a posteriori. En este sentido, como destaca Ragel Sánchez («Comentario a la STS de 16 febrero 2010», cit., p. 1153), el juez que autoriza la disposición de bienes gananciales en caso de incapacitación de uno de los cónyuges no se convierte en disponente, pero su autorización puede configurarse precisamente como una condición suspensiva del contrato.

En el caso resuelto por la sentencia objeto de comentario, los recurrentes argumentan a su favor que la autorización judicial debe ser en todo caso previa a la realización del acto, sin que pueda admitirse con posterioridad. Así se mantiene en las [SSTS de 9 diciembre 1953](#) (RJ 1954, 284) y [30 marzo 1987](#) (RJ 1987, 839); y en las RRDGRN de 10 marzo 1944 y 26 octubre 1964 (Roca Sastre, R.M. - Molina Juyol, J., Jurisprudencia Registral, VIII, Bosch, Barcelona, 1953, pp. 438 y ss.; y XI, Bosch, Barcelona, 1980, pp. 69 y ss.). Como se afirma en la [STS de 8 julio 2010](#) (RJ 2010, 6030): «no es posible obligar al tutor a pedir una autorización a posteriori para convalidar un contrato nulo, como pretende la recurrente, ya que constituye un acto inútil, por no poder garantizarse en ningún caso la obtención de dicha autorización, ya que puede ser posible que el juez, a la vista de los intereses de los sometidos a tutela, no acceda a ella» [a favor de esta interpretación, Llamas Pombo, E., «Comentario al art. 166», en Cañizares Laso, A. - de Pablo Contreras, P. - Orduña Moreno, J. - Valpuesta Fernández, R. (Dir.), Código civil comentado, I, 2ª ed., Civitas - Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016, p. 849]. En contra Fajardo Fernández («Comentario...», cit., p. 403), considera que puede haber una autorización judicial posterior, con el efecto de convalidar la venta ex post facto con eficacia retroactiva; y que la RDGRN 10 marzo 1944 exige que se haya producido la autorización judicial como requisito para la inscripción de la venta, pero no para su validez.

En el caso de la sentencia en estudio, los recurrentes solicitan que se declare que «dicha autorización judicial debe ser previa al acto, pues no es válido obtenerla a posteriori, fijando igualmente como doctrina jurisprudencial que, entonces, en tales casos, no cabrá confirmación o convalidación posterior de tales actos mediante una autorización judicial posterior al acto en sí». El TS no entra de manera directa en la cuestión (ya que el recurso se resuelve por otra vía diferente), pero partiendo de la anulabilidad del contrato celebrado, parece inclinarse por la posibilidad de obtener la autorización judicial con posterioridad al declarar: «acierta la parte ahora recurrente cuando afirma que la confirmación de los referidos contratos anulables por cualquiera de los tutores de don Simón habría requerido autorización judicial». No se afirma, pues, que la autorización

judicial posterior pueda entenderse como confirmación del contrato anulable, pero sí que la eventual confirmación posterior del contrato por el tutor necesita de autorización judicial.

V. NATURALEZA DEL PLAZO PARA IMPUGNAR EL CONTRATO Y EL PROBLEMA DEL DÍA INICIAL DEL CÓMPUTO

Por lo que se refiere a la naturaleza del plazo de la acción de anulabilidad son abundantes, y hasta ahora mayoritarias, las resoluciones jurisprudenciales que consideran que estamos ante un plazo de prescripción y no de caducidad. En este sentido se pronuncian las [SSTS de 25 abril 1960](#) (RJ 1960, 2031), [28 mayo 1965](#) (RJ 1965, 3083), [28 octubre 1974](#) (RJ 1974, 3978), [27 marzo 1987](#) (RJ 1987, 1836), [27 marzo 1989](#) (RJ 1989, 2201), [1 febrero 2002](#) (RJ 2002, 1586), [18 junio 2004](#) (RJ 2004, 3631). En otras ocasiones se emplea la expresión «caducidad» (aunque en algunos casos en obiter dicta), como en las [SSTS de 27 marzo 1963](#) (RJ 1963, 2121), [17 febrero 1966](#) (RJ 1966, 1531), [2 junio 1989](#) (RJ 1989, 4283), [25 julio 1991](#) (RJ 1991, 5421), [30 septiembre 1992](#) (RJ 1992, 7414).

La [STS de 23 septiembre 2010](#) (RJ 2010, 7136), por el contrario, mantiene que estamos ante un plazo de caducidad, criterio que sigue igualmente la STS objeto de comentario, y que confirmaría un cambio de criterio en la jurisprudencia.

El problema es determinar cuál es el día inicial del cómputo, pues el [artículo 1301CC](#) se refiere a dos situaciones en las que puede encajar el supuesto de hecho: a) Considerar que estamos ante una cuestión centrada en la tutela, relativa a los contratos celebrados por un incapacitado, en cuyo caso el plazo empezará a correr «desde que salieren de tutela». b) O bien entender que estamos ante un supuesto de falta de consentimiento conyugal, por lo que el plazo se computaría «desde el día de la disolución de la sociedad conyugal o del matrimonio». Este problema se plantea en los mismo términos en la [STS de 23 septiembre 2010](#) (RJ 2010, 7136), y se resuelve a favor de la segunda opción: «Este plazo empieza a contar “desde el día de la disolución de la sociedad conyugal o del matrimonio salvo que antes hubiese tenido conocimiento suficiente de dicho acto contrato”. A dicho supuesto debe equipararse el caso de falta de autorización judicial, ya sea porque el cónyuge no disponente se encuentre incapacitado, ya sea porque se haya producido dicha disposición directamente y en contra de lo dispuesto en el [artículo 1322CC](#)». La sentencia objeto de comentario no se pronuncia a favor de ninguna de las dos opciones, porque basándonos en cualquiera de ellas la solución es la misma: el plazo no habría empezado a correr, ya que don Simón seguía incapacitado y sujeto a tutela en la fecha de interposición de la demanda, y don Simón y doña Martina continuaban casados y en régimen de sociedad de gananciales en la misma fecha.

No obstante se viene a insinuar que en el presente caso no sería aplicable el [artículo 1389CC](#) porque «las escrituras de constitución de las hipotecas fueron otorgadas por don Simón y por doña Martina, actuando en sus propios nombres, no sólo por la última en nombre propio y como tutora de su marido». No creo que este enfoque sea correcto. De acuerdo con el [artículo 1387CC](#) la administración y disposición de los bienes gananciales se transfiere por ministerio de la ley al cónyuge que sea tutor o representante legal de su consorte. Y partiendo de esta hipótesis, el [artículo 1389CC](#) impone en todo caso la necesidad de autorización judicial para realizar actos de disposición sobre inmuebles. Si equiparamos la falta de autorización judicial a la ausencia de consentimiento del otro cónyuge, la sanción del [artículo 1322CC](#) debe aplicarse en cualquiera de los casos: ya sea cuando el cónyuge tutor interviene como representante legal sin la preceptiva autorización judicial, o, como aquí ocurre, cuando el incapacitado y su cónyuge intervienen en su propio nombre (prescindiendo también de la autorización judicial). En cualquiera de los dos casos el plazo debe computarse desde el día de la disolución de la sociedad conyugal o del matrimonio. En este sentido, coincido con el planteamiento de Ragel Sánchez («Comentario a la STS de 16 febrero 2010», cit., pp. 1156-1157) cuando afirma que el juez que autoriza el acto no se convierte en disponente, pero suplente el consentimiento del cónyuge que está imposibilitado para hacerlo (como se desprende del [artículo 1377CC](#)), de manera que «la falta de autorización judicial es un supuesto semejante al de falta de consentimiento conyugal».

VI. LA LEGITIMACIÓN DEL TUTOR PARA IMPUGNAR LOS ACTOS REALIZADOS SIN AUTORIZACIÓN JUDICIAL

Si se entiende que la acción de anulabilidad no había caducado, debemos detenernos en los motivos por los que

se rechaza por la Audiencia el recurso de apelación, que no son compartidos por la STS objeto de estudio. La Audiencia considera que debe aplicarse la doctrina de los actos propios ya que doña Martina había ocultado esta circunstancia en todos los negocios que llevó a cabo. Pero además extiende el mismo reproche a don Julio, hijo del marido incapacitado, que pasó a ejercer la tutela sobre su padre a partir del 20 de enero de 2004 y que tampoco impugnó los negocios realizados, por lo que deduce la Audiencia que los consentía.

Frente a la aplicación de la doctrina de los actos propios por la Audiencia para rechazar la apelación (negando a los tutores legitimación para impugnar los actos celebrados sin autorización judicial), los recurrentes consideran que no puede aplicarse la misma cuando con los actos realizados se han infringido normas imperativas como los [artículos 271.2º](#) y [1389CC](#). Efectivamente la jurisprudencia viene exigiendo desde antiguo que se trate de actos jurídicamente eficaces ([SSTS de 21 junio 1945](#) (RJ 1945, 863), [7 mayo 1993](#) (RJ 1993, 3465)). En este sentido, según se afirma en la [STS de 5 noviembre 1990](#) (RJ 1990, 8523): «la inadmisibilidad de “venire contra factum” no es un principio absoluto: la doctrina de esta Sala viene reiterando la exigencia de que la conducta vinculante esté formada por actos que sean jurídicamente eficaces y si por cualquier circunstancia no lo fueran, el que los realizó puede impugnarlos, y de ahí que deba afirmarse que se puede venir contra los propios actos realizados contraviniendo la ley». En otras ocasiones se ha dicho que no cabe aplicar la doctrina de los actos propios respecto de los actos o negocios nulos con el carácter de nulidad radical o absoluta ([STS de 29 enero 2004](#) (RJ 2004, 570)), o en los supuestos de contratos absolutamente simulados ([SSTS de 6 abril 1954](#) (RJ 1954, 1304), [24 febrero 1986](#) (RJ 1986, 935), [20 noviembre 2001](#) (RJ 2001, 1026)). En concreto, en la [STS 10 febrero 1993](#) (RJ 1993, 700) se afirma: «la figura de “los actos propios” es de imposible estimación cuando lo realizado trasciende de la esfera voluntarista negocial u obligacional para afectar, o incidir en la aplicación de una norma positiva de carácter imperativo, dado que dichos actos suponen en tales supuestos un apartarse o un desconocer las reglas de derecho positivo que las partes debieron tener en cuenta en el contrato por ellas celebrado (...) ya que ello implicaría la derogación ex voluntatis de una norma jurídica».

No obstante lo anterior, como destacué anteriormente, la [STS de 17 febrero 1995](#) (RJ 1995, 1105) (la sentencia objeto de comentario se refiere a ella con fecha 15 de febrero 1995) niega la legitimación del representante legal para impugnar el acto realizado sin autorización judicial, sobre la base de la doctrina de los actos propios y del principio de la buena fe. Dicha sentencia dedica a este padre los mismos reproches que a doña Martina le dedican la [SAP Madrid de 17 de febrero de 2014](#) (JUR 2014, 81995) y la sentencia del TS ahora en estudio. Sin embargo, si consideró legitimados a los propios hijos, ya mayores de edad, para ejercitar la acción.

El [artículo 1322CC](#) sólo considera legitimados para ejercitar la acción al cónyuge cuyo consentimiento se haya omitido o a sus herederos. En la [STS de 19 octubre 1994](#) (RJ 1994, 8120) se mantiene que el [artículo 1322CC](#) «consagra, no sólo la anulabilidad (para los actos gratuitos la nulidad, párrafo 2.º del propio precepto) sino también la falta de legitimación para pedirla del cónyuge que ha realizado la disposición». En este mismo sentido se expresan las [SSTS de 20 junio 1991](#) (RJ 1991, 4527) y [31 mayo 1995](#) (RJ 1995, 4207). La propia sentencia objeto de comentario reconoce que «es doctrina tradicional de esta Sala que no puede instar la anulación el cónyuge que realizó el acto o contrato sin contar con el necesario consentimiento del otro cónyuge». No obstante, a pesar de todos los reproches que le pueda merecer la conducta de doña Martina, el TS mantiene con buen criterio que «no puede imputarse jurídicamente a su marido y tutelado, don Simón, al efecto de negar también a éste –representado legalmente en el proceso por su hijo don Julio– la legitimación para anular los contratos de constitución de las hipotecas. Ello no cabría, ni aunque doña Martina hubiera celebrado los repetidos contratos como tutora de su marido: en el ámbito de la representación voluntaria, puede imputarse al representado la mala fe de su representante; no cabe, por el contrario, imputar la mala fe del representante legal al representado totalmente incapacitado». Continuando con esta argumentación, se afirma que «ningún reproche de conducta contradictoria (doctrina de los actos propios) o de cualquier otro modo contraria a las exigencias de la buena fe, que quepa dirigir contra doña Martina o contra don Julio en su actuación como tutores de los bienes de don Simón, puede valer para desestimar las pretensiones deducidas en el presente proceso en nombre y representación de dicho incapacitado».

Se contradice así expresamente el criterio de la [STS de 9 mayo 1994](#) (RJ 1994, 3894) en la que, sobre la base de las exigencias de la buena fe y la prohibición de abuso del derecho, se niega a una madre, que había enajenado unos inmuebles pertenecientes también a sus hijos menores de edad sin la preceptiva autorización judicial, la

legitimación para pedir, no sólo en su propio nombre, sino también en representación de sus hijos menores, la declaración de nulidad del referido contrato. Afirma la [STS de 20 abril 2016](#) (RJ 2016, 1687) que esa denegación a la madre de la legitimación para pedir dicha declaración en representación de sus hijos menores de edad no puede admitirse como regla general. Ni siquiera con la reserva (que se hace en la STS de 9 mayo 1994) de la facultad de los hijos de anular o de confirmar el contrato al llegar a la mayoría de edad. Nótese que vuelve a reproducirse aquí el mismo problema al que antes me referí en cuanto a la aplicación de la solución del [artículo 1259CC](#) ante la falta de autorización judicial: los menores de edad pueden ratificar (o solicitar la anulabilidad) siempre, una vez salgan de la patria potestad (que se producirá en todo caso al llegar a la mayoría de edad), mientras que la incapacitación puede ser definitiva, si se produce por razón de una enfermedad o deficiencia persistente irreversible. Por otro lado, en la [STS 23 septiembre 2010](#) (RJ 2010, 7136) sí se reconoce legitimación al tutor para impugnar el acto realizado sin autorización judicial, aunque no prospera por entenderse que había transcurrido el plazo de caducidad de la acción de anulabilidad.

VII. LOS MOTIVOS POR LO QUE NO PROSPERA EL RECURSO: LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE FE PÚBLICA REGISTRAL DEL ARTÍCULO 34 DE LA LEY HIPOTECARIA

Llegados a este punto, procede entrar en el único motivo por el que se desestima el recurso de casación, que nada tiene que ver con las consecuencias de la falta de autorización judicial, ya que el TS sostiene que no se había producido la caducidad de la acción de anulación de los contratos de hipoteca, que don Julio ejercita como tutor, y que tiene legitimación para ejercitar la referida acción, en nombre y representación de su padre incapacitado. Finalmente es la condición de tercero hipotecario de don Alberto, al que se mantiene en su adquisición, la que hace que no prospere el recurso, y que se confirme la sentencia de la Audiencia, en cuando al resultado, aunque no en cuanto a su argumentación. Lo que de discute es entonces si la anulabilidad de los contratos de hipoteca afecta o no a quien adquiere tras la ejecución hipotecaria.

De acuerdo con el [artículo 33LH](#): «La inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes». Se consagra en el precepto la falta de efectos convalidantes de la inscripción, con la finalidad de evitar que pueda atribuirse a la misma la virtud de hacer válidos los negocios nulos o anulables. La nulidad a que se refiere el precepto es la del título en virtud del cual se practica la inscripción, que es diferente de la nulidad de la propia inscripción, que regula el [artículo 30LH](#) (a esta distinción entre nulidad material y nulidad formal se refiere la [STS de 7 diciembre 1961](#) (RJ 1961, 4452)).

Esta falta de efectos convalidantes de la inscripción se produce respecto de las partes del negocio nulo, pero también de sus causahabientes que no tengan la condición de terceros hipotecarios con arreglo al artículo 34LH. En este sentido, la falta de fuerza convalidante de la inscripción hace que la nulidad pueda ser siempre judicialmente declarada, aunque el título material se haya inscrito (Díez-Picazo, L., Fundamentos de Derecho civil patrimonial, III, Las relaciones jurídico-reales. El Registro de la Propiedad. La posesión, Thomson-Cívitas, Madrid, 2008, p. 497); pero mientras no se declare juega a favor de la inscripción el principio de legitimación, puesto que los asientos del Registro «están bajo la salvaguardia de los Tribunales y producen todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud» (artículo 1LH). A esta cuestión se refiere la [RDGRN de 14 julio 2011](#) (RJ 2011, 6114): «la inscripción no convalida lo nulo trocándolo en válido, pero mientras esté vigente tal asiento, surte sus propios efectos, y entre ellos, el de servir de base para la adquisición del derecho por el tercero». Así, el subadquirente que adquiere mediante contrato válido del titular registral que se convirtió en tal en virtud de un acto nulo sí queda protegido por la fe pública registral. Según el [artículo 33LH](#) no por ello se convalida el acto anteriormente nulo, aunque haya servido de base para la ulterior transmisión y para que entre en funcionamiento el artículo 34LH («aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro»).

Ello significa que el negocio adquisitivo de quien pretende invocar la protección registral tiene que ser válido, sin que sus defectos se puedan convalidar sólo por su buena fe. Como destacan Lacruz Berdejo, J.L. et al. (Elementos de Derecho Civil, III bis, Derecho Inmobiliario Registral, Dykinson, Madrid, 2003, p. 174): «si es anulable o nulo por falta de capacidad o de poder de representación del disponente, o por error o intimidación, etc., aunque el adquirente ignore tales defectos, la inscripción en el Registro no hace al negocio, inter partes, de mejor o peor condición de la que tenía». En este sentido, como se destaca en las [SSTS de 17 octubre 1989](#) (RJ 1989, 6928) y [22 abril 1994](#) (RJ 1994, 3083), «para que el artículo 34LH sea aplicable, debe ser válido el acto

adquisitivo del tercero protegido. Si fuera nulo, se aplicaría entonces el artículo 33 de la propia LH, y la declaración de nulidad afectaría al adquirente como parte que es en el acto inválido. El artículo 34 sólo protege frente a la nulidad del acto adquisitivo anterior, no del propio. El artículo 34 es una excepción al anterior artículo 33, tal como resulta de su propia finalidad, así como de su primitiva formulación en la LH de 1861 y de su colocación sistemática en la Ley actual».

En la jurisprudencia es bastante habitual este tratamiento conjunto de los [artículos 33](#) y 34LH, a pesar de que propiamente el contenido del artículo 34 no es una excepción a lo dispuesto en el [artículo 33LH](#). Así, En las [SSTS de 18 marzo 1987](#) (RJ 1987, 1514), [23 septiembre 2004](#) (RJ 2004, 5589) y [8 febrero 2005](#) (RJ 2005, 916) se destaca que la cualidad de tercero hipotecario «no la origina el acto o negocio jurídico determinante de la adquisición de un derecho al que no es ajeno o extraño el que inscribe su derecho en el Registro de la Propiedad, con base en tal acto o negocio jurídico, pues si el acto adquisitivo es inexistente, nulo o anulable, la fe pública registral no desempeñará la menor función convalidante o sanatoria, ya que únicamente asegura la adquisición del tercero protegido en cuanto la misma se apoya en el contenido del Registro, que para dicho tercero se reputa exacto y verdadero; pero dicho principio no consolida en lo demás el acto adquisitivo del tercero, en el sentido de convalidarlo sanándolo de los vicios de nulidad de que adolezca». La [STS de 16 mayo 1994](#) (RJ 1994, 3585) es especialmente clara en este punto: «en cuanto a la correlación de los [artículos 33](#) y 34LH, se subraya que el primero, como es sabido, se refiere a que la inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes, mientras que en el artículo 34, sanciona al mantenimiento de la adquisición del tercer hipotecario, aunque después se anule o resuelva el título o derecho del otorgante, por virtud de causas que no consten en el mismo Registro; es evidente pues, que la debida coherencia entre ambos preceptos, supone en su literalidad, que la anulación se referirá siempre al título de derecho del otorgante, esto es, del transmitente, de tal forma, que cuando acontezca dicha nulidad del otorgante, efectivamente ello no afectará a la fe pública registral, a favor del tercer hipotecario, artículo 34, mientras que en caso contrario, la propia nulidad se refiere al título adquisitivo, esto es, al acto adquisitivo entre ese tercero adquirente y el transmitente, y entonces entrará en juego el artículo 33 y esa nulidad de dicho acto adquisitivo, determinará la ineficacia de la tutela específica de este artículo 34». En este mismo sentido, la [RDGRN de 4 julio 2011](#) (RJ 2011, 4886) trata la diferencia de objeto a que se refieren los [artículos 33](#) y 34LH, y afirma: «Hay que dejar sentado en primer lugar que este último artículo no es una excepción del [artículo 33LH](#), como se recogía en la LH de 1909, y en la primera LH de 1861 y que fue modificado en la reforma de 1944-46, donde ambos [artículos 33](#) y 34 de la LH quedaron deslindados. El artículo 33, al expresar que la inscripción no convalida los actos nulos refleja que nuestro sistema registral no es de fuerza convalidante. Como se ha dicho, la inscripción no tiene la virtud taumatúrgica de hacer válido lo que es nulo. Trasladando tal criterio al caso ahora planteado, si la inscripción no convalida los actos nulos, declarada la nulidad por los Tribunales, debe practicarse la cancelación correspondiente (artículo 79.3LH)».

Desde luego los actos nulos no deberían tener acceso al Registro de la Propiedad. Lo que ocurre es que en la práctica las posibles causas de nulidad pueden quedar enmascaradas, tanto a la hora de confeccionar el título que se presenta en el Registro de la Propiedad (como ha ocurrido en el presente caso), como desde la perspectiva de la función calificadoradora que corresponde al Registrador. Como se destaca en la [RDGRN de 7 septiembre 1992](#) (RJ 1992, 7229): «al Registro sólo deben llegar actos plenamente válidos». Por ello el artículo 3LH dispone que «para que puedan ser inscritos los títulos expresados en el artículo anterior, deberán estar consignados en escritura pública, ejecutoria o documento auténtico expedido por Autoridad judicial o por el Gobierno o sus Agentes, en la forma que prescriban los reglamentos». En esta misma línea se encuentra la función calificadoradora del artículo 18LH y concordantes. Pero hay causas de nulidad que difícilmente pueden ser apreciadas (por ejemplo, los vicios del consentimiento, o la ocultación de la incapacidad de uno de los otorgantes), y frente a ellas se alza el [artículo 33LH](#). Como se recoge en los razonamientos de la [RDGRN de 10 marzo 2009](#) (RJ 2009, 1737): «en el hipotético caso de que hubiera accedido al Registro un acto nulo (a pesar del filtro que suponen los artículos 1.3LH –titulación auténtica– y artículo 18LH –calificación registral–) la inscripción en el Registro no legaliza el acto nulo. Así se deduce del [artículo 33](#) de la Ley Hipotecaria que dispone que “La inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las Leyes”. El título no es válido porque se inscribe, sino que se inscribe porque es válido».

En el presente caso, don Simón había intervenido en la escrituras de constitución de las hipotecas y en los correspondientes préstamos hipotecarios, poco después de su incapacidad judicial, junto con la tutora (su

esposa, doña Martina), que siempre ocultó los datos de la incapacitación y su condición de representante legal de su marido; datos que no fueron advertidos por el Notario, ni el Registrador tuvo medios para conocer al no figurar inscrita la sentencia de incapacitación (artículo 2.4ºLH). De figurar inscrita ésta, la solución hubiera sido diferente, impidiendo alegar al adquirente la protección del artículo 34LH (vid. Torres García, T.F., «Comentario al art. 2.4.º», en Domínguez Luelmo, A. [Dir.], Comentarios a la Ley Hipotecaria, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pp. 69 y ss.).

Aparte de lo anterior está el problema del sentido que debe darse a la expresión «nulos con arreglo a las leyes» referida en el artículo 33LH a los actos y contratos, cuya nulidad no convalida la inscripción. No parece que el legislador esté utilizando aquí la expresión «nulos» en un sentido estricto, como actos o contratos contrarios a la ley a que se refiere el artículo 6.3CC («los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención»). Ello equivaldría a identificar esta nulidad con la nulidad absoluta (vid. las consideraciones de García Rubio, M.P. «Comentario al art. 6», en Domínguez Luelmo, A. [Dir.], Comentarios al Código civil, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 62 y ss.). Tampoco parece que el artículo 33LH exija en todo caso la existencia de una norma jurídica que contemple expresamente esa causa de invalidez. Desde luego la jurisprudencia no utiliza de manera rigurosa los conceptos de invalidez y de ineficacia. Así, en la STS de 9 julio 1990 (RJ 1990, 5788), se alude a que el concepto de nulidad no es utilizado muchas veces «en el sentido estricto que corresponde al concepto técnico-jurídico de la palabra “nulidad” (sea absoluta o relativa), sino al más amplio y genérico, también usado en la práctica forense, de “privación de efectos jurídicos”, que comportan todos los supuestos de ineficacia contractual o negocial, cualquiera que sea la causa determinante de ésta (inexistencia, nulidad radical, anulabilidad, rescisión, resolución)». Existen, sin embargo sentencias en que se diferencia los campos de la invalidez y la ineficacia. Así, por ejemplo, según la STS de 27 enero 1993 (RJ 1993, 507), «los conceptos de nulidad radical y de resolución contractual aun cuando manifestaciones de la ineficacia de los negocios jurídicos son figuras distintas».

Merece la pena destacar la STS de 1 febrero 1999 (RJ 1999, 526), en la que se insiste en que la precisión de los conceptos y la pureza de la terminología no son nunca absolutos en el campo del derecho privado. No obstante, se afirma: «Es preciso partir de unos conceptos dogmáticos, con importantes consecuencias pragmáticas que en el presente caso se elevan a motivo de casación. La ineficacia del negocio jurídico o, concretamente del contrato como negocio jurídico bilateral inter vivos, es la carencia de efectos jurídicos típicos (si bien puede producir otros distintos, como indemnización de daños y perjuicios), que viene determinada por causa intrínseca al propio contrato provocando que carezca de validez (por inexistencia, por nulidad absoluta o por anulabilidad) y es la invalidez, o bien la ineficacia stricto sensu que engloba los supuestos en que siendo el contrato válido, no produce efecto por causas extrínsecas como puede ser la resolución, que es la ineficacia del contrato con efecto retroactivo en virtud de una causa que no es una invalidez inicial, sino que viene determinada por causa de condición resolutoria, o por pacto comisorio, o por incumplimiento de las obligaciones de una de las partes en un contrato bilateral». En este sentido, como destacan Delgado Echeverría y Parra Lucán (Las nulidades..., cit., p. 20), a los efectos del artículo 34LH ha de ser válido el acto adquisitivo del tercero hipotecario que va a quedar protegido: válido, pero ineludiblemente ineficaz como título para transmitir el dominio, pues en caso contrario no sería necesaria la protección registral.

Volviendo a la perspectiva del artículo 33LH se puede afirmar que la referencia a «los actos o contratos que sean nulos» engloba los supuestos de inexistencia (por falta de alguno de los elementos esenciales del contrato del artículo 1261CC, si es que se defiende la existencia de esta figura como diferente a la nulidad de pleno derecho), de nulidad absoluta (por contravenir el contrato una norma imperativa o prohibitiva, ex artículo 6.3CC, o por ilicitud del objeto o de la causa del contrato ex artículo 1305CC), y de anulabilidad (como ocurre en los supuestos en que exista un defecto de capacidad o un vicio del consentimiento ex artículos 1261 y 1301CC, o cuando se omite el consentimiento del otro cónyuge ex artículo 1322CC). En los dos primeros casos la invalidez es radical y se produce ipso iure, mientras que la anulabilidad es un supuesto de invalidez sobrevenida y requiere que se establezca en virtud de sentencia que tiene efecto retroactivo (Díez-Picazo, Fundamentos, III, cit., p. 498). Pero como se pone de relieve en la STS de 17 octubre 1989 (RJ 1989, 6928), los actos y contratos anulables están incluidos en la previsión del artículo 33LH en el sentido de que la inscripción no los convalida. La confirmación y el transcurso del tiempo puede hacerlos inatacables, y en ese caso también serán válidos para el Registro de la Propiedad. En este sentido, como destacan Lacruz et al.

(Elementos, III bis, cit., p. 175), está protegido por el artículo 34LH frente a la nulidad o anulabilidad del título adquisitivo de su causante (es decir, una invalidez que no resulta del Registro), quien adquirió a su vez a través de un título anulable, cuando ya ha transcurrido el plazo de cuatro años durante los cuales se pudo hacer valer la anulabilidad.

Aclarado lo anterior, lo que se plantea la sentencia objeto de comentario es si don Alberto, a quien se había cedido el remate, tras el procedimiento de ejecución hipotecaria, podía ser considerado como tercero hipotecario, al amparo del artículo 34LH, y por tanto, si podía ser mantenido en su adquisición una vez inscrito su derecho. La parte recurrente niega que concurren en don Alberto los requisitos del artículo 34LH. Pero en concreto, el único de esos requisitos que entiende que no concurren en su persona es el de la validez del título de su adquisición (la de don Alberto), invocando para ello el artículo 33LH. Los recurrentes no ponen en ningún momento en duda que el «título» que el artículo 34LH exige pueda consistir en una subasta judicial dentro de un procedimiento de ejecución hipotecaria (cuestión, como veremos, ahora pacífica en la jurisprudencia). Lo que afirman es que dicho procedimiento es nulo por un único motivo: que era nula la hipoteca que había servido de título ejecutivo.

Esta manera de plantear las cosas es rechazada por el TS, que deslinda perfectamente la anulabilidad del contrato de constitución de la hipoteca (en el que no había sido parte don Alberto), de la posible nulidad o anulabilidad de la enajenación y adjudicación judicial de la vivienda a don Alberto. La anulabilidad del contrato de constitución de la hipoteca no pudo quedar convalidada por la inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad. Y ello, por aplicación del artículo 33LH. En este sentido, el acreedor hipotecario no podía tener la condición de tercero protegido por el artículo 34LH. Si se hubiera impugnado el contrato de hipoteca y su inscripción antes de procedimiento de ejecución hipotecaria, el acreedor hipotecario hubiera quedado afectado por el artículo 33LH, sin que hubiera podido ampararse en el artículo 34LH. Para aplicar este último, debe ser válido el acto adquisitivo del tercero protegido. Siendo anulable, como es el caso, se debe aplicar el artículo 33LH, y dicha declaración habría afectado al acreedor hipotecario como parte que fue en el acto inválido. Como antes destaqué, el artículo 34LH sólo protege frente a la nulidad o anulabilidad del acto adquisitivo anterior, no del propio. Así, la ausencia de fuerza convalidante de la inscripción a favor del acreedor hipotecario hubiera hecho que la anulabilidad pudiera ser judicialmente declarada, a pesar de que el título material se hubiera inscrito, porque ni había caducado la acción de anulación de los contratos de constitución de las hipotecas que don Julio ejercita como tutor de su padre don Simón, ni se había producido la válida confirmación de dichos contratos, que hubiera requerido autorización judicial.

Esta manera de enfocar las cosas cambia en cuanto se ejecuta la hipoteca y la vivienda pasa a manos de don Alberto. Entra aquí en escena un tercero que no fue parte en el contrato de constitución de la hipoteca ejecutada y que, si cumple con los requisitos del artículo 34LH, debe ser mantenido en su adquisición. De los datos de la sentencia se deduce que su adquisición había sido a título oneroso, pues se había producido una cesión del remate a su favor (previsto en el artículo 647.3LEC) por parte de la compañía ejecutante, adjudicándosele la vivienda por auto de fecha 25 de julio de 2008. Igualmente se nos dice que había inscrito su derecho en el Registro de la Propiedad. Y la buena fe se presume, lo que justifica que el tercero resulte protegido en la medida en que ha adquirido confiando en la información ofrecida por el Registro (vid. las SSTs de 12 enero 2015 (RJ 2015, 185) y 19 mayo 2015 (RJ 2015, 2612)). Tampoco se plantean dudas en cuanto al requisito de haber adquirido de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitir. Como destaca Díez-Picazo (Fundamentos, III, cit., p. 532), el fundamento de esta exigencia se encuentra en que únicamente se debe proteger a quien ha confiado en las declaraciones registrales, en la presunción de exactitud del Registro y en la fuerza legitimadora de una inscripción previa de la que parece deducirse lícitamente que el que tiene un derecho inscrito a su favor puede disponer válidamente del mismo, cualquiera que sea la realidad jurídica, concordante o no con el Registro. Pero todo ello en el bien entendido sentido de que del Registro no debe derivarse la existencia de circunstancias que puedan anular, resolver o limitar el derecho del transmitente [Domínguez Luelmo, A. «Comentario al artículo 34LH», en Domínguez Luelmo (Dir.), Comentarios a la Ley Hipotecaria, cit., p. 768]. En el caso resuelto por la sentencia objeto de comentario existe efectivamente un defecto del poder de disposición (ius distrahendi) que, conforme a la apariencia registral, tenía la compañía ejecutante sobre la vivienda objeto de la hipoteca. Lo que ocurre es que estamos precisamente ante el tipo de defecto frente al que el artículo 34LH protege al adquirente. Así, ante el defecto del poder de disposición del transmitente, el artículo 34LH hace inmune al adquirente frente a cualquier tipo de acción dirigida a hacer

ineficaz el acto dispositivo. Como se afirma en la sentencia: «No puede resultar don Alberto menos protegido en el caso de autos que en el supuesto de que le hubiera comprado la vivienda a una persona a la que se la hubiesen vendido don Simón y doña Martina sin la preceptiva autorización judicial». Así, al haber adquirido don Alberto confiando en la veracidad y exactitud de lo que publica el Registro, se ve protegido hasta el extremo de convertir para él la expectativa creada por la confianza en una presunción iuris et de iure de veracidad, y su adquisición en una adquisición inatacable. Por ello, es mantenido en su adquisición en los términos que resulten del propio Registro, de manera que no le afecta el defecto predicable de contrato de hipoteca inscrito porque no consta en el Registro.

En la doctrina se ha discutido si la expresión «aunque después se anule o resuelva el (derecho) del otorgante» debe ser entendida o no en sentido técnico, como referida a causas de anulación o resolución. Al igual que ocurre con la interpretación del [artículo 33LH](#), la mayor parte de los autores se inclina por la negativa, en el sentido de que la referencia a la anulación debe ser interpretada de una manera flexible, que permita excluir cualquier causa de nulidad que el Registro no publique y que pueda ser soporte de una buena fe; y que la referencia a la resolución debe ser objeto de interpretación extensiva, englobando todas las hipótesis que supongan la extinción o la ineficacia sobrevenida del negocio adquisitivo del transmitente (vid. por todos, Díez-Picazo, Fundamentos, III, cit., p. 537). Debe entenderse que el artículo 34LH (lo mismo que los artículos 37 y 40LH) lo que hacen es mantener la adquisición del tercero cuando exista cualquier causa, no reflejada en el Registro, que pueda hacer claudicante el derecho de titular inscrito. En este sentido lo entienden las [SSTS de 8 octubre 2008](#) (RJ 2008, 5778), [21 junio 2011](#) (RJ 2011, 4766), el [ATS de 16 septiembre 2014](#) (JUR 2014, 246115), y la propia sentencia objeto de comentario, cuando destacan que la protección del tercero del artículo 34LH se justifica por la «necesidad de reforzar la confianza en el Registro y en la realidad de la que éste se hace eco, garantizando a todos los que adquieren derechos inscritos llevados de esa confianza que van a ser mantenidos en la titularidad de los mismos, una vez que consten inscritos a su favor, al margen de las vicisitudes que puedan afectar al título del transmitente que no tengan reflejo registral, sin que, por tanto, la titularidad inscrita pueda verse atacada por acciones fundadas en una determinada realidad extrarregistral ajena al contenido del Registro inmediatamente anterior a su adquisición».

Como ya he destacado, frente a la aplicación de la doctrina del art. 34LH, en el supuesto resuelto por la sentencia comentada, la parte recurrente únicamente niega que concurra el requisito de la validez del título de adquisición de don Alberto (invocando, como hemos visto, el [artículo 33LH](#), en el único sentido de considerar nula la hipoteca que servía de base al título ejecutivo); pero un ningún momento pone en duda que el «título» que el artículo 34LH exige pueda consistir en una venta judicial en un procedimiento de ejecución hipotecaria. La cuestión es ahora pacífica en la jurisprudencia desde la [STS de 5 marzo 2007](#) (RJ 2007, 723), aunque con anterioridad había sido discutida, de manera particular en los supuestos de ejecución de un bien embargado no perteneciente al ejecutado, al interpretarse que era nulo el título adquisitivo del rematante o adjudicatario, y que debía aplicarse entonces el [artículo 33LH](#).

Con anterioridad a esta sentencia, ya existían algunos pronunciamientos jurisprudenciales que se inclinaban por la aplicación del artículo 34LH al adquirente en una ejecución ([SSTS de 13 abril 1993](#) (RJ 1993, 2999), [19 mayo 1997](#) (RJ 1997, 3887), [14 junio 2000](#) (RJ 2000, 4413), [22 junio 2001](#) (RJ 2001, 5071), y [6 mayo 2004](#) (RJ 2004, 3569)). Sin embargo, en otros se plantea la posible nulidad del título de adquisición del adjudicatario ([SSTS de 16 junio 2003](#) (RJ 2003, 4243), [11 junio 2004](#) (RJ 2004, 4427) y [18 febrero 2005](#) (RJ 2005, 1683)). Lo que hace la [STS de 5 marzo 2007](#) (RJ 2007, 723) es aclarar definitivamente la cuestión al sentar como doctrina: «La circunstancia de no pertenecer ya al ejecutado la finca embargada, por habérsela transmitido a otro pero sin constancia registral de la transmisión, no determina la nulidad del acto adquisitivo del tercero por venta judicial o administrativa, pues precisamente por tratarse de una circunstancia relativa al domino y carecer de constancia registral no puede impedir la adquisición del dominio por quien confió en el Registro y a su vez inscribió».

Es mérito igualmente de esta sentencia poner de relieve que el artículo 34LH no supone necesariamente una transmisión intermedia, que después se anule o resuelva por causas que no consten en el Registro, sino que la conjunción «aunque» utiliza en el precepto debe ser interpretada como equivalente a «incluso cuando». En este sentido, se afirma: «La doctrina sobre el artículo 34LH que procede dejar sentada comprende dos extremos: primero, que este precepto ampara las adquisiciones a non domino precisamente porque salva el defecto de

titularidad o de poder de disposición del transmitente que, según el Registro, aparezca con facultades para transmitir la finca, tal y como se ha mantenido muy mayoritariamente por esta Sala; y segundo, que el mismo artículo no supone necesariamente una transmisión intermedia que se anule o resuelva por causas que no consten en el Registro, ya que la primera parte de su párrafo primero goza de sustantividad propia para amparar a quien de buena fe adquiera a título oneroso del titular registral y a continuación inscriba su derecho, sin necesidad de que se anule o resuelva el de su propio transmitente». Esta doctrina ha sido confirmada por varias resoluciones posteriores (🔴 [SSTS de 20 marzo 2007](#) (RJ 2007, 1849), 🔴 [7 septiembre 2007](#) (RJ 2007, 5303), 🔴 [10 octubre 2007](#) (RJ 2007, 6812), 🔴 [5 mayo 2008](#) (RJ 2008, 5502), 🔴 [14 mayo 2008](#) (RJ 2008, 3347), 🔴 [8 octubre 2008](#) (RJ 2008, 5778), 🔴 [3 noviembre 2008](#) (RJ 2008, 5885), 🔴 [20 noviembre 2008](#) (RJ 2008, 6933), 🔴 [18 diciembre 2008](#) (RJ 2008, 532), 🔴 [6 marzo 2009](#) (RJ 2009, 1635), 🔴 [23 abril 2010](#) (JUR 2010, 248901), 🔴 [20 julio 2010](#) (RJ 2010, 6561), 🔴 [31 marzo 2011](#) (RJ 2011, 4252) y 🔴 [21 junio 2011](#) (RJ 2011, 4766); y 🔴 [ATS 16 septiembre 2014](#) (JUR 2014, 246115)).

Cuestión distinta sería plantear la aplicación del 🔴 [artículo 33LH](#), no cuando se ejecuta un embargo sobre cosa ajena, sino cuando el procedimiento de embargo sea nulo desde el punto de vista procesal. Lo mismo ocurriría en caso de nulidad del procedimiento de ejecución hipotecaria, que es precisamente el supuesto a que se refieren las 🔴 [STS de 23 septiembre 2004](#) (RJ 2004, 5579) y 🔴 [8 febrero 2005](#) (RJ 2005, 916), en las que también se había cedido el remate a un tercero, entendiéndose que en dicho caso ni el adjudicatario de la subasta ni el cesionario del remate son terceros protegido por el artículo 34LH, sino que resulta aplicable el 🔴 [artículo 33LH](#), ya que la inscripción no convalida el acto nulo. En ambas resoluciones, siguiendo el criterio de la 🔴 [STS de 18 febrero 1994](#) (RJ 1994, 1098), se considera que la cesión del remate se puede reconducir a la figura del contrato por persona a designar, de manera que la nulidad del procedimiento de ejecución hipotecaria alcanza también al cesionario del remate, ya que nos encontramos ante un negocio unitario cuya ineficacia alcanza a todos los sujetos que son parte en él. En la 🔴 [STS de 8 febrero 2005](#) (RJ 2005, 916), el recurrente (cesionario del remate) argumentaba que su adquisición era independiente y autónoma respecto de la adjudicación en subasta, por cuanto se perfilaba jurídicamente como un contrato que contiene una estipulación a favor del cesionario del contrato, similar a una estipulación en favor de tercero. Sin embargo, el TS mantiene un criterio diferente: «(...) tal calificación jurídica no es aplicable al caso, ya que la adjudicación del remate para cederlo a un tercero se configura, en todo caso, como una cesión del contrato que, en realidad, supone la transferencia de un sujeto a otro de los elementos activos y pasivos derivados del contrato; objeto, por tanto, del negocio de cesión es el conjunto de efectos contractuales considerados como un totum. Tratándose de un negocio unitario aunque se produzca sustitución de parte, la nulidad o ineficacia del mismo alcanza a todos los sujetos. En verdad, que la intervención de un rematante -como explica el impugnante- en una subasta judicial “a calidad de ceder el remate a un tercero” es una aplicación concreta, en nuestro derecho positivo, del doctrinalmente llamado “contrato para persona que se designará”, que consiste en que uno de los contratantes, llamado estipulante, se reserva la facultad de designar, dentro de un plazo determinado, a una tercera persona que ocupe su lugar en la relación contractual. Por tanto, no es la cesión de remate una estipulación a favor de tercero, ni la misma tiene el alcance y los efectos pretendidos de contrario. En consecuencia y conforme a esta doctrina y en el presente caso, una vez operada la cesión de remate, las [cesionarias] pasan a ocupar la posición de [el cedente] en la ejecución hipotecaria, siéndoles por tanto oponibles a aquéllas las mismas causas de nulidad del procedimiento que a este último; sin que su adquisición por medio de la cesión de remate resulte por tanto independiente y ajena a la nulidad del procedimiento judicial sumario del que la cesión de remate trae causa».

Nada de esto ocurre en el caso resuelto por la 🔴 [STS de 20 abril 2016](#) (RJ 2016, 1687), en la que se afirma: «Tampoco ha alegado la parte ahora recurrente que el procedimiento de ejecución hipotecaria en el que la vivienda resultó adjudicada a don Alberto adoleciera de irregularidad alguna, como la omisión de un trámite esencial, determinante de su nulidad. Si esto hubiera sucedido, lo que el 🔴 [artículo 33LH](#) dispone impediría la aplicación del artículo 34LH a favor del ahora recurrido (...) incluso habiendo sido aquél cesionario del remate». Así pues, la presente sentencia se sitúa en la misma línea iniciada por la 🔴 [STS de 5 marzo 2007](#) (RJ 2007, 723), pero referida específicamente a un procedimiento de ejecución hipotecaria: si no se puede predicar en un caso concreto la nulidad del procedimiento de ejecución, el artículo 34LH salva el defecto de titularidad o de poder de disposición del transmitente que, según el Registro, aparezca con facultades para transmitir la finca.

El recurso se rechaza, por tanto, por entender que don Alberto tiene la condición de tercero hipotecario al amparo del artículo 34LH. Creo que acierta la sentencia cuando fundamenta su decisión en no existir ninguna

irregularidad en el procedimiento de ejecución hipotecaria. Destaco lo anterior porque en la argumentación de la defensa de don Alberto se insiste en su condición de tercero hipotecario por tratarse de un cesionario del remate. En este sentido se dice que «no “aparece en escena” hasta seis años después de la contratación y no tuvo intervención alguna en las escrituras, en los pleitos, ni siquiera en la subasta que resultó desierta, sino que simplemente acepta de buena fe, una cesión de remate de la ejecutante a cambio de un precio que satisfizo en su momento». Ello hace que nos planteemos la hipótesis de adjudicación del inmueble hipotecado al ejecutante (sin ceder el remate) en los casos previstos por los [artículos 670 y 671LEC](#) ¿Podría mantenerse la misma solución, protegiendo al ejecutante adjudicatario a través del artículo 34LH? ¿O el hecho de haber sido parte en el contrato de hipoteca implicaría que puede quedar afectado por la nulidad de la misma, al haberse prescindido de la autorización judicial? A mi juicio la solución debería ser la misma, quedando protegido por el artículo 34LH, lo que merece alguna explicación.

Como he destacado, la anulabilidad del contrato de constitución de la hipoteca no queda convalidada por su inscripción en el Registro de la Propiedad, ya que lo impide el [artículo 33LH](#). Desde esta perspectiva el acreedor hipotecario no puede tener la condición de tercero protegido por el artículo 34LH. De impugnarse el contrato de hipoteca y su inscripción antes de procedimiento de ejecución hipotecaria, el acreedor hipotecario habría quedado afectado por el [artículo 33LH](#), sin que hubiera podido ampararse en el artículo 34LH. Y ello porque el título de adquisición de quien pretende la protección del Registro debe ser válido, ya que su inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes. En esta idea se insiste en las [SSTS de 17 octubre 1989](#) (RJ 1989, 6928), [24 febrero 1993](#) (RJ 1993, 1252) y [28 junio 2002](#) (RJ 2002, 5509).

Ahora bien, cuando se ejecuta la hipoteca, la posible adjudicación al acreedor ejecutante, prevista en los supuestos regulados en los [artículos 670 y 671LEC](#), supone un título de adquisición diferente, en ese caso de la propiedad del inmueble (distinto al de simple acreedor hipotecario). Y tratándose de una adquisición onerosa posibilita la aplicación del artículo 34LH. Es indiferente que adquiera un tercero en subasta o que se la adjudique el propio ejecutante en los casos legalmente previstos. En tal caso, entiendo que el ejecutante adjudicatario ostenta la condición de tercero a efectos de la fe pública registral. Salvo que se probara, claro está, su mala fe, pero ello afectaría a cualquier tercero, pues se trata de un presupuesto para que despliegue sus efectos el principio de fe pública registral.

La [STS de 20 abril 2016](#) (RJ 2016, 1687) utiliza la expresión «venta judicial», pero en realidad la solución sería a misma si se utiliza cualquiera de los medios que prevé la LEC para la realización del bien en vía de apremio (la subasta no es el único medio posible de realización). No estamos propiamente ante una venta porque procesalmente la enajenación se produce sin el consentimiento del propietario del bien, e incluso, contra su voluntad. No se puede decir que el Juez sea el vendedor, pues ni es el propietario del bien, ni lo es el Estado en cuyo nombre actúa el Juez en el ejercicio de la potestad jurisdiccional. No puede tampoco considerarse como vendedor al Letrado de la Administración de Justicia, ni siquiera con las amplias facultades que se le reconocen tras la Ley 18/2015 en el [artículo 644LEC](#), como responsable de la subasta electrónica en el Portal de Subastas. Y desde luego en ningún caso cabe considerar como vendedor al ejecutante. Como ya he destacado en otro lugar, no estamos ante una venta sino ante un acto procesal por el que el tribunal transmite a un tercero un bien (hipotecado voluntariamente o previamente embargado) del deudor ejecutado, en virtud de su potestad jurisdiccional, como medio para obtener dinero con el que satisfacer la pretensión del ejecutante, o bien adjudicándose en pago al acreedor ejecutante. No hay contrato sino que nos encontramos ante un acto del proceso de ejecución, y su base no es un negocio jurídico entre juez y adquirente, sino el ejercicio de la potestad jurisdiccional. Lo que existe es, por tanto, una transferencia coactiva de derechos inter vivos, onerosa, que se practica sin atender al titular del derecho, e incluso en contra del mismo, y que se realiza unilateralmente por el órgano jurisdiccional, aunque esté condicionada por la existencia de otro acto unilateral, como es la declaración de voluntad del adquirente (Domínguez Luelmo, A. «La transmisión de la propiedad en las ventas judiciales», en Carrasco Perera [Dir.], Tratado de la compraventa..., II, cit., pp. 1233 y ss.).

Desde esta perspectiva es indiferente que el inmueble lo adquiera un tercero o que se lo adjudique el propio ejecutante. Estamos ante un supuesto de adquisición por ministerio de la Ley a que se refiere con carácter general el [art. 609CC](#). En el segundo caso lo que se produce es una adjudicación en pago: el acreedor ejecutante en un proceso de ejecución (ordinaria o especial), y sólo dentro de él, tiene la facultad, como consecuencia del fracaso de la enajenación forzosa, de hacer suyos los bienes realizados, es decir, de

adquirirlos, al amparo de las previsiones contenidas en los [artículos 650](#), [651](#), [670](#) y [671](#) de la LEC, bien por un porcentaje variable de su valor de tasación o, en su caso, por la suma que se le deba por todos los conceptos. Podríamos decir que la enajenación forzosa se perfecciona con la aprobación del remate (que sería el equivalente al título) y se consuma con la entrega del bien o con la expedición del testimonio donde se documenta la adjudicación (que haría las veces y tendría la misma finalidad que el modo). El decreto de aprobación del remate es lo que perfecciona la enajenación realizada, pero no es suficiente para considerar que se ha transmitido la propiedad. Dicho decreto, en cuanto resolución procesal, se dicta de oficio. Pero el testimonio del Letrado de la Administración de Justicia, comprensivo del decreto de aprobación del remate, lo mismo que en su caso el mandamiento de cancelación de cargas, deben ser solicitados por el interesado. El decreto es una de las clases de resoluciones judiciales a que alude el [artículo 206](#) LEC, mientras que el testimonio del Letrado de la Administración de Justicia es el documento público de adquisición, y es por sí mismo título bastante para la inscripción en el Registro de la Propiedad [vid. [STS de 4 octubre 2006](#) (RJ 2006, 8709)].

Como en estos casos el título de adquisición de la propiedad, por parte del ejecutante adjudicatario, es diferente al título por el que se convirtió en acreedor hipotecario (los asientos registrales en los que se refleja una y otra situación son igualmente diferentes), para mí no hay dudas de que la solución de la sentencia objeto de comentario habría sido la misma en caso de que se hubiera adjudicado la vivienda a la ejecutante «Gestora de Créditos e Inversiones, S.L.», en lugar de haber cedido ésta el remate a don Alberto: tanto una como otra tienen la consideración de terceros hipotecarios del artículo 34LH.

VIII. APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DE LA EQUIVALENCIA DE RESULTADOS Y CARENCIA DE EFECTO ÚTIL DEL RECURSO

En el presente caso, la única pretensión de condena ejercitada por la parte recurrente, dirigida frente a don Alberto, es rechazada. Pero los motivos de su inadmisión nada tienen que ver con los sustentados por la Audiencia Provincial, que no comparte el Tribunal Supremo. A pesar de ello no se casa la sentencia por considerarse que no puede prosperar el recurso en aplicación de la doctrina de la equivalencia de resultados y carencia de efecto útil del recurso. Se trata de una doctrina aplicada en numerosas ocasiones, conforme a la cual, no puede surtir efecto en casación un motivo que no determine una alteración del fallo recurrido. En definitiva, el recurso no procede cuando la eventual aceptación de la tesis jurídica del recurrente conduce a la misma solución contenida en la sentencia recurrida, incluso cuando no es correcta la doctrina seguida por sentencia impugnada si la estimación del recurso no produce una modificación del fallo. Sobre la base de esta doctrina, se llega a la desestimación del recurso cuando la parte dispositiva de la sentencia, apoyada en una argumentación no aceptable jurídicamente, resulta, sin embargo, procedente conforme a fundamentos distintos que podrían haber sido utilizados para decidir la cuestión. Es decir, El TS considera que no procede acoger el recurso cuando, pese al fundamento de alguno de los motivos que lo sustentan, el fallo deba ser mantenido con otros argumentos, pues el recurso se formula contra el fallo, y no contra lo razonado en sus fundamentos de derecho.

Las resoluciones judiciales que recogen esta doctrina son muy numerosas: vid. especialmente las [SSTS de 10 noviembre 2000](#) (RJ 2000, 8682), [24 noviembre 2000](#) (RJ 2000, 9240), [29 marzo 2004](#) (RJ 2004, 2310), [22 octubre 2004](#) (RJ 2004, 6580), [15 junio 2006](#) (RJ 2006, 5590), [11 octubre 2006](#) (RJ 2006, 6693), [26 diciembre 2006](#) (RJ 2007, 400), [29 noviembre 2007](#) (RJ 2007, 8453), [2 julio 2008](#) (RJ 2008, 4471), [10 diciembre 2008](#) (RJ 2008, 6977), [3 junio 2009](#) (RJ 2009, 3371), [28 marzo 2011](#) (RJ 2011, 3019), [29 marzo 2011](#) (RJ 2011, 3023), [14 diciembre 2011](#) (RJ 2012, 14), [28 junio 2012](#) (RJ 2012, 8353), [20 septiembre 2012](#) (RJ 2012, 9015), [11 junio 2013](#) (RJ 2013, 4976), [20 octubre 2015](#) (RJ 2015, 5537), [26 octubre 2015](#) (RJ 2015, 5608), [20 noviembre 2015](#) (RJ 2015, 5623), [8 febrero 2016](#) (RJ 2016, 522), [11 febrero 2016](#) (RJ 2016, 247).

NOTAS AL PIE DE PÁGINA

