



Roj: STS 56/2018 - ECLI:ES:TS:2018:56
Id Cendoj: 28079119912018100002
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 991
Nº de Recurso: 2111/2015
Nº de Resolución: 2/2018
Procedimiento: Recurso de casación
Ponente: MARIA DE LOS ANGELES PARRA LUCAN
Tipo de Resolución: Sentencia

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

PLENO

Sentencia núm. 2/2018

Fecha de sentencia: 10/01/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 2111/2015

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 22/11/2017

Ponente: Excm. Sra. D.^a M. Ángeles Parra Lucán

Procedencia: AUDIENCIA PROVINCIAL DE VALENCIA. SECCIÓN 9.^a

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

Transcrito por: LEL

Nota:

CASACIÓN núm.: 2111/2015

Ponente: Excm. Sra. D.^a M. Ángeles Parra Lucán

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

PLENO

Sentencia núm. 2/2018

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Francisco Marin Castan, presidente

D. Jose Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Saraza Jimena

D. Eduardo Baena Ruiz

D. Pedro Jose Vela Torres

D^a. M. Ángeles Parra Lucán

En Madrid, a 10 de enero de 2018.

Esta sala ha visto en pleno el recurso de casación interpuesto por D. Faustino en calidad de tutor de D. Ildefonso, declarado incapaz, representado por el procurador D. Federico Ruipérez Palomino, bajo la dirección letrada de D.^a Dolores Gil Collado, contra la sentencia dictada el 20 de mayo de 2015 por la Sección 9.^a de la Audiencia Provincial de Valencia en el recurso de apelación n.º 665/14 dimanante de las actuaciones de incidente concursal n.º 966/13 del Juzgado de lo Mercantil n.º 3 sobre nulidad de escritura de permuta, dimanante asimismo del concurso voluntario ordinario n.º 1306/2012, siendo partes recurridas la entidad Invercasa Chalet S.L. y D. Narciso y D.^a Trinidad, representada la primera de ellas por el procurador D. Francisco García Crespo, bajo la dirección letrada de D. Antonio Herrero García y por el procurador D. Fernando Pérez Cruz, bajo la dirección letrada de D. Luis Puebla Berlanga.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a M. Ángeles Parra Lucán.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- D.^a Consuelo en calidad de tutora de su hermano D. Ildefonso, interpuso demanda de nulidad de escritura de permuta, cancelación de las inscripciones registrales de la referida Escritura de Permuta y restitución al demandado de la finca objeto del presente litigio contra Invercasa-Chalet S.L. en la que solicitaba:

«Se declare la nulidad de la escritura de permuta suscrito el veinticuatro de octubre de dos mil seis, con las consecuencias legales inherentes a dicha declaración y con cancelación de los asientos registrales de la referida Escritura de Permuta, todo ello con expresa condena en costas a la mercantil demandada».

2.- La demanda fue presentada el 31 de julio de 2013 y repartida al Juzgado lo Mercantil n.º 3 de Valencia y fue registrada con el n.º 966/2013. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- Invercasa Chalet S.L., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba la desestimación íntegra de la demanda con expresa condena en costas al demandante.

4.- También contestaron a la demanda D. Narciso y D.^a Trinidad que se personaron en el presente Incidente Concursal, en relación con los autos de Concurso Necesario n.º 1306/2012 y en cuyo escrito solicitaban, asimismo, la desestimación de la demanda con condena en costas al demandante.

5.- Tras seguirse los trámites correspondientes, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Valencia dictó sentencia n.º 30/2014 de fecha 3 de febrero de 2014, con el siguiente fallo:

«Que debo estimar y estimo la demanda presentada por D.^a Consuelo, en calidad de Tutora de su hermano declarado incapaz, D. Ildefonso, representada por el procurador de los Tribunales D. José Luis Medina Gil, contra la Administración Concursal, contra la concursada y contra D. Narciso y D.^a Trinidad y debo declarar y declaro la nulidad de la escritura de permuta otorgada bajo la fe notarial de D. Alfredo Roca Ferrer, el 24.10.2006, número 1527 de su protocolo, con las consecuencias legales inherentes a dicha declaración y con cancelación de los asientos registrales de la referida escritura de permuta. Se imponen las costas a la parte demandada así como a los terceros que han comparecido en calidad de demandados y se han opuesto».

6.- La sentencia fue aclarada mediante auto de fecha 12 de mayo de 2014 cuya parte dispositiva es la siguiente:

«Que debo aclarar y rectificar la sentencia dictada con fecha 3 de febrero de 2014, en el sentido de que el concurso de Invercasa Chalet S.L., es necesario. Asimismo, en la parte dispositiva se aclara que se imponen las costas a la parte demandada, Invercasa Chalet S.L., así como a los terceros que han comparecido en calidad de demandados, la procuradora de los tribunales, D.^a Cristina Coscollá Toledo, en nombre y representación de D. Narciso y D.^a Trinidad, solicitantes del concurso necesario instado frente a Invercasa Chalet S.L. y se han opuesto».

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por las representaciones respectivas de D. Narciso y D.^a Trinidad y de Invercasa Chalet S.L., cuyo recurso no fue admitido a trámite.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección 9.^a de la Audiencia Provincial de Valencia, que lo tramitó con el número de rollo 665/2014 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 20 de mayo de 2015 , cuyo fallo dispone:

«FALLAMOS: Estimamos el recurso de apelación formulado por la representación de don Narciso y doña Trinidad contra la sentencia apelada pronunciada por el Ilmo. Sr. Magistrado del Juzgado de lo mercantil número 3 de Valencia en fecha 3 de febrero de 2014 , que revocamos en el sentido de que se desestima la demanda formulada por doña Consuelo como representante legal (Tutora) de don Ildefonso .

»Respecto de las costas de la instancia y de la apelación cada parte deberá soportar las causadas a su instancia y las comunes por mitad».

TERCERO .- *Interposición y tramitación del recurso de casación*

1.- D. Faustino , designado como nuevo tutor de D. Ildefonso después de fallecer D.^a Consuelo que había venido ejerciendo hasta entonces dicho cargo, interpuso recurso de casación.

El motivo del recurso de casación fue el siguiente:

Por infracción de los arts. 271, 6.3 , 1259 , 216 CC y art. 49 CE .

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 19 de julio de 2017, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Faustino , tutor de D. Ildefonso contra la sentencia dictada con fecha 20 de mayo de 2015, en el rollo de apelación n.º 665/2014 , dimanante de los autos de incidente concursal n.º 966/2013, del Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Valencia».

3.- Se dio traslado a las partes recurridas para que formalizaran su oposición al recurso de casación, evacuando el trámite únicamente D. Narciso y D.^a Trinidad mediante la presentación del correspondiente escrito, quedando el presente recurso pendiente de vista o votación y fallo.

4.- Por providencia de 18 de octubre de 2017 se nombró ponente a la que lo es en este trámite y se acordó su pase a conocimiento del pleno de la sala, señalándose para su votación y fallo el 22 de noviembre de 2017, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El litigio causante del presente recurso de casación versa sobre el tipo de ineficacia de los actos de enajenación de inmuebles otorgados por el tutor cuando no cuenta con previa autorización judicial.

1.- En el caso, la tutora interpone una demanda en la que solicita la nulidad de la escritura de permuta de inmuebles del tutelado que ella misma otorgó, «con las consecuencias legales inherentes a dicha declaración y con la cancelación de los asientos registrales». Basa su demanda en que la falta de previa autorización requerida por el art. 271 CC determinaba la aplicación del art. 1259 CC y, con ello, la nulidad.

La escritura cuya nulidad se pretende se otorgó el 24 de octubre de 2006 y presenta el siguiente contenido:

i) Se declara la propiedad de D. Ildefonso , adquirida en virtud de herencia de sus padres, sobre una quinta parte indivisa de dos fincas que describía como colindantes e inscritas en el Registro de la Propiedad de Manises al tomo NUM000 , libro NUM001 de Manises, folio NUM002 , finca n.º NUM003 , inscripción 2.^a y al tomo NUM004 , libro NUM005 de Manises, folio NUM006 , finca n.º NUM007 , inscripción 1.^a.

ii) D. Ildefonso , por medio de su tutora D.^a Consuelo , cede y transmite a título de permuta a Invercasa-Chalet S.L. (en adelante Invercasa), el pleno dominio de las participaciones indivisas descritas y, como contraprestación, Invercasa se compromete a entregar como obra ejecutada unas viviendas que se describen.

iii) Refiriéndose a la tutora, el notario hace constar en la escritura que «no me exhibe autorización judicial que faculte a dicha tutora para la permuta objeto de esta escritura, de cuya necesidad advierto a los aquí

otorgantes, a lo que se muestran conformes e insisten en el otorgamiento de esta escritura, comprometiéndose la citada tutora a obtener la aprobación judicial de esta permuta, a la mayor brevedad posible».

En la demanda se sostiene que, como consecuencia de la falta de autorización judicial, debe declararse: i) la nulidad de la escritura por la que se cedía la quinta parte indivisa de dos fincas registrales de la que era titular el tutelado; argumenta, con cita de la sentencia de 22 de abril de 2010, que la autorización judicial es un elemento del acto de disposición que no puede obtenerse *a posteriori*; ii) la nulidad de las otras cuatro escrituras otorgadas el mismo día por los titulares de las otras cuatro partes restantes de las mismas fincas; argumenta que se trata de escrituras «conexas y colgadas» entre sí y con la permuta de los bienes de D. Ildefonso; iii) la nulidad de las hipotecas constituidas con posterioridad por la permutante sobre las fincas cedidas en permuta (lo que fundamenta en que, según dicen, se garantizó que los bienes de D. Ildefonso estarían libres de cargas y que la hipoteca se constituyó sin autorización judicial).

La demanda se interpone contra Invercasa, que se encontraba en situación de concurso. Admitida la demanda se emplaza a la administración concursal y se notifica al resto de las partes personadas al objeto de que pudieran comparecer si lo consideraban pertinente.

Contestan a la demanda el administrador concursal y D. Narciso y D.^a Trinidad, solicitantes del concurso necesario instado frente a Invercasa.

El administrador se opone alegando: falta de representación de la demandante para solicitar la nulidad de todas las permutas a las que se refiere en su demanda; litispendencia, al estar pendiente un procedimiento de resolución del contrato litigioso junto a otras permutas concertadas por las partes; cosa juzgada, al existir autorización judicial para la permuta; transcurso del plazo de cuatro años para el ejercicio de la acción. Afirma que en el caso se solicitó y se obtuvo autorización judicial con posterioridad a la firma de la escritura, lo que hace el negocio válido y eficaz, lo que dice justificar con copia de un auto del juzgado y con la inscripción registral de la escritura y todos los actos posteriores sobre las fincas; que nada se prueba sobre la conexión con otros contratos de permuta cuya nulidad se defiende en la demanda, si bien no se incluye en el suplico; que la escritura de permuta contemplaba la constitución de hipotecas sobre las fincas para financiar la construcción.

D. Narciso y D.^a Trinidad se oponen a la demanda argumentando: que han transcurrido más de cuatro años desde que se otorgaron las escrituras, por lo que ha caducado la acción (arts. 1301, 1299 y 1969 CC); que existe litispendencia, porque está pendiente de resolución otro procedimiento sobre resolución contractual al amparo del art. 1124 CC y en el que la parte demandante sostiene la validez y eficacia de la permuta; que la tutora se comprometió en el contrato a obtener la autorización judicial y así lo hizo, (refieren que aportan a su contestación copia de un auto de autorización judicial a favor de la demandante como tutora de D. Ildefonso).

2.- La sentencia de primera instancia estima la demanda y declara la nulidad de la escritura de permuta otorgada por D.^a Consuelo en calidad de tutora de su hermano D. Ildefonso, con las consecuencias legales inherentes a dicha declaración y con cancelación de los asientos registrales derivados de dicha permuta.

Afirma que no ha quedado acreditada la autorización judicial para la enajenación de las fincas litigiosas y que la demandada aporta en su contestación un auto judicial por el que se autoriza la permuta de una quinta parte indivisa de otra finca registral de la que es titular D. Ildefonso y que no es objeto de la escritura de permuta cuya nulidad se pretende. Con cita de la sentencia de esta sala 447/2010, de 8 de julio, concluye que procede estimar la demanda por tratarse de un acto inexistente.

3.- Interpone recurso de apelación Invercasa mediante escrito firmado por el administrador concursal sin advertir que era la administración concursal quien interponía el recurso. El recurso es inadmitido y la diligencia queda firme al no ser objeto de recurso ni de aclaración, por lo que se tiene por no interpuesto el recurso de apelación.

Sí se admite el recurso de apelación interpuesto por D. Narciso y D.^a Trinidad que, en esencia, alegan: a) caducidad de la acción de anulación del negocio por haber transcurrido más de cuatro años desde su otorgamiento (24 de octubre de 2006), conforme a los arts. 1301 y 1299 CC, hasta la interposición de la demanda (el 31 de julio de 2013); b) litispendencia y cosa juzgada conforme a los arts. 400.2 y 222.2 LEC, por estar pendientes de casación los autos seguidos ante Juzgado de Quart de Poblet en los que se insta la resolución de tal contrato de permuta por el resto de propietarios permutantes; c) en cuanto al fondo, que se otorgó la autorización judicial con posterioridad al otorgamiento del contrato mediante auto de 31 de octubre de 2007, por lo que el acto quedó confirmado; d) abuso de derecho, por denunciar ahora la demandante una situación conocida desde la misma fecha del otorgamiento de la escritura de permuta, dado que en la misma se consignó la obligación de la tutora de solicitar la autorización judicial; e) la sentencia de primera instancia

estima totalmente la demanda, que en el suplico solo se refiere a la nulidad de la escritura de permuta en la que intervino D.^a Consuelo como tutora de su hermano, con las consecuencias legales e inherentes, pero no podría extenderse a las otras escrituras que según la demandante fueron otorgadas por otros permutantes y que no han sido oídos en este procedimiento.

La parte demandante se opone al recurso: defiende la nulidad absoluta, radical, del negocio por la ausencia de autorización, en aplicación de los arts. 271 y 1259 CC , lo que impediría la caducidad de la acción. Niega la existencia de litispendencia y cosa juzgada por cuanto: a) las acciones de resolución judicial entabladas en los procedimientos pendientes son de distinta naturaleza a la presente; b) las partes allí son diversas a las que concurren en este incidente, en el que D.^a Consuelo lo hace en representación de su hermano; c) tampoco concurre identidad de la causa de pedir en uno y otros procedimientos; d) niega el abuso de derecho y circunscribe el efecto directo de la sentencia a la escritura cuya nulidad declara.

4.- La sentencia de la Audiencia Provincial, tras observar que la sentencia de primera instancia no se pronuncia sobre las excepciones procesales de litispendencia que ya se alegaron en los escritos de contestación, desestima ambas: porque, salvo las manifestaciones de las partes, no se aporta en los autos documentación alguna que acredite la existencia de otros procedimientos entre las partes; aun dando por válidos los datos mencionados por las partes, en tales procedimientos las partes son distintas, al actuar en ellos D.^a Consuelo en nombre propio y no como tutora de D. Ildefonso , aparte de que la acción ejercitada es otra y se basa en hechos diferentes.

Entrando en el fondo del asunto, la Audiencia estima el recurso de apelación y desestima la demanda interpuesta por D.^a Consuelo como tutora de su hermano D. Ildefonso .

5.- La sentencia de la Audiencia Provincial parte de los siguientes hechos:

«Está acreditado que D.^a Consuelo , en fecha 24 de octubre de 2006 suscribió escritura pública de permuta de la quinta parte indivisa de dos fincas (n.º NUM003 y NUM007 del Registro de la Propiedad de Manises) como tutora de su hermano Ildefonso (f. 10).

»En tal escritura consta expresamente: "No se exhibe autorización judicial que faculte a dicha tutora para la permuta objeto de esta escritura, de cuya necesidad advierto a los aquí otorgantes, a lo que se muestran conformes e insisten en el otorgamiento de esta escritura, comprometiéndose la citada tutora a obtener la aprobación judicial de esta permuta, a la mayor brevedad posible" (f. 11).

»Consta así mismo que en 16 de febrero de 2007, el Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Quart de Poblet otorgó autorización a D.^a Consuelo para enajenar la finca n.º NUM003 . Consta así en el folio 77 de las actuaciones. Tal documento, se aportó al expediente en momento posterior a la contestación. Pudiera considerarse extemporáneo en virtud de lo dispuesto por el art. 194 LC y art. 265 LEC . No obstante su incorporación al expediente no fue ni es cuestionada por las partes en esta alzada. De hecho se ignora en sus escritos referencia a la certificación registral en la que consta la autorización (Nótese que en las contestaciones y en la apelación se refiere una autorización para enajenar la finca n.º NUM003 , f. 49).

»Pues bien, resulta acreditado que existió autorización judicial, cinco meses después del otorgamiento de la escritura pública, para enajenar una de las fincas, la NUM003 . Pero nada consta en relación con la NUM007 . Silencio absoluto sobre esta finca que, según la escritura, aparece como contigua a la autorizada y es objeto de la permuta junto con ella».

6.- En síntesis, la sentencia de la Audiencia Provincial basa su decisión en los siguientes argumentos:

i) La sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2010 en la que se basa el Juzgado ha sido completada por la sentencia del mismo Tribunal Supremo de 28 de octubre de 2014 , que parece que tiende a la anulabilidad de los actos realizados sin autorización judicial, que es el régimen que se propugnaba en las anteriores sentencias del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 1987 , 9 mayo de 1994 , 23 de diciembre de 1997 y 3 de marzo de 2006 y que es también el régimen que se adopta en el Derecho catalán.

ii) De acuerdo con lo anterior, en el desenvolvimiento del contrato pueden incidir circunstancias que, pese al defecto existente, vengan a dotarlo de eficacia y perdurabilidad jurídica.

iii) Las circunstancias que deben tomarse en consideración en el caso litigioso son las siguientes:

«a) El contrato suscrito ante notario, advierte de la inexistencia de autorización judicial y la propia tutora la que se obliga a solicitar la autorización judicial. Ciertamente es que no depende de ella la decisión final que adopte el juzgador, pero sí que hay un compromiso, una obligación de hacer, aunque incierta en el resultado.

»b) Que el negocio jurídico comprende la permuta de la parte indivisa correspondiente al pupilo sobre dos fincas (NUM003 y NUM007) por obra futura, procediendo del mismo modo en escrituras separadas el resto de comuneros. De este modo se advierte que el objeto a entregar, pese a ser dos fincas distintas, forman una unidad en la estructura económica del contrato. No se concibe la permuta si no es sobre ambas fincas sobre las que se pretende construir.

»c) D.^a Consuelo cumplió su obligación de solicitar la autorización judicial y así se otorgó por el Juzgado de Quart de Poblet aunque sólo sobre una de las fincas. No consta que se solicitara respecto de la numerada NUM007 . En cualquier caso, sin contar con el expediente que dio lugar a la autorización judicial, es obvio que en el mismo se informó sobre la permuta llevada a cabo (que comprendía ambas fincas) y que fue valorado por el juez, dada la unidad económica que formaban en el contrato. Podría considerarse así una autorización implícita para la enajenación de esta segunda finca.

»d) En cualquier caso no consta que D.^a Consuelo haya cumplido de modo completo aquello a lo que se obligó, solicitar la autorización judicial.

»e) La escritura se otorga en 24 de octubre de 2006 y la presente demanda se formula en 31 de julio de 2014 (transcurridos más de seis años). No nos estamos refiriendo el instituto de la caducidad, que no procede por cuanto, conforme al art. 1301 CC el *dies a quo* es "...desde que salieren de tutela". Por este motivo no habría comenzado a computarse el plazo de caducidad, pero sí que es un elemento a tener en cuenta para lo que, a continuación se concluirá.

»f) Es precisamente D.^a Consuelo , como representante de su hermano tutelado, la que denuncia el vicio. Lo habitual y propio es que la denuncia, en estas circunstancias, se haga por la parte que sí que ha cumplido con sus obligaciones y ha actuado confiada en los compromisos adquiridos.

»Proyectando sobre todo lo expuesto la regla o principio de buena fe en el desarrollo y cumplimiento de las obligaciones y ejercicio de derechos, debe considerarse que la denuncia formulada constituye un manifiesto abuso proscrito por el art. 7 del Código Civil . Recordemos que tal principio de buena fe, aplicado a las relaciones contractuales, impone el deber de coherencia o vinculación con el comportamiento llevado a cabo y limita, por tanto, el ejercicio de los derechos subjetivos en sentido opuesto a la confianza suscitada o creada, entre otras, STS de 15 de junio de 2012 (n.º 399/2012) .

»Por otro lado, no tratándose de un acto nulo ni inexistente, el principio de conservación de los actos y negocios jurídicos (*favor contractus* como un auténtico principio informador de nuestro sistema jurídico, nos exige "dar una respuesta adecuada a las vicisitudes que pueda presentar la dinámica contractual desde la preferencia y articulación de los mecanismos que anidan en la validez estructural del contrato y su consiguiente eficacia funcional, facilitando el tráfico patrimonial y la seguridad jurídica". STS de 15 de enero de 2013, n.º 827/2012 ».

SEGUNDO.- Se interpone recurso de casación en su modalidad de interés casacional por escrito de 23 de junio de 2015 y por la representación de D.^a Consuelo , que había fallecido el 6 de octubre de 2014. Alegada esta circunstancia por la recurrida en su escrito de personación, se dicta providencia de esta sala por la que se rechaza la alegación de nulidad de la representación de la recurrente y se acepta la personación de D. Faustino , nombrado tutor de D. Ildfonso el 12 de marzo de 2015, con anterioridad a que se dictara la sentencia recurrida.

1.- El recurso se funda en un único motivo en el que denuncia infracción de los arts. 271, 6.º.3 , 1259 y 216 CC y art. 49 CE .

Para justificar el interés casacional aporta las sentencias de esta sala 225/2010, de 22 de abril y 447/2010, de 8 de julio .

Sostiene, en esencia: que la autorización judicial requerida por el art. 271 CC debe ser previa al otorgamiento del contrato; que se trata de una norma imperativa cuyo incumplimiento acarrea la nulidad del acto; que la sentencia recurrida, al admitir la autorización posterior y deducir que comprendía las dos fincas registrales objeto de la permuta, infringe los preceptos citados y no protege el interés del tutelado.

Añade que es irrelevante el plazo transcurrido desde que se otorgó la escritura cuya nulidad se pretende (el 24 de octubre de 2006) y el momento de interposición de la demanda (el 31 de julio de 2013) porque se trata de un acto nulo e inexistente y no es aplicable el plazo de cuatro años previsto en el art. 1301 CC .

2. - D. Narciso y D.^a Trinidad presentan escrito de oposición al recurso en el que sostienen que debió ser inadmitido y en su defecto debe ser desestimado.

Entienden que concurren las siguientes causas de inadmisión: i) fallecimiento de la tutora el 6 de octubre de 2014, antes de que se dictara la sentencia recurrida, por lo que el escrito del recurso adolece de un vicio de nulidad en la representación de la recurrente; ii) inexistencia de interés casacional, al obedecer la acción al intento de obtener la nulidad de unas permutas cuya validez no cuestionaron durante años y que plantean una vez que la empresa que permuta los inmuebles es declarada en concurso y hay riesgo de no alcanzar la finalidad económica de los contratos, lo que evidencia abuso de derecho y fraude de ley; iii) las sentencias invocadas por el recurrente de 22 de abril y 8 de julio de 2010 no presentan identidad suficiente con el caso litigioso, dado que la sentencia recurrida se basa en el abuso de derecho y fraude de ley de la recurrente.

Como causas de oposición, alegan: i) que la demanda se interpuso transcurrido el plazo de cuatro años previsto en los arts. 1301 y 1299 CC, dado que han pasado más de cuatro años desde la firma del contrato impugnado (art. 1969 CC); ii) que debe apreciarse litispendencia y cosa juzgada (arts. 421, 400 y 222 LEC), al estar pendiente de recurso de casación un pleito sobre resolución del contrato de permuta cuya nulidad se pretende por la demandante; iii) que la tutora se comprometió a obtener la autorización judicial y la obtuvo por auto del Juzgado de Primera Instancia de 16 de febrero de 2007; iv) que la sentencia recurrida no es contraria a la doctrina de la sala porque el contrato no es inexistente sino anulable.

TERCERO.- En primer lugar, es preciso dar respuesta a los óbices de inadmisibilidad alegados por la parte recurrida a fin de rechazarlos.

De una parte, por providencia de 21 de septiembre de 2016, se tuvo por personado al nuevo tutor de D. Ildefonso, habida cuenta de que la condición de parte en este procedimiento, como demandante y ahora recurrente, la ostenta el propio D. Ildefonso, en cuanto titular de las fincas enajenadas, si bien al tener modificada judicialmente su capacidad, la representación corresponde a su tutor (arts. 267 CC y 7.2 LEC).

Por otra parte, aun cuando es innegable que el ejercicio de los derechos y acciones debe llevarse a cabo conforme al principio de la buena fe, el reproche que en su caso pudiera efectuarse a la tutora que intervino en el contrato nunca podría perjudicar los intereses del tutelado, que no puede quedar privado de la protección que dispensa el ordenamiento cuando establece la exigencia de un control judicial (sentencia 216/2016, de 20 de abril). Más en un caso en el que, como el presente, el tutor personado en la causa no es ya el mismo tutor que otorgó la escritura (solución consagrada por los arts. 19 y 39 del Código del Derecho foral de Aragón y arts. 222-46 y 236-31 del Código civil de Cataluña).

No puede generalizarse una solución que puntualmente esta sala ha adoptado de manera excepcional, derivada de los hechos del caso, cuando la desestimación de la pretensión del representante legal no causa *per se* perjuicio a los representados. En particular, en casos de menores, que podían ejercer por sí la impugnación del contrato una vez alcanzada la mayoría, lo que no sucede con las personas con capacidad modificada judicialmente que, según la causa, pueden no salir de la tutela. Así, la sentencia 104/1995, de 17 de febrero, rechaza que pueda acogerse la pretensión del padre vendedor de bienes gananciales tras la muerte de su cónyuge sin liquidar ni pedir autorización judicial «si no es con ofensa de un principio, el de buena fe en el ejercicio de los derechos» pero, en cambio, estima el recurso interpuesto por los hijos, codemandados junto a su padre por el comprador, que solicitaba la declaración de validez del contrato, y declara la nulidad del contrato de venta. Con anterioridad, la sentencia 432/1994, de 9 de mayo, que niega que la madre tuviera interés legítimo en instar la nulidad del contrato que ella misma había celebrado con plena conciencia de la necesidad de autorización judicial y que luego impugna por motivos ajenos a la finalidad perseguida por la exigencia legal, deja a salvo la acción que pudiera corresponder a los hijos conforme al art. 1301 CC.

Finalmente, esta sala considera que concurre interés casacional que justifica un pronunciamiento sobre el tipo de ineficacia de que adolecen los actos de enajenación realizados por el representante legal sin previa autorización judicial. Ello porque las sentencias invocadas por la parte recurrente consideran aplicable el art. 6.º.3 CC y califican los actos como inexistentes en tanto que no sean ratificados por el interesado, conforme al art. 1259 CC, de modo que permiten la impugnación de los actos mientras no conste su ratificación, y sin embargo la sentencia en la que se apoya la sentencia recurrida apunta al régimen de la anulabilidad, puesto que admite la confirmación implícita no solo mediante el ejercicio de una acción de resolución por la hija ya mayor y la defensora judicial de sus hermanos, aún menores de edad, sino, sobre todo, por «el claro transcurso del plazo para su pertinente impugnación».

CUARTO.- A efectos de determinar el ámbito objetivo del recurso, conviene precisar algunos datos.

La escritura del contrato de permuta impugnado se otorgó el 24 de octubre de 2006 y se refería a la quinta parte indivisa de dos fincas contiguas. Consta acreditado por certificación del Registro de la Propiedad

referida a una de las fincas que la tutora estaba «autorizada expresamente para el otorgamiento de la misma» en virtud de auto judicial firme de 16 de diciembre de 2007.

La sentencia recurrida entendió que, a pesar de que solo consta que existiera autorización judicial para enajenar una de las fincas registrales, puede considerarse que hubo una autorización implícita para la enajenación de la segunda finca registral.

Para rebatir esta interpretación, la recurrente se limita a sostener que se basa en una mera suposición y contraviene los arts. 271 CC y 49 CE «al no amparar especialmente al incapaz».

Por el contrario, esta sala entiende que la interpretación de la sentencia recurrida resulta ajustada a derecho por las razones que en la misma se exponen. De manera razonable, la Audiencia llega a la conclusión que sostiene a la vista del contenido del contrato de permuta, de la circunstancia de contigüidad de las fincas y de la forma en que se tramitan los expedientes de jurisdicción voluntaria para solicitar la autorización judicial para la enajenación de bienes por el tutor, en los que es preciso proporcionar al juez la información sobre la permuta llevada a cabo. A partir de ahí, la Audiencia concluye que «es obvio» que la autorización judicial para una de las fincas registrales comprendía las dos fincas, dada la unidad económica de ambas en el contrato de permuta que se autorizaba en el auto.

La valoración de la Audiencia Provincial, que no ha sido debidamente impugnada en casación, debe ser mantenida y, en consecuencia, es objeto de casación exclusivamente la cuestión de la impugnación por el tutor del acto realizado sin haber obtenido previa autorización judicial cuando es preceptiva pero cuando la misma ha sido concedida con posterioridad.

QUINTO.- En el caso, el Juzgado estima la demanda y declara la inexistencia del contrato. La Audiencia revoca la sentencia y desestima la demanda. Recurre en casación el tutor como representante legal del titular de las fincas enajenadas.

Por las razones que se exponen a continuación, el recurso de casación se desestima.

1.- La exigencia legal de autorización judicial contenida en el art. 271 CC no va acompañada de un régimen jurídico que de manera expresa precise las consecuencias de la enajenación realizada por el tutor sin autorización judicial.

La teoría de las nulidades de los contratos se caracteriza en la doctrina y la jurisprudencia actuales por un análisis funcional de los regímenes de invalidez que tiene en cuenta la finalidad de las normas y los intereses en juego. Aplicando este planteamiento al supuesto litigioso procede identificar el fundamento y la naturaleza de la exigencia de autorización y ponderar, de acuerdo con los criterios generales de nuestro Derecho, cuál es el tratamiento más adecuado para alcanzar un equilibrio entre la protección de los intereses de la persona sometida a representación legal y la seguridad jurídica.

2.- Dentro del diseño de salvaguarda judicial de la tutela que proclama el art. 216 CC, la ley impone al tutor solicitar autorización para los actos de disposición y gravamen sobre algunos bienes, teniendo en cuenta el doble criterio de su clase y de su valor. Por el criterio de la clase se sujetan al requisito de la autorización judicial la enajenación o gravamen de los inmuebles, con independencia de su valor, por considerarse acto de relevancia suficiente como para requerir un control externo.

A la vista de la regulación del procedimiento dirigido a obtener la autorización judicial que se preveía en el régimen vigente cuando se celebró el contrato de permuta litigioso (arts. 2012 de la LEC 1881, según la redacción dada por la Ley 14/1989, de 29 de mayo), cuyas líneas generales se mantienen en la vigente Ley de la jurisdicción voluntaria, se trata de que el tutor proporcione todos los datos para que el juez pueda tener un cabal conocimiento del acto y pueda valorar su interés. El juez resuelve concediendo o denegando la autorización o aprobación solicitada teniendo en cuenta la justificación ofrecida y valorando su conveniencia para los intereses del menor o persona con capacidad modificada judicialmente (arts. 63 y 65 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria).

Queda claro, por tanto, que la finalidad de la exigencia de autorización judicial para los actos realizados por el tutor no era, en la tradición jurídica del Código civil, ni lo es en la actualidad, la de complementar la capacidad de quien no la tiene plenamente reconocida por el ordenamiento. Se dirige, por el contrario, a garantizar que los actos realizados por el tutor y que pueden comprometer de manera importante la entidad del patrimonio del tutelado se realicen en su interés. Más allá del control genérico de los informes periódicos o de la rendición de cuentas, se trata de que el juez pueda ponderar la necesidad, la conveniencia o la oportunidad de celebrar actos de trascendencia económica y de que los mismos se celebren en beneficio del tutelado,

atendiendo a sus circunstancias personales pero también a criterios objetivos, de lo que con arreglo a un criterio razonable de una persona media puede considerarse útil o no, atendiendo además al momento en el que se realiza el acto.

3.- Tradicionalmente, partiendo de la consideración del art. 271 CC como norma imperativa, cierta doctrina y cierta jurisprudencia calificaron el acto realizado por el representante sin autorización judicial como nulo, con nulidad radical o absoluta, en aplicación del art. 6.º.3 CC . Esta solución debe descartarse por dos motivos.

En primer lugar porque, desde un punto de vista de la naturaleza de la norma, el representante legal que celebra el contrato sin contar con previa autorización no infringe una norma imperativa de las contemplada en el art. 6.º.3 CC , sino que omite uno de los requisitos para la eficacia representativa de sus actos.

En segundo lugar, y sobre todo, porque el régimen de la nulidad absoluta no protege adecuadamente el interés del representado, que es precisamente el que trata de tutelar la norma que impone el control judicial. De una parte porque, según las tesis mayoritarias sobre la nulidad radical o absoluta, posibilitaría en todo caso y sin límite de tiempo a ambas partes contratantes, así como a cualquier tercero interesado, hacer valer la supuesta nulidad. De otra parte porque impediría sanar, convalidar o confirmar actos beneficiosos para el menor o el incapacitado.

4.- Se ha defendido, en segundo lugar, la aplicación del art. 1259 CC a los actos del tutor sin autorización judicial en cuanto actos incompletos, por considerar que el supuesto encaja en el esquema conceptual y normativo de la representación sin poder suficiente.

La representación legal no legitimada por una autorización judicial quedaría asimilada a una representación sin poder. De esta forma, de la misma manera que en la representación sin poder falta la voluntad del *dominus* hasta que se produce la ratificación, en el caso de la representación legal podrían ratificar el acto los propios menores y las personas con la capacidad modificada judicialmente cuando dejaran de estar sometidas a representación legal.

Por esta última solución se inclinaron las sentencias 225/2010, de 22 de abril , y 447/2010, de 8 de julio , citadas por la parte recurrente en apoyo de la calificación del acto como nulo e inexistente por no haber mediado previa autorización judicial ni ratificación posterior por el propio interesado.

Con posterioridad, otras sentencias de esta sala han afirmado dar por buena esta solución, pero no la han considerado aplicable al caso que resolvían. Así, la sentencia 558/2010, de 23 de septiembre , en un caso de los actos de disposición de bienes gananciales efectuados por el tutor sin autorización judicial. A su vez, la ya citada sentencia 440/2014, de 28 de octubre , en un supuesto de venta realizada por el padre como representante de sus hijos menores sin contar con autorización judicial requerida por el art. 166 CC , parte de la sentencia 225/2010, de 22 de abril , pero la «puntualiza», y por razón del principio de conservación de los actos y contratos, admite que los otorgados por el representante legal sin autorización judicial puedan convalidarse mediante la ratificación expresa o tácita «y en su caso, por el transcurso del plazo establecido».

La sentencia impugnada en el presente recurso de casación apoya su decisión en dicha sentencia 440/2014, de 28 de octubre , tras observar que la sentencia de 22 de abril de 2010 en la que se basó el Juzgado ha sido «completada» por aquella que, según la sentencia recurrida, «parece que tiende a la anulabilidad de los actos realizados sin autorización judicial, que es el régimen que se propugnaba en las anteriores sentencias del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 1987 , 9 de mayo de 1994 , 23 de diciembre de 1997 y 3 de marzo de 2006 y que es también el régimen que se adopta en el Derecho catalán».

5.- Frente a la solución de la nulidad radical, la asimilación del acto realizado por el representante legal sin autorización judicial al acto otorgado sin poder permite la ratificación por el menor o el incapacitado cuando dejen de serlo, lo que en principio es favorable a su interés.

Esta postura presenta sin embargo algunos inconvenientes, tanto desde el punto de vista de la protección de los intereses de los menores y personas con discapacidad como desde el punto de vista de la seguridad jurídica.

i) En primer lugar, la aplicación del art. 1259 CC deja abierta la puerta a la revocación por la otra parte del contrato. El tercero, por tanto, podría privar de eficacia al acto antes de que fuese ratificado. Cuando se trata de menores, esta posibilidad resulta poco coherente con la tutela de su interés, pues quedaría en manos del otro contratante la eficacia del acto antes de que alcanzara la mayoría de edad, pero es claramente contraria al interés de las personas con la capacidad modificada judicialmente que no puedan recuperar su capacidad y

que nunca podrían ratificar por sí el acto celebrado por el tutor. Esta objeción podría suavizarse si al menos se admitiera la posibilidad de una autorización judicial posterior al acto, lo que podría considerarse coherente con la estructura de la ratificación del acto sin poder (pero que la sentencia 447/2010, de 8 de julio, tras declarar aplicable el art. 1259 CC, negó).

ii) En segundo lugar, la aplicación del art. 1259 excluye que el ejercicio de la acción de los menores y pupilos para hacer valer los efectos de la nulidad del acto celebrado por el representante quede sometido a plazo. Esa razón fue decisiva para la aplicación del art. 1259 CC en el caso de la sentencia 225/2010, de 22 de abril.

6.- El mismo resultado de la ratificación del acto al amparo del art. 1259 CC, y que es favorable al interés del menor y de la persona con la capacidad modificada judicialmente y sometida a tutela, puede alcanzarse mediante la aplicación del régimen de la anulabilidad, puesto que es posible la confirmación del acto (art. 1309 CC).

Además, la aplicación del régimen de la anulabilidad a los actos del representante legal sin autorización judicial conduce a algunas consecuencias más ponderadas en atención a los intereses en juego.

i) En primer lugar, el régimen de la anulabilidad excluye que el otro contratante revoque el contrato. Otra cosa es que, en su caso, si se dan los presupuestos para ello, pudiera impugnar el contrato demostrando el error (o incluso el dolo) que le llevó a contratar con desconocimiento de que fuera precisa una autorización judicial.

ii) En segundo lugar, el régimen de la anulabilidad somete el ejercicio de la acción de impugnación del contrato a un plazo, de manera coherente con la exigencia constitucional de seguridad jurídica.

El plazo de cuatro años que establece el art. 1301 CC, que literalmente se refiere a los contratos celebrados por los menores e incapacitados, se computa «desde que salieren de tutela», lo que parece pensar, para las personas con la capacidad modificada judicialmente, en la recuperación de la capacidad.

7.- La aplicación del régimen de la anulabilidad, además de por las razones antedichas, viene respaldada ahora por el tenor del art. 61 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria, que se refiere literalmente a la tramitación del expediente en los casos en que el representante legal «necesite autorización o aprobación judicial para la validez de actos de disposición». Aunque se trate de una norma de procedimiento con pretensión de aplicarse en todos los Derechos civiles españoles (disp. final vigésima), entre los que se encuentran el aragonés y el catalán, que expresamente establecen como consecuencia de la falta de autorización necesaria la anulabilidad, el texto refuerza la calificación del acto realizado por el tutor como inválido.

En efecto, partiendo de la «invalidez» (el precepto se refiere a los casos en que se necesite la autorización o aprobación judicial para la «validez» del acto), y descartada la nulidad absoluta por su falta de adecuación a la protección de los intereses de los menores y personas con la capacidad modificada judicialmente, para dar solución a los actos celebrados por el representante legal sin autorización judicial resulta necesario acudir, con las adaptaciones precisas, a la anulabilidad:

i) De una parte porque es el régimen de invalidez al que el legislador ha dotado de la regulación más completa.

ii) De otra parte, y sobre todo, porque por las razones ya expuestas, los criterios aplicables a los contratos celebrados por los propios menores (posibilidad de confirmación y existencia de plazo de impugnación) son los que mejor concilian el interés del menor y del incapacitado y la seguridad jurídica.

iii) Incluso, cabría incluir este supuesto en la literalidad del art. 1301.V CC, pues el precepto se refiere a los «contratos celebrados por los menores o incapacitados»: el representante legal del menor o de la persona con la capacidad modificada judicialmente otorga el acto «por» ellos, en su lugar, en sustitución de los representados.

8.- El resultado práctico que se alcanza mediante la aplicación del régimen de anulabilidad, con las adaptaciones señaladas, por lo demás, no es contradictorio con la solución a la que se llegaría si, desde un planteamiento coherente con el papel que el título y el modo juegan en nuestro ordenamiento en la transmisión de derechos reales, se entendiera que el acto sin previa autorización judicial no es inválido, sino vinculante y obligatorio para las partes, pero es ineficaz como título idóneo para la transmisión del dominio. Ello permitiría su «ratificación» posterior (como dice la sentencia 314/1984, de 21 de mayo, «aunque no pueda calificarse

con propiedad de anulable») pero también la autorización «previa» a la enajenación, considerando entonces que el acto obligacional que sirve de título para la transmisión es válido.

9.- La anulabilidad y la posibilidad de confirmación es compatible también con el control judicial posterior al otorgamiento del acto, lo que excluiría la ulterior acción de impugnación.

En particular, esta sala lo ha admitido cuando en el propio contrato se tiene en cuenta la necesidad de obtener autorización judicial. Así, la sentencia 21/2010, de 16 de febrero, declara:

«El art. 166 CC exige que para la disposición de los actos del menor concorra 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».

Con anterioridad, la sentencia 257/2007, de 2 de marzo, llegó a una solución semejante, al considerar razonable la interpretación de que el contrato celebrado era de «compromiso de compraventa», «atendido el contenido de sus cláusulas en una visión sistemática de las mismas, de las que se pone de manifiesto que la intención de los contratantes fue la de diferir la conclusión de la compraventa de los inmuebles al momento en que el padre de los aquí recurrentes hubiese obtenido la pertinente licencia judicial, requisito que los firmantes del contrato conocían ser necesario para la validez de la compraventa a realizar».

Es cierto que el compromiso previo del tutor no garantiza que el juez conceda la autorización o la aprobación pero, en cualquier caso, una vez obtenida, es evidente que se cumple la finalidad perseguida por la norma de que judicialmente se controle la conveniencia del acto de disposición para el interés del menor o persona con la capacidad modificada judicialmente. También cuando en el contrato no se haya establecido nada al respecto.

SEXTO.- La aplicación de la doctrina expuesta al caso lleva a entender que la sentencia recurrida debe ser confirmada.

Por lo dicho, resulta correcto declarar que la permuta celebrada por la tutora sin previa autorización judicial no es nula de pleno derecho ni inexistente y que la autorización judicial obtenida después de la celebración del contrato impide que prospere una impugnación posterior.

SÉPTIMO.- La desestimación del recurso comporta que las costas del recurso de casación se impongan a la parte recurrente, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 398.1 y 394 LEC.

De conformidad con lo dispuesto en la disp. adicional 15.9 LOPJ, procede la pérdida del depósito constituido para recurrir.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º- Desestimar el recurso de casación interpuesto por D. Faustino, tutor de D. Ildelfonso, contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 9.ª), de 20 de mayo de 2015, dictada en rollo de apelación 665/2014, dimanante de los autos de incidente concursal 966/2013, del Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Valencia.

2.º- Confirmar la sentencia recurrida.

3.º- Condenar a la parte recurrente al pago de las costas causadas por el presente recurso y a la pérdida del depósito constituido para recurrir.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.