



Roj: **SAP TO 848/2017 - ECLI: ES:APTO:2017:848**

Id Cendoj: **45168370012017100405**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Toledo**

Sección: **1**

Fecha: **27/09/2017**

Nº de Recurso: **428/2016**

Nº de Resolución: **206/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **GEMA ADORACION OCARIZ AZAUSTRE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1 TOLEDO 00206/2017

Rollo Núm.428/2016.-

Juzg. 1ª Inst. Núm.. 1 de DIRECCION000 .-

J. Ordinario Núm..... 464/2015.-

SENTENCIA NÚM. 206

AUDIENCIA PROVINCIAL DE TOLEDO

SECCION PRIMERA

Ilmo. Sr. Presidente:

D. EMILIO BUCETA MILLER

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. URBANO SUAREZ SANCHEZ

Dª GEMA ADORACION OCARIZ AZAUSTRE

En la Ciudad de Toledo, a veintisiete de septiembre de dos mil diecisiete.

Esta Sección Primera de la Ilma. Audiencia Provincial de TOLEDO, integrada por los Ilmos. Sres. Magistrados que se expresan en el margen, ha pronunciado, en NOMBRE DEL REY, la siguiente,

SENTENCIA

Visto el presente recurso de apelación civil, Rollo de la Sección núm. 428 de 2016, contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia Núm. 1 de DIRECCION000 , en el juicio ordinario núm. 464/15, en el que han actuado, como apelantes Ezequiel y Macarena , representados por la Procuradora de los Tribunales Sra. Guerrero García; y como apelado, BANCO DE CASTILLA LA MANCHA, S.A., representada por el Procurador de los Tribunales Sr. Monzón Lara

Es Ponente de la causa la Ilma. Sra. Magistrada Dª GEMA ADORACION OCARIZ AZAUSTRE, que expresa el parecer de la Sección, y son,

ANTECEDENTES:

PRIMERO: Por el Juzgado de 1ª Instancia Núm. 1 de DIRECCION000 , con fecha 22 de septiembre de 2016, se dictó sentencia en el procedimiento de que dimana este rollo, cuyo FALLO dice: que debo desestimar y desestimo totalmente la demanda formulada por DON Ezequiel y DOÑA Macarena contra BANCO CASTILLA LA MANCHA, DON Onesimo , DOÑA Amelia y SOLADOS Y ALICATADOS JULIO LOZANO, S.L., absolviendo a dichas codemandadas de los pedimentos formulados contra ella, con todos los pronunciamientos favorables a las mismas.



No procede efectuar pronunciamiento alguno sobre el pago de las costas.-

SEGUNDO: Contra la anterior resolución y por Ezequiel y Macarena, dentro del término establecido, tras anunciar la interposición del recurso y tenerse por interpuesto, se articularon por escrito los concretos motivos del recurso de apelación, que fueron contestados de igual forma por los demás intervinientes, con lo que se remitieron los autos a ésta Audiencia, donde se formó el oportuno rollo, quedando los autos vistos para deliberación y resolución.-

SE REVOCAN EN PARTE y en la forma que luego se dirá, los fundamentos de derecho y fallo de la resolución recurrida, que habrán de ser completados en la forma que se exprese, si bien se ratifican los antecedentes de hecho, que relatan la dinámica procesal, por lo que, en definitiva, son

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO: Se alzan los apelantes, menores de edad representados por defensor judicialmente designado, contra la sentencia por la que se desestimo íntegramente la demanda formulada por ellos y en la que interesaban que se decretase la nulidad de la escritura pública de constitución de la sociedad limitada Solados y Alicatados Julio Lozano S.L. de 21.9.09, decretándose la cancelación en el Registro de la Propiedad y en el Registro Mercantil de las inscripciones y anotaciones correspondientes, y en concreto la que se practico en virtud de dicho título respecto de la finca sita en DIRECCION001, CALLE000 num NUM000 y también que se decretase la nulidad de la escritura pública de préstamo hipotecario otorgada el 24.12.09 sobre la citada finca y ordenando la cancelación en el Registro de la inscripción y anotaciones con motivo de la citada hipoteca.

Esta probado que los codemandados padres de los demandantes (menores de edad) donaron a estos por escritura pública de 26.9.08 la finca sita en la CALLE000 num NUM000 de DIRECCION001, que constituye el domicilio de los menores. A partir de ahí y en fecha 21.9.09 ambos menores, de 4 y 7 años de edad, siendo representados por su madre constituyeron la sociedad limitada Solados y Alicatados Julio Lozano S.L. designando administrador de la misma a su padre y con un capital social representado por 65.000 participaciones sociales, suscritas por los dos menores por mitad cada uno, para cuyo pago transmitían a la sociedad la citada finca que les había sido donada. Tres meses más tarde, el 24.12.09, ambos codemandados padres de los menores, en su nombre la madre y el padre como administrador único de la citada sociedad, otorgaron escritura de préstamo hipotecario, recayendo la hipoteca sobre la citada finca que aparecía inscrita en el Registro de la Propiedad de DIRECCION000 como de titularidad de la sociedad Solados y Alicatados Julio Lozano S.L. y ello para la refinanciación de deudas de la sociedad

La demanda pretendía y el recurso mantiene que la aportación de la finca a la sociedad por los menores precisaba autorización judicial que no se obtuvo y que el gravamen se realizó en confabulación con la entidad financiera demandada y en fraude de ley, tratándose de un negocio simulado

La sentencia apelada en cuanto a la constitución de la sociedad limitada y la aportación de la finca a la misma, de un lado razonando que no es claro que el art 166 del C. Civil exija autorización judicial para constituir sociedades de los menores con las representaciones de sus padres, y considerando además que la finca no era de los menores realmente y que seguía siendo de sus padres, y de otro lado atendiendo a que en el caso de necesitarse autorización judicial su falta no determina la nulidad sino la anulabilidad del contrato para cuya declaración los menores han de ejercitar la correspondiente acción en los cuatro años siguientes a su mayoría de edad, si bien aquí se ha solicitado la nulidad y antes de su mayoría de edad, termina declarando que no es nulo el acto jurídico de constitución de la sociedad, sin perjuicio de que los menores cuando alcancen la mayoría de edad pidan la anulación o la confirmen

En relación al préstamo hipotecario señala que el banco es adquirente del derecho de hipoteca de buena fe y esta protegido por el art 34 de la LH

SEGUNDO: En relación a la nulidad de la escritura pública por la que se produce la aportación del bien inmueble a la sociedad limitada al constituirse esta, de principio la Sala debe rechazar la consideración de la sentencia apelada de que el bien no era de propiedad de los menores sino de sus padres. Ello implicaría considerar la donación ineficaz y ello solo podría serlo por calificarla de simulación de una transmisión del dominio realmente inexistente, lo que no puede ser acogido, en primer término porque tal simulación nunca ha sido hecho alegado en el procedimiento por ninguna de las partes, ni tampoco se ha interesado nunca que aquella se declarase ineficaz o nula por simulación. Por tanto al tener ello por tal, la sentencia decide mucho más allá de lo que realmente se ha interesado por las partes y se ha constituido por ellas como objeto del pleito. Pero además es perfectamente válido que, con los requisitos formales correspondientes que aquí se integraron, los padres donen bienes a sus hijos aunque sean menores y por muy escasa que sea la edad que tengan, por lo que, para entender que la donación es un negocio simulado ha de contarse con un dato más de encubrimiento u



ocultación de otra voluntad distinta, que será la real de los intervinientes en la donación, lo que no concurre en el presente caso o al menos no está probado, ni puede deducirse lógicamente de los actos de los padres porque no tiene sentido, en principio, transmitir bienes a sus hijos para luego disponer de ellos como si siguieran siendo de los padres, cuando estos antes ya eran sus propietarios y la transmisión a los hijos solo les obstaculizaba claramente la libre disposición de los mismos al precisar autorización judicial para muchos actos jurídicos sobre ellos. Si lo que deduce la sentencia es que con la donación se pretendía una ocultación de bienes en perjuicio de terceros haciendo formalmente que pertenecieran a sus hijos, ello incide ya en el ámbito penal y para que despliegue como consecuencia la ineficacia de la donación y que los bienes vuelvan al patrimonio de los padres se requiere en dicho ámbito mucha más prueba que la aquí existente que es ninguna. La resolución de esta controversia por tanto parte de que la finca en DIRECCION001 pertenecía a los demandantes

Cuando los actores, con la debida representación legal por su minoría de edad, aportan esta finca a la sociedad constituida en escritura pública y en pago de las participaciones que adquieren de esta mercantil, la finca se está enajenando y para ello es claro que el art 166 del C. Civil requiere autorización judicial. Una cosa es que los padres puedan constituir una sociedad haciendo socios constituyentes a sus hijos, que es lo que cita la sentencia apelada, y otra que además les hagan además aportar una finca a la sociedad, transmitiendo su propiedad a la mercantil, lo que es claramente una enajenación. A ello no es obstáculo que el acto sea recíproco por obtener a cambio unas participaciones, pues también es recíproca una compraventa con la que se obtiene a cambio un precio y no es dudoso que para vender bienes inmuebles de sus hijos menores los padres necesitan autorización judicial

Es hecho no cuestionado que en aquel acto jurídico la madre, que actuó en representación de los menores, carecía de autorización judicial. Las consecuencias jurídicas de ello han de partir de la consideración de que ya ha sido sentada uniformidad de Jurisprudencia en cuanto a la cuestión, que no era clara antes, por la STS 22.4.10 (seguida por las de 8.7.10 o 28.10.14) que señaló la falta de concreción del art. 166 CC 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. 166 CC, con lo que dispone el artículo 1259.1 CC, 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 artículo 166 CC es una norma imperativa, que coincide con lo dispuesto en el artículo 1259 CC y a salvo la ratificación, su incumplimiento lleva a la aplicación del Art. 6.3 CC, es decir, la nulidad del acto; b) el fin de protección de la norma contenida en el art. 166 CC 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. 154.2 CC. 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. 1259 CC 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. 1259 CC, 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. 166 CC, la representación de los padres como representantes legales, no alcanza los actos enumerados en el Art. 166 CC. 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.

El acto realizado con falta de poder, es decir, sin los requisitos exigidos en el artículo 166 CC 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. 1259.2 CC, de modo que no siendo ratificado, el acto será inexistente.

Todo lo expuesto supone descartar el razonamiento de la sentencia apelada por el que rechaza lo pedido en la demanda porque no está claro que se precise autorización judicial y porque la acción ejercitada es la de nulidad, y no de mera anulabilidad. Por lo expuesto la sanción a tal acto es la nulidad si bien como caso



excepcional esta puede eludirse mediante la ratificación del acto, que en este caso en modo alguno consta, ni expresa ni tácitamente, lo que consta es todo lo contrario conforme a la demanda

En cuanto al momento en que se ha pedido la declaración de dicha nulidad la Sala entiende que lo dispuesto en el art 1303 del C. Civil acerca de que la acción para pedir la declaración de nulidad puede ejercitarse por los menores en los cuatro años siguientes a que alcancen la mayoría de edad no impide que, por representante legítimo como lo es en este caso el defensor designado judicialmente para ello, insten su declaración durante la minoría de edad y por ello el plazo de cuatro años se relaciona exclusivamente con la actuación del menor por sí mismo, contándose claro desde que es mayor de edad y tiene capacidad de obrar, pero esto no excluye que antes de ello pueda actuar en contra del negocio jurídico para que quede ineficaz contando con legal representante que actúe por el mismo designado al efecto. Otra cosa permitiría la subsistencia durante años de un contrato que jurídicamente es nulo y que lo que consta, vista la voluntad esgrimida es que nunca se convalidara, pero que en el tráfico jurídico no consta así declarado, pudiendo seguir produciendo efectos e incluso consumarse definitivamente, lo que puede perjudicar o comprometer el patrimonio de los menores, que nada pueden actuar contra el durante años, y ello va en contra del interés de estos que protege el art 166 del C. Civil

Ha de rechazarse lo decidido en la sentencia apelada sobre la escritura hasta ahora examinada y en cuanto a este particular estimar el recurso porque debió estimarse la demanda

TERCERO: En relación a la escritura pública de préstamo con garantía hipotecaria a favor de la entidad bancaria demandada por el art 34 de la LH el tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo será mantenido en su derecho aunque después se anule o se resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro.- La buena fe del tercero se presume siempre mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro

En este caso la entidad bancaria adquirió el derecho real de hipoteca de la persona (jurídica) que en el Registro aparecía en aquel momento como titular del dominio de la finca hipotecada y que por tanto tenía facultades para constituir a favor del banco la hipoteca. La nulidad de la escritura de constitución de la sociedad y de la aportación al patrimonio societario de la finca de titularidad de los menores, solo resulta declarada de la presente sentencia, y no lo ha sido por causa que consten en el mismo Registro y que la entidad bancaria por ello necesariamente hubiera de conocer.

La Jurisprudencia en este caso es clara señalando que la persona que constituye la hipoteca debe ser propietario del inmueble que se hipoteca y si no lo es falta un presupuesto de eficacia que puede determinar la ineficacia del gravamen por falta de poder de disposición, pero ello se entiende sin perjuicio del efecto convalidante de la protección registral (STS 10.10.07) Así pues cuando se constituye la hipoteca a favor de quien reúne la condición de tercero hipotecario del art 34 de la LH esta es válida y eficaz aunque luego judicialmente se declare que no es la propiedad la que la constituyó (en este sentido STS 25.10.04 , 15.9.78 o 20.4.16 entre otras) pues la nulidad de la adquisición por la sociedad del dominio supone en la adquisición del derecho de hipoteca del banco un defecto del poder de disposición de quien la constituye que es precisamente el defecto que protege el art 34 de la LH (entre otras STS 21.6.11)

CUARTO El recurso solo discute en este caso que la entidad bancaria tenga la condición de tercero hipotecario por negar la buena fe en la constitución de la hipoteca de la entidad bancaria, puesto que la ignorancia de los vicios o defectos de la titularidad que publicaba el Registro era imputable a su negligencia o voluntad porque debía conocerlo de hechos o indicios claros.

La buena fe por el art 34 de la LH se presume del tercero y por ello la prueba de esta indolencia que se imputa o de la deliberada colocación en formal posición de ignorancia o la falta de diligencia ha de constar de prueba contundente que es la única apta para desvirtuar dicha presunción.

En este ámbito alega el recurso como indicios de mala fe la concatenación temporal entre la constitución de la sociedad y el gravamen de los bienes, y que este se constituyó para refinanciación de deudas anteriores de los padres de los menores, cobrándose así el banco créditos fallidos, todo ello aduciendo que de la declaración del Director de la Sucursal bancaria resulta que tuvo a su disposición y conoció la escritura de constitución de la sociedad

A juicio de la Sala estos indicios no integran la prueba rotunda que exige la consideración de mala fe en contra de la presunción legal ya citada. El Registro publicaba la titularidad por la sociedad de la finca hipotecada porque la escritura de constitución de la misma así estableció la propiedad de la misma por la mercantil, y ello porque el Registrador mismo no advirtió de que en ella constaba que los socios que aportaban el bien inmueble para que formara parte del patrimonio societario eran menores de edad, sin que le constara para ello la autorización judicial, como tampoco advirtió el **Notario** autorizante de ello. No puede considerarse que el



banco y el director de una de sus sucursales si que hubieran de advertir el defecto y no puede considerarse así su falta de percepción del mismo como deliberada ignorancia o falta de diligencia necesaria. Ello ha de interpretarse desde la perspectiva general de que el negocio de aportación del bien del menor a la sociedad representado en ello por su madre no es sino más inválido solo que precisa tal autorización judicial adicional por lo que nada cabe sino más deducir de la sola constancia de tal aportación

La otra cuestión alegada es la coincidencia temporal y el destino del metálico del préstamo, pero nada de especial tiene que los préstamos se concedan para refinanciar deudas anteriores con la entidad acreedora para facilitar que pueda cobrar lo que le es debido, lo que solo es un aplazamiento del cobro a vencimientos posteriores. Ha de tenerse en cuenta además, en cuanto a la correlación de los hechos que un año antes los padres y prestatarios habían perdido la propiedad de la finca voluntariamente donándola a los menores, la que luego aportan a la sociedad y se hipoteca, de forma que la confabulación no aparece clara desde el principio pues bastaría con no realizar la donación para poder haber hipotecado la finca, sin requisito adicional alguno. Tal situación solo podría explicarse si la idea de aportación a la mercantil y su hipoteca fuera posterior a la donación, pero en cualquier caso independientemente de lo que concibieran los padres de los menores, lo que no consta es que ello fuera impuesto, obligado o conocido y aceptado por la entidad bancaria. Puestos en ello hubiera bastado constituir el gravamen sin más porque, como de todas formas se iría a omitir la autorización judicial para el gravamen como lo era para la enajenación, era más directo, rápido y práctico para un banco confabulado hipotecar de primera mano omitiendo la misma necesaria autorización pero eliminando ya el trámite intermedio de la constitución de la sociedad. En fin, la inscripción en el Registro de la Propiedad de la transmisión de la finca de los menores a la mercantil daba a conocer que era correcta, o al menos no publicaba nada incorrecto, y de hecho tal transmisión puede ser perfectamente correcta si bien con autorización judicial previa, cuya falta al banco no le era exigible conocer pues precisaría una diligencia exorbitada tal comprobación de la correcta integración de la capacidad para contratar que no habían objetado ni el **Notario** ni el Registrador

Este motivo de recurso no puede prosperar

CUARTO No procede efectuar especial pronunciamiento sobre las costas procesales causadas en esta segunda instancia, en aplicación del art. 398 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil.-

FALLO:

Que **ESTIMANDO EN PARTE** el recurso de apelación que ha sido interpuesto por la representación procesal de Ezequiel y Macarena, debemos **REVOCAR Y REVOCAMOS EN PARTE** la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia Núm. 1 de DIRECCION000, con fecha 22 de septiembre de 2016, en el procedimiento núm. 464/15, de que dimana este rollo, y en su lugar, estimando parcialmente la demanda respecto de DON Onesimo, DOÑA Amelia y SOLADOS Y ALICATADOS JULIO LOZANO, S.L. y desestimando íntegramente la misma respecto de BANCO DE CASTILLA LA MANCHA, S.A.

1.- debemos declarar y declaramos la nulidad de la escritura pública de constitución de la mercantil Solados y Alicatados Julio Lozano S.L. por los menores demandantes otorgada el 21.9.09 y ello declarando la nulidad de la aportación de los bienes inmuebles de dichos menores demandantes al capital social de la citada persona jurídica y de la adquisición por su parte por razón de ello de la totalidad de las participaciones de la misma

2.- debemos decretar y decretamos la cancelación en el Registro de la Propiedad de DIRECCION000 de la inscripción de la finca registral NUM001 como de titularidad dominical de la sociedad Solados y Alicatados Julio Lozano S.L.; inscrita al tomo NUM002, libro NUM003 y folio NUM004, casa de la CALLE000 num NUM000 de DIRECCION001 (Toledo), con una extensión superficial de solar de 366 metros cuadrados, y superficie construida de 324 metros cuadrados

3.- debemos ordenar y ordenamos la cancelación de la inscripción causada respecto de la sociedad Solados y Alicatados Julio Lozano S.L. con motivo de la citada constitución de la sociedad, por la escritura pública declarada nula por la presente sentencia y obrante en el Registro Mercantil de Toledo al tomo NUM005, libro NUM006, folio NUM007, hoja TO NUM008 inscripción primera

4.- no ha lugar a declarar la nulidad de la escritura pública de préstamo con garantía hipotecaria otorgada por los demandados Sres Onesimo y Amelia Barrento y Solados y Alicatados Julio Lozano S.L. el día 24.12.09 y que gravaba la finca sita en DIRECCION001 CALLE000 num NUM000 ya descrita

5.- en consecuencia debemos absolver y absolvemos a la demandada Banco Castilla La Mancha S.A. de todas las pretensiones esgrimidas frente a ella de contrario en la demanda



6.- no procede imponer a ninguna de las partes condena al pago de las costas causadas en la primera instancia en cuanto fue dirigida la demanda contra los demandados Sres Onesimo y Amelia y Solados y Alicatados Julio Lozano S.L. por estimarse parcialmente esta demanda respecto de ellos

7.- procede imponer a la parte demandante el pago de las costas procesales causadas en la primera instancia en cuanto se dirigió la demanda contra Banco Castilla La Mancha S.A .

8.- no procede imponer a ninguna de las partes el pago de las costas procesales causadas en esta alzada ordenando la devolución a la apelante del deposito constituido para recurrir

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación al Rollo de la Sección, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firma mos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada la anterior resolución mediante su lectura íntegra por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente D^a GEMA ADORACION OCARIZ AZAUSTRE, en audiencia pública. Doy fe.-

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ