



Roj: **SAP M 1978/2014 - ECLI:ES:APM:2014:1978**

Id Cendoj: **28079370192014100027**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **19**

Fecha: **07/02/2014**

Nº de Recurso: **770/2013**

Nº de Resolución: **32/2014**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **EPIFANIO LEGIDO LOPEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 1978/2014,**  
**STS 1654/2016**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Decimonovena

C/ Ferraz, 41 - 28008

Tfno.: 914933816/86/87

37007740

**N.I.G.:** 28.079.00.2-2013/0013473

**Recurso de Apelación 770/2013**

**O. Judicial Origen:** Juzgado de 1ª Instancia nº 61 de Madrid

Autos de Procedimiento Ordinario 1961/2010

**APELANTE:** D./Dña. Agustina y D./Dña. Eliseo

PROCURADOR D./Dña. PILAR CERMEÑO ROCO

**APELADO:** D./Dña. Hugo

PROCURADOR D./Dña. MONICA OCA DE ZAYAS

GESTORA DE CREDITOS E INVERSIONES S.L.

GABINETE DE INVERSIONES CEREZO Y MINAYO S.L.

D./Dña. Eva

**SENTENCIA N° 32**

**PONENTE ILMO. SR. D. EPIFANIO LEGIDO LÓPEZ**

**ILMOS/AS SRES./SRAS. MAGISTRADOS/AS:**

D./Dña. EPIFANIO LEGIDO LÓPEZ

D./Dña. FRANCISCO JAVIER PEÑAS GIL

D./Dña. JOSÉ ZARZUELO DESCALZO

En Madrid, a siete de febrero de dos mil catorce.

La Sección Decimonovena de la Audiencia Provincial de Madrid, compuesta por los Magistrados expresados al margen, ha visto en grado de apelación los autos de juicio ordinario 1961/2010, provenientes del Juzgado



de Primera Instancia número 61 de Madrid, y seguidos sobre nulidad de contratos y reclamación de cantidad entre otros extremos, que han dado lugar en esta alzada al rollo de Sala **770/2013** en el que han sido partes, como apelantes-demandantes doña Agustina y don Eliseo , actuando éste como tutor de D. Jose Pablo , que estuvieron representados por la procuradora doña Pilar Cermeño Roco y defendidos por letrado; y de otra, como apelado-demandado, al tiempo que impugnante, don Hugo , al que representó la procuradora doña Mónica Oca de Zayas y que también estuvo defendido por letrado. Fueron también demandados doña Eva , que permaneció en rebeldía en ambas instancias, y Gabinete de Inversión Cerezo y Minayo s.l. y Gestoría de Créditos e Inversiones s.l., que aun cuando contestaron en su momento a la demanda, luego no han comparecido en la alzada.

Visto, siendo ponente el magistrado ilustrísimo señor don EPIFANIO LEGIDO LÓPEZ, que expresa el común parecer de este tribunal.

## I.- ANTECEDENTES DE HECHO

Se dan por reproducidos los que contiene la sentencia apelada en cuanto se relacionen con esta resolución y PRIMERO .- Con fecha 17 junio 2013 el Juzgado de 1ª Instancia número 61 de Madrid en los autos de que dimana este rollo de Sala, dictó sentencia cuyo fallo es del tenor literal siguiente: "Que debo desestimar y desestimo la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. Cermeño Roco, en nombre y representación de Agustina y Eliseo (interviniendo este último como tutor de Jose Pablo ), absolviendo de los pedimentos contenidos en la misma a Eva , Hugo , Gabinete de Inversiones Cerezo y Minayo SL, y Gestora de Créditos e Inversiones SL, con imposición a los demandantes del pago de las costas causadas."

SEGUNDO.- Notificada la sentencia a las partes se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandante que formalizó adecuadamente (folios 475 y siguientes) y del que, tras ser admitido a trámite, se dio traslado a la contraparte, que se opuso al mismo (507 y siguientes), y, al propio tiempo, impugnó también la sentencia en cuanto que no había acogido la prescripción de las acciones de nulidad ejercitadas, remitiéndose luego los autos principales a este Tribunal en el que de inmediato se abrió el correspondiente rollo de Sala.

TERCERO.- En esta alzada para cuya deliberación, votación y fallo se señaló el 3 de los corrientes, se han observado las prescripciones legales.

## II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO:

Se dan por reproducidos los que contiene la sentencia apelada en cuanto no se opongan a los que a continuación se insertan y

PRIMERO: *Problemática suscitada en el litigio y respuesta dada por la sentencia dictada en la instancia:*

La representación procesal de doña Agustina y de don Eliseo , que actúa como tutor de don Jose Pablo , formuló demanda solicitando la nulidad de pleno derecho de los contratos de constitución de hipoteca de 19 abril 2002 (dos de los repetidos contratos), y de 31 marzo del mismo año, así como de los procedimientos de ejecución hipotecaria 1297/2003 ( juzgado de primera instancia número cuatro de Valladolid), 738/2005 (seis de Valladolid ) y 400/2005 (uno de Valladolid.), no sólo por haber intervenido doña Agustina en nombre de su marido, incapacitado, sin autorización judicial, como también porque se establecieron intereses moratorios del 25% que deben ser llevados a la ley usura; al propio tiempo interesaba la nulidad de pleno derecho y cancelación de los asientos registrales que se detallan y la condena del demandado don Hugo a abonar al demandante 110.000 €, todo ello con la imposición de las cosas de la primera instancia a la demandada.

A la demanda se pusieron los demandados:

A.- D. Hugo esgrimió falta de litis consorcio pasivo necesario, al no haber sido traído al litigio a don Gabino -último adquirente de la vivienda a que se refiere el procedimiento-, prescripción de la acción y, dentro ya del fondo del asunto, peticionaba la desestimación de la demanda, y

b.- También se opusieron a la demanda Gabinete de Inversiones Cerezo y Minayo sociedad limitada y Gestora de Créditos e Inversiones sociedad limitada, permaneciendo en rebeldía doña Eva .

El juzgador de instancia desestimó la demanda, alzándose contra la sentencia, como seguidamente se expresa, los demandantes doña Agustina y don Eliseo , que actúa en representación del incapacitado (su padre) don Jose Pablo .

Al recurso se opuso la contraparte



SEGUNDO: *Contenido esencial del recurso devolutivo interpuesto y de oposición al mismo:*

Hace descansar el recurso la parte demandante en los motivos siguientes:

- 1.- Incongruencia de la sentencia al tratar una acción de rescisión no ejercitada ni discutida, con lo que se habría infringido el artículo 459 de la ley procesal civil .
- 2.- La acción ejercitada de nulidad se basa en la falta de consentimiento por parte de don Jose Pablo y por la falta de autorización judicial, con mención de los preceptos que entiendo se infringen.
- 3.- Son también nulas las hipotecas por garantizar un contrato de préstamo usurario; porque si son nulos los contratos de préstamo también lo serán los de las garantías accesorias, como es la hipoteca.
- 4.- Si son nulas las hipotecas también lo serán los procedimientos hipotecarios tramitados ante los juzgados de primera instancia números cuatro, 6, 4 y 1 de Valladolid, y
- 5.- Las costas deberán regirse por lo dispuesto en los artículos 394 y 398 de la ley de enjuiciamiento civil .

Terminaba reproduciendo el contenido de los suplico de la demanda originaria y de la ampliatoria en relación con la nulidad de los contratos de hipoteca, nulidad de los procedimientos de ejecución hipotecaria, cancelación de asientos registrales, condena a don Hugo en la cantidad de 110.000 ? e imposición de costas a la demandada.

A los recursos se opuso la contraparte, que resalta la negligencia del tutor, de manera que no se darían la nulidad solicitada por el demandante, ni de las hipotecas ni de los procedimientos hipotecarios, para impugnar también la sentencia y solicitar que se acoja la prescripción de las acciones que esgrimió en su contestación a la demanda

TERCERO: *Hechos acreditados desde la prueba practicada en la instancia :*

La prueba practicada en la instancia permite tener por acreditados los siguientes hechos:

A.- Adquisición de la vivienda de la AVENIDA000 número NUM000 , NUM001 NUM002 , de Valladolid ya incapacitado el esposo, que lo es por sentencia de 6 febrero 2001 , cuando la vivienda se adquiere el 18 diciembre del propio año.

B.- Intervención del esposo en las escrituras de constitución de las hipotecas y los correspondientes préstamos hipotecarios junto con la tutora, su esposa, que siempre ocultó los datos de la incapacitación, exhibiéndose en dos de las hipotecas, para su identificación, los documentos nacionales de identidad, y en la tercera, siendo identificados por testigos, y siempre con el juicio notarial favorable de la capacidad de los comparecientes.

C.- Constitución de las hipotecas cambiarias en las que también intervienen, como primera tenedora de las letras, doña Eva y como endosatarias-luego ejecutantes- Gabinete de Inversión Cerezo y Minayo sociedad limitada y Gestoría de Créditos e Inversiones s.l..

D.- Seguimiento de los procedimientos hipotecarios en 1297/2003 -primera instancia número cuatro de Valladolid-, 738/2005 - primera instancia seis de Valladolid- y 400/2005 -primera instancia número uno de Valladolid-, acabando el primero con el pago de la cifra reclamada en el mismo y archivándose los otros dos tras haberse adjudicado (en el tercer procedimiento), previa cesión del remate, a D. Hugo el piso situado en la AVENIDA000 número de Valladolid.

D.- La primitiva tutora doña Agustina , fue sustituida posteriormente por su hijo, que también lo es de D Jose Pablo , don Eliseo , en 20 enero 2004.

E.- No se acreditaron los datos que se recogían en la demanda respeto de que los demandantes entregaron, de modo sucesivo, determinadas cantidades de dinero a tercero, que luego les gestionó en Madrid los préstamos hipotecarios.

F.- Se siguió procedimiento penal (diligencias previas 4553/2006, juzgado de instrucción número 14 de Madrid) que finalizó sobreseído -auto 1 de febrero de 2008 - y sin exigencia, por tanto, de responsabilidad penal.

G.- Los demandantes reconocen la existencia de las hipotecas cambiarias (que se concertaron por las cantidades, respectivamente, de 12.020,24 ?, 34.918,80 ? y 34.209, 61 ?) aun cuando, como hemos visto, solicitan su nulidad por no haber contado doña Agustina con la autorización judicial y por contener las hipotecas intereses moratorios a incardinar, sobre una recurrente, en la ley usura.

CUARTO: *Denegación de la denunciada incongruencia de la sentencia :*

El órgano jurisdiccional de instancia cuando estudia la problemática suscitada, obiter dicta, acudió a distintas instituciones del código civil para resaltar la importancia de la intervención de la tutora, que consintió, no



obstante estar incapacitado su esposo, activar junto a él, ocultando este dato esencial, la adquisición del bien inmueble a que se refiere el procedimiento (fue adquirido en 18 diciembre 2001 cuando había sido don Jose Pablo incapacitado el 6 febrero del propio año) y la constitución sobre aquel bien inmueble hasta tres gravámenes diferentes, que también se consintieron, ciertamente, por el nuevo tutor, que asume las funciones propias del cargo el 20 enero del año 2004, pues solo se interpone la demanda en 28 septiembre del año 2010. Insistimos, por tanto, que el juzgador de instancia está examinando la acción de nulidad que había esgrimido la parte demandante, y para ello acude a distintas instituciones dentro del código civil, entre otros la rescisión, pero no está rechazando una acción rescisoria, que nunca ejercitó la parte demandante, por lo que no es posible introducir en el proceso acción conectada con el artículo 1291.1 del código civil, 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 Agustina (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 Agustina -, que son actos de gravamen de bienes inmuebles recogidos en el número 2 del artículo 271 del propio código.

Por tanto no a la incongruencia, que se recoge en el primero de los motivos del recurso, pues la sentencia expresa la razones fácticas y jurídicas que tiene para desestimar la demanda, lo que permitió a la parte demandante, ciertamente, articular el recurso de apelación que tuvo por conveniente.

No cambia el órgano jurisdiccional la causa de pedir ex artículo 218, de la ley procesal civil, pues respeta tanto los componentes fácticos como jurídicos que se habían llevado a la demanda, para luego acudir, como se vio, al principio de que el derecho lo conocen los Jueces y Magistrados.

En definitiva la sentencia dictada en la instancia es congruente con lo peticionado por la parte demandante.

QUINTO: De la imposibilidad de examinar en la alzada la prescripción de la acción que en sede impugnación de la sentencia recoge la representación procesal de don Hugo :

Sólo puede recurrir en apelación el litigante respecto del cual hubiese sido desfavorable la sentencia dictada en la instancia, debiendo estar, para definir y caracterizar la existencia del gravamen, a la parte dispositiva de la sentencia, que no a su argumentación jurídica; y si la sentencia es absolutoria para don Hugo, no es factible, consecuentemente, al carecer de gravamen, impugnar sentencia que le es total y absolutamente favorable, bastándonos con traer aquí a colación el contenido del artículo 448 de la ley enjuiciamiento civil en su párrafo primero, y la doctrina científica y la propia jurisprudencia sobre el particular; criterio este que se aplica con permanente frecuencia por esta Sección 19ª de la Audiencia Provincial de Madrid, aquí radica, precisamente, la legitimación para formular el recurso de apelación, que viene implícitamente exigida en el artículo 456. 1 de la misma ley.

Nadie duda, de otra parte, que la caducidad de la acción de nulidad tiene lugar transcurridos cuatro años desde el momento en que la repetida acción hubiera podido ejercitarse, resaltando, a estos fines, el artículo 1301 del código civil, en su inciso cuarto, que cuando la acción se refiere a los contratos celebrados por incapacitados, desde que salieron de la tutela; obsérvese que propio código habla de contratos celebrados por los incapacitados, no por el tutor sin la autorización judicial, cuando el propio tutor, en nuestro caso tutora, era consciente de que su esposo, tutelado, estaba incapacitado, lo que no supuso obstáculo para adquirir la vivienda y luego otorgar las tres escrituras de hipoteca.

Nosotros, en la medida de que no podemos entrar, por impedirlo los preceptos ya referidos previamente de la ley de enjuiciamiento civil, esto es el artículo 448 y 456.1, dejamos ya de estudiar lo que es la caducidad de la acción de nulidad, que puede acogerse de oficio, según ha reiterado la doctrina, indudablemente en primera instancia, y que no se interrumpe, a diferencia de lo que ocurre con la prescripción (remitimos para la diferenciación de la caducidad de la prescripción a la propia regulación de esta última en los artículos 1930 y siguientes del código civil); no sin resaltar -finalmente- que respecto de don Jose Pablo se produjo una sustitución del tutor en 20 enero del año 2004 lo que pudo posibilitar, ciertamente, el ejercicio de las acciones que luego se llevaron al proceso que nos encontramos.

SEXO.- *De la actuación de los demandantes -desde los datos expuestos- en el otorgamiento de los contratos de hipoteca y en los procedimientos de ejecución hipotecaria que constan en los autos y siempre dentro de la institución de la tutela:*

6.1.- *Datos fácticos de interés:*

Hemos dejado ya constancia de:

\*La incapacitación de don Jose Pablo en 6/02/2011.



\*La designación sucesiva, como tutores, de doña Agustina (Juzgado de 1ª Instancia número 6 de Valladolid) y don Eliseo (20/01/2004), esposa e hijo respectivamente del señor Jose Pablo

\*La intervención de la esposa doña Agustina - junto con don Jose Pablo -, tanto en la adquisición del bien inmueble luego hipotecado (18/12/2001), como en los contratos de hipoteca (dos en 19/04/2002 y una tercera en 31/10/2002) y en los procedimientos de ejecución hipotecaria derivantes del incumplimiento de las obligaciones asumidas en los precitados contratos (1297/2005 -Juzgado número 4 de Valladolid-, 738/2005, 1ª Instancia 6 de la misma ciudad y 400/2005, Primera Instancia 1).

#### 6.2 De la regulación de la tutela en cuanto interesa a este procedimiento :

Se ocupa el código civil de la regulación de la tutela en el título X del libro I, resaltando el artículo 216 que las funciones tutelares constituyen un deber, se ejercerán en beneficio del tutelado y estarán bajo la salvaguarda de la autoridad judicial, al tiempo que (artículo 218) las resoluciones judiciales sobre los cargos tutelares y de curatela habrán de inscribirse en el registro civil.

Se prohíbe a los tutores (artículo 221, apartado segundo), representar al tutelado cuando en el mismo acto intervenga en nombre propio y existiere conflicto de intereses.

La delación de la tutela se asigna (234) al cónyuge que conviva con el tutelado, para ya, dentro del ejercicio de la tutela, dejar el código civil determinado que el tutor necesita autorización judicial (nuestro régimen tutelar pasó de la tutela de familia -consejo de familia- a la tutela de autoridad, como claramente se infiere del citado artículo 216) , según especifica el número dos del artículo 271 -artículo éste del código civil -para enajenar o gravar bienes inmuebles o realizar actos que tengan carácter dispositivo y sean susceptibles de inscripción; autorización judicial que se hace también necesaria en los casos de los artículos 1377.2 , 1378 y 1388, todos ellos del mismo código .

En relación con el artículo 1377 del código civil , que se inserta, como los que preceden, dentro del régimen patrimonial del matrimonio, sociedad de gananciales, es doctrina reiterada de la Sala Primera del Tribunal Supremo que la falta de consentimiento uxoris ha de encuadrarse dentro de la anulabilidad o nulidad relativa y no dentro de la absoluta nulidad de pleno derecho y que mientras ésta puede hacerse valer por vía de acción o de excepción, aquélla sólo se puede hacer valer accionando - sentencia de 6 octubre 1988 que cita la de 21 mayo 1987-.

Detallan las sentencias de 5 mayo 1986 , 20 febrero y 6 octubre 1988 , 26 junio 1989 , 20 junio 21 noviembre 1991 y 22 diciembre 1992 , entre otras- que la de la venta de un bien inmueble ganancial (disposición a título oneroso) por uno de los cónyuges sin el consentimiento del otro no es nula de pleno derecho, sino simplemente anulable a instancia del cónyuge que no concurrió a prestar su consentimiento o de sus herederos, no a instancia del que vendió ni de la persona que con él contrató, por lo que si acción de anulabilidad no se ejercita, el contrato es plenamente válido y vinculante para los que lo concertaron; todo ello, sin perjuicio de que el consentimiento de los cónyuges, cuando concurre el expreso del otro, pueda revestir forma tácita o presunta, tanto por su asentimiento, como por aquietamiento a la actividad dispositiva materializada por el otro, pero con apoyo de las voluntades coincidentes de ambos ( sentencias 6 octubre 1982 , 6 diciembre 1983 y 20 junio 1991 )..

El código civil, tanto en los supuestos del artículo 1389 como en el artículo 271, exige la autorización judicial, de manera que lo verdaderamente trascendente, a nuestros efectos, es qué calificación hayan de merecer los contratos celebrados por doña Agustina , por sí, y como tutora de su esposo (también presente en el acto el otorgamiento de los contratos, don Jose Pablo ), con la ocultación de que este último estaba incapacitado y de que ella actuaba como tutora del mismo (se verá luego que el criterio de esta Sala es el de la anulabilidad), pues de haber insinuado esa problemática el notario hubiera cambiado la específica valoración sobre la concreta capacidad de los otorgantes de las escrituras públicas de constitución de hipoteca.

No se debe olvidar que es perfectamente factible la reclamación que pudiera articular el tutelado o pupilo tras recobrar la capacidad o cuando se modifique la tutela, frente a quien intervino en los contratos desoyendo la incapacitación, que conocía, y contratando con terceros que actuaron de buena fe en los contratos aludidos, de aquí que resulte extraño que el tutor que tomó posesión en 20 enero 2004 no ejercitase pretensión alguna sobre particular respecto de cuantos contratos se habían celebrado - con la decisiva intervención de doña Agustina - sin la autorización judicial exigida por el artículo 271 del código civil, de manera que resulta evidente, insistiremos en este extremo, la necesidad de acudir a la doctrina de los actos propios.

**SÉPTIMO** *La caracterización de la nulidad en nuestro ordenamiento jurídico civil en relación con los contratos de hipoteca concertados y los procedimientos hipotecarios derivantes de los mismos:*





Podemos anticipar que no es posible jurídicamente decretar la nulidad de los tres contratos de hipoteca que constan en los autos, tanto de la nulidad radical o absoluta como de la nulidad relativa; la primera porque en los contratos de hipoteca resultó vinculada, por su propio consentimiento doña Agustina, gravando los bienes gananciales de la sociedad de esta clase que formaba con su esposo don Jose Pablo; luego se darían, respecto de ésta, la totalidad de los requisitos para la propia existencia de los contratos que detalla el artículo 1261 del código civil; al propio tiempo la anulabilidad, por falta de autorización judicial del acto traslativo en lo que se refiere a la persona sujeta a tutela, habría quedado subsanada por todos los actos propios de sendos tutores a lo largo de 9 años, pues como ya dijimos la demanda se interpone el 28 septiembre del año 2010 y la tutela se constituye el 6 febrero del año 2001, habiendo, de otra parte,, desde que se modificó la tutela (año 2004) transcurrido los cuatro años, cuyo plazo de caducidad recoge el artículo 1301 del código civil, sin olvidar, y éste dato lo ha reiterado la jurisprudencia hasta la saciedad (sentencias de 14 marzo 2000, 29 mayo 2008 y 30 mayo y 9 mayo también de 2008) que la repetida caducidad -argumento este que se utiliza a mayor abundamiento, pues ya dijimos que la alzada no era posible entrar a examinarlo con efecto decisorio porque la sentencia no contenía gravamen, en su fallo, para la parte apelada, que luego impugna la repetida sentencia- se refiere a la nulidad relativa, que no a la nulidad radical, que es definitiva y que no puede subsanarse con el paso del tiempo; es, expresa la sentencia del 4 noviembre 1996, la repetida nulidad absoluta "perpetua e insanable".

Ni que decir tiene que la nulidad, ya la absoluta o la relativa produce sus efectos ex tunc, que no ex nunc, recogido, en la interpretación del artículo 1303 del código civil, por la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo y así, por todas, la sentencia de 23 junio 2008, especifica que "si a consecuencia del negocio jurídico declarado nulo hubo entrega de la cosa de una parte a otra o ambas recíprocamente, deben restituirse las mismas cosas in natura y, si no es posible, su equivalente económico con sus frutos e intereses que se hayan producido". Y es que la finalidad del artículo 1303 es "que las personas afectadas vuelvan a tener la misma situación personal y patrimonial anterior al efecto convalidador, evitando el enriquecimiento injusto de una de ellas a costa de la otra (sentencias de 23 junio 2008, 12 noviembre 2010 y 5 marzo también del año 2010); doctrina la que precede que evidencia la contradictoria posición de la parte demandante, que solicita la nulidad de las hipotecas, de los procedimientos hipotecarios, la cancelación de las inscripciones y el abono de 110.000 ? con cargo a don Hugo, olvidando que recibió los préstamos que aparecen en las escrituras de constitución de la hipotecas, que según reconoce la parte demandante "ciertamente existen".

Porque la anulabilidad la patrocinó la propia tutora cuando intervino, primero en la adquisición del inmueble para la sociedad de gananciales, y después en los distintos contratos de hipoteca -que también gravaban a los bienes propiamente gananciales- ocultando la específica situación de su marido, que había sido declarado judicialmente en situación de incapacitación, deberá de asumir las consecuencias de sus propios actos, incluso desde la doctrina misma de los actos propios. Los contratos de hipotecas se celebraron, al igual que la adquisición originaria de la vivienda, porque así lo deseó la esposa, que conociendo la incapacitación del marido no la puso en conocimiento de los distintos notarios intervinientes en los documentos públicos a que se refiere el procedimiento, como tampoco ante los distintos juzgados de Valladolid que conocieron de los procedimientos de ejecución hipotecaria, en los que no se hizo valer, que consta en estos autos, la nulidad del título respecto de los contratos en los que intervino don Jose Pablo, de aquí que el juzgador de instancia inadmitiese ad limine litis la demanda, resolución luego revocada por la Audiencia Provincial, que no excluyó, ciertamente, la posibilidad de esgrimir, desde la regulación de la ejecución hipotecaria que se introdujo por la ley de enjuiciamiento civil 1/2000 en los artículos 681 y siguientes, los motivos de oposición que la propia ley establece dentro del mismo procedimiento de ejecución hipotecaria, y aun cuando, como no desconoce esta Sala- el artículo 698, ofrece la posibilidad de que cualquier reclamación que el deudor, el tercer poseedor y cualquier interesado puedan formular y que no se halle comprendida en los artículos anteriores, incluso las que versan sobre nulidad del título o sobre el vencimiento, certeza, extinción o cuantía de la deuda, se ventilen en el juicio que corresponda, sin producir nunca el efecto de suspender ni entorpecer el procedimiento que se entable en el presente capítulo; norma también que puede, perfectamente, ser relacionada con el artículo 561, de la misma ley del procesal civil, que deja constancia de que el auto resolutorio de la oposición por motivos de fondo se dicta "a los efectos de la ejecución".

Y es que quien consiente la intervención del incapacitado en negocios jurídicos que afecten a éste y a la propia tutora de modo personal, no puede luego, cuando no se suministran datos sobre la incapacitación, y aunque se dé un cambio de tutor -que también consintió los contratos ya referidos-, activar acciones civiles sobre situaciones consolidadas, máxime teniendo en cuenta las distintas actuaciones que constan en estos autos, como la referencia al correspondiente procedimiento penal y a los procedimientos de ejecución hipotecaria, y que en uno de los cuales, los hoy demandantes, cumplieron con las obligaciones derivantes de la primera de las hipotecas cambiarias concertadas.

En el sentido expuesto se expresa la sentencia del Tribunal Supremo, de 8 de julio de 2010, que relacionó con sentencia, también de la Sala Primera, de 22 abril 2010, que, respecto de un supuesto de actos realizados



por el padre sin autorización judicial - supuesto distinto al estudiado en este litigio pues en nuestro caso doña Agustina actúa por sí, al tiempo que como tutora de su marido, ocultando este dato- concluye que, 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. 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 el mismo sentido se habían pronunciado previamente las sentencias de la misma Sala Primera del Tribunal Supremo de 3 marzo 2006 y 22 abril de 2010 y, posteriormente, la sentencia de 8 julio 2010 , la también sentencia de 29 septiembre del mismo año 2010.

Hemos de citar también, en este sentido, sentencias de las Audiencias Provinciales de Madrid (28 diciembre 2007 ), Alicante, 21 septiembre 2009 y la Audiencia Provincial de Baleares que en su sentencia de 30 de junio de 2001 , cita sentencias del Tribunal Supremo como la de 9 marzo 1994 .

En consecuencia, doña Agustina siempre tendrá que asumir las obligaciones derivantes de su plena y capaz intervención en los contratos a que se refiere al procedimiento, al tiempo que no será ya posible acudir a la anulabilidad, en cuanto a la falta de autorización judicial para la persona que estaba sujeta tutela por incapacitación, por haberse consentido, manifiestamente, tanto la adquisición de la vivienda de la AVENIDA000 número NUM000 de Valladolid como de las hipotecas luego concertadas por la propia tutora y, especialmente- este dato tiene una importancia decisiva- por haber sucedido lo propio desde que fue designado tutor el hijo de don Jose Pablo , que a su vez lo es también de doña Agustina ; no se olvide, finalmente, que la anulabilidad, en su más genuina caracterización, está representando una situación de inseguridad jurídica que debe ser resuelta y finiquitada con los medios que el ordenamiento jurídico establece.

En cuanto a la doctrina de los actos propios traemos a colación el contenido de la sentencia de 3 diciembre 2013 que transcribe las también sentencias de 31 enero 1995 y 21 junio del año 2011 , y que se expresan así: "la doctrina de los actos propios, con fundamento en la protección de la confianza y la regla de la buena fe, se formula en el sentido de que "quien crea en una persona una confianza en una determinada situación aparente y la induce por ello a obrar en un determinado sentido, sobre la base en la que ha confiado, no puede además pretender que aquella situación era ficticia y que lo que debe prevalecer es la situación real" ( SSTS 12-3-08 y 21-4-06 ), exigiéndose que tales actos sean expresión inequívoca del consentimiento ( SSTS 7- 6-10 , 20-10-05 y 22-1-97 ) o que resulten inequívocos, no procediendo su alegación cuando los actos están viciados por error o conocimiento equivocado ( SSTS 8-5-06 y 21-1-95 ), de modo que debe constatarse la incompatibilidad o contradicción entre la conducta precedente y la actual ( SSTS 25-3-07 y 30-1-99 ) y no ha de existir ningún margen de error por haber actuado el sujeto con plena conciencia para producir o modificar un derecho ( SSTS 12-7-97 y 27-1-96 ).

Anteriormente, decía lo mismo la del 27 enero 1996 en estos términos: "es doctrina reiterada de esta Sala la de que los "actos propios" han de tener como fin la creación, modificación o extinción de algún derecho, sin que en la conducta del agente exista ningún margen de error por haber actuado con plena conciencia para producir o modificar un derecho ( Sentencia de 17 de noviembre de 1994 y las en ella citadas).

**OCTAVO:** *De las consecuencias para los contratos de hipoteca de la fijación del interés moratorio el 25% :*

Indudablemente el que un contrato, como el de hipoteca, contenga una cláusula, en materia de intereses moratorios, que pueda ser calificada de abusiva, no supone, en principio y teniendo en cuenta las características del caso, que todo el contrato haya de ser declarado nulo y sin efecto alguno para quienes intervinieron en el mismo, siendo factible, en estos casos, proceder a una reducción de los intereses moratorios, que aun siendo abusivos, no tendrían encaje en la ley de usura, pues los intereses a que se refiere esta norma son los remuneratorios y nunca los moratorios; pero la posible reducción de los intereses, para el caso de que la acción de anulabilidad no hubiese caducado ex artículo 1301 del código civil o para el supuesto de que la relación jurídica no estuviese consolidada por los actos propios, tampoco la podría acoger esta Sala pues la parte pide la nulidad sin más y no ofrece la posibilidad de la repetida moderación en la cuantía de los intereses, lo que ha de relacionarse con los principios que rigen el proceso civil y que son, como es sabido, el de instancia de parte, contradicción e igualdad jurídica de armas.

Como no traer aquí a colación las distintas resoluciones dictadas por esta Sección 19ª sobre la materia a que nos estamos refiriendo, teniendo cuenta el caso concreto, lo que le ha llevado a moderar, en algún caso, los repetidos intereses en función del contenido de la ley de crédito al consumo o de la reciente modificación de la ley hipotecaria o a decretar la nulidad radical del contrato en supuestos excepcionales.

**NOVENO:** *Subsunición de los hechos en la normativa aplicable. Desestimación del recurso:*



Desde cuanto queda expuesto desestimamos el recurso devolutivo interpuesto y, consecuentemente, se acuerda no haber lugar ni a la nulidad radical de los contratos como tampoco a la anulabilidad de los mismos; contratos que consintieron los demandantes en la producción de sus plenos efectos, ocultando, en nuestro caso concreto la tutora, datos esenciales sobre la situación de su esposo, y en específicamente el esencial de su incapacitación, para el nuevo tutor, no obstante conocer los hechos (no se olvide que don Eliseo es hijo de doña Agustina y don Jose Pablo ) no desplegar actuación alguna -en el campo procesal civil- al respecto desde que tomase posesión de su cargo en el año 2004.

DÉCIMO: *Régimen de costas* :

La desestimación del recurso comporta el que se impongan las costas producidas en el mismo a quien lo promovió, debiendo hacerse lo propio en cuanto a la impugnación, también desestimada, todo ello desde cuanto establece el artículo 398 de la ley de enjuiciamiento civil .

Visto los preceptos citados, concordantes y demás del general aplicación

### III.- FALLAMOS:

Que, desestimando el recurso de apelación formulado doña Agustina y don Eliseo , actuando éste como tutor de D. Jose Pablo , que estuvieron representados por la procuradora doña Pilar Cermeño Roco, al que se opuso don Hugo , al que representó la procuradora doña Mónica Oca de Zayas, y haciendo lo propio, esto es desestimando, la impugnación articulada por este último, ambos recurso e impugnación contra la sentencia dictada por el juzgado de primera instancia número 61 de Madrid (juicio ordinario en 1961/2010) en 17 de junio de 2013, debemos confirmar, como desde la argumentación expuesta confirmamos, la repetida resolución, con expresa imposición de las cosas producidas en la alzada a su promotor, al tiempo que se imponen también al impugnante las que deriven de la propia impugnación.

**MODO DE IMPUGNACION:** Contra esta Sentencia no cabe recurso ordinario alguno, sin perjuicio de que contra la misma puedan interponerse aquellos extraordinarios de casación o infracción procesal, si concurre alguno de los supuestos previstos en los artículos 469 y 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , en el plazo de veinte días y ante esta misma Sala, previa constitución, en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial , debiendo ser consignado el mismo en la cuenta de depósitos y consignaciones de esta Sección, abierta en Banesto Oficina Nº 1036 sita en la calle Ferraz nº 43, 28008 Madrid , con el número de cuenta 2837-0000-00-0770-13, bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado.

A los efectos previstos en los artículos 471 y 481-2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se hace saber a la parte que, de necesitarla, podrá solicitar de este Tribunal la certificación de la sentencia que previenen tales preceptos. De no verificarlo así se entregará al recurrente, en su caso con el emplazamiento para ante el Tribunal Supremo.

Asimismo se deberá aportar debidamente diligenciado el modelo 696 relativo a la tasa judicial correspondiente a los recursos de que se trate, en los casos en que proceda.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACION.**- Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándosele publicidad en legal forma y expidiéndose certificación literal de la misma para su unión al rollo. Doy fe.