

**COMENTARIO DE LA SENTENCIA
DEL TRIBUNAL SUPREMO
DE 10 DE ENERO DE 2018 (2/2018)**

**Acto dispositivo realizado
por el tutor sin la previa autorización judicial**

Comentario a cargo de:
IGNACIO GOMÁ LANZÓN
Notario de Madrid

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 10 DE ENERO DE 2018

Roj: STS 56/2018 - **ECLI:** ES:TS:2018:56

ID CENDOJ: 28079119912018100002

PONENTE: EXCMA. SRA. DOÑA MARÍA DE LOS ÁNGELES PARRA LUCÁN

Asunto: La tutora de una persona incapacitada, que es titular de una quinta parte indivisa de dos fincas, otorga, en escritura pública, un contrato de permuta de las mismas a cambio de unas viviendas en el edificio que habría de construir una sociedad más adelante. En ese momento no dispone de la autorización previa exigida por el art. 271 del CC, pero se prevé en la escritura esa circunstancia y la tutora adquiere la obligación de obtenerla, lo que hace a los pocos meses. La sociedad cae en concurso tiempo después y la misma tutora impugna la permuta por faltar en el momento del otorgamiento la autorización judicial, que debía haber sido previa, y por otras razones procesales.

La sentencia, de entre las diversas posiciones que la Sala ha tenido en el tiempo –la de la nulidad, la del acto incompleto y la de la anulabilidad– se decanta por la tesis del acto anulable, y entiende que la autorización posterior confirma el acto.

Sumario: **1. Resumen de los hechos. 2. Solución dada en primera instancia. 3. Solución dada en apelación. 4. Los motivos de casación alegados. 5. Doctrina del Tribunal Supremo:** 5.1. ¿Nulidad, anulabilidad, inexistencia? 5.2. La venta por el representante legal sin la previa y preceptiva autorización judicial. 5.3. ¿La anulabilidad es la solución? Sobre el negocio incompleto. 5.4. Conclusión. **6. Bibliografía.**

1. Resumen de los hechos

El 24 de octubre de 2006 se autoriza una escritura de permuta de dos fincas, en las que un incapaz, don Ildefonso, tiene una quinta parte, a cambio viviendas en el edificio que construiría la otra parte permutante, una sociedad limitada llamada Invercasa SL. En el acto, el incapaz es representado por su tutora, doña Consuelo, que no cuenta, en ese momento, con la autorización judicial que exige el artículo 271 del Código civil. No obstante, en la escritura se hace constar esa circunstancia, expresando el notario: “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”. La tutora cumple con el compromiso adquirido y solicita la autorización, que es obtenida mediante auto del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Quart de Poblet, de 16 de febrero de 2007, es decir, cinco meses después del otorgamiento de la escritura, que es inscrita finalmente en el registro de la propiedad.

El 31 de julio de 2013, doña Consuelo, la misma tutora que había otorgado la escritura en representación de su tutelado interpuso ante el Juzgado de lo Mercantil número 3 de Valencia demanda de nulidad de la permuta por falta de la preceptiva autorización judicial contra la sociedad permutante, Invercasa, SL que, es de suponer (aunque no se indica), no habría cumplido su obligación de entregar las viviendas construidas y era muy poco probable que pudiera hacerlo en el futuro o que pudiera indemnizar totalmente el daño causado, porque en ese momento se encontraba en situación de concurso.

2. Solución dada en primera instancia

La demanda se apoya en que faltó en el momento de la permuta la autorización judicial previa requerida por el art. 271 CC, lo que determinaba la aplicación del art. 1259 CC y la necesidad de la subsiguiente ratificación que, al no haberse producido, generaba la nulidad solicitada, sin que pueda dicha autorización obtenerse a posteriori, como señaló la sentencia de 22 de abril de 2010. A consecuencia de ello se solicitaba también la nulidad de las permutas de las

demás cuotas indivisas no pertenecientes al incapaz, por ser actos conexos y coligados, y de las hipotecas constituidas con posterioridad por Invercasa SL.

La demanda se interpone contra Invercasa SL, que se encontraba en situación de concurso. El administrador concursal se opone alegando la falta de representación para impugnar las demás permutas; litispendencia, por existir otros procedimiento de resolución del contrato litigioso; cosa juzgada, por la existencia de autorización, y transcurso del plazo de cuatro años para el ejercicio de la acción. Como argumento fundamental se aduce que se solicitó y se obtuvo autorización judicial con posterioridad a la firma de la escritura, lo que hace el negocio válido y eficaz. D. Narciso y D^a. Trinidad, solicitantes del concurso necesario de Invercasa se oponen a la demanda con argumentos muy similares.

El Magistrado-Juez del Juzgado de lo Mercantil n^o 3 de Valencia dictó sentencia 30/2014 de fecha 3 de febrero de 2014 en la que estima la demanda presentada por la tutora del incapaz D. Ildefonso y declara la nulidad de la escritura de permuta otorgada y la cancelación de los asientos registrales de la referida escritura de permuta, al no haber quedado acreditada la autorización judicial para la enajenación de las fincas litigiosas pues, aunque 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 don Ildefonso, esta 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.

Se imponen las costas a la parte demandada así como a los terceros que han comparecido en calidad de demandados y se han opuesto.

3. Solución dada en apelación

Se interponen recursos de apelación ante la Audiencia. El recurso del administrador concursal es inadmitido por razones formales, pero sí se admite el de don Narciso y doña Trinidad, que alegan razones muy similares a los de instancia y, además, el abuso de derecho de la demandante que conocía desde el otorgamiento de la escritura de permuta la falta de autorización judicial y, es más, se obligó a obtenerla, la obtuvo, y ahora denuncia su falta.

La Audiencia Provincial de Valencia en sentencia en fecha 20 de mayo de 2015 estima el recurso de apelación y desestima la demanda formulada por doña Consuelo como tutora de don Ildefonso. La Audiencia rechaza la alegación de litispendencia, por no aportarse documentación y, en síntesis, entiende que la denuncia formulada por la tutora constituye un manifiesto abuso proscrito por el art. 7 del Código Civil, pues la buena fe impone el deber de coherencia o vinculación con el comportamiento llevado a cabo. Además, entiende que la doctrina última del Tribunal Supremo parece que tiende a la anulabilidad de los actos realizados sin autorización judicial, que es el régimen

que se propugnaba en más antiguamente y que es también el régimen que se adopta en el Derecho catalán. Por tanto, no tratándose de un acto nulo ni inexistente, el principio de conservación de los actos y negocios, y la facilitación del tráfico patrimonial y la seguridad jurídica, le lleva estimar el recurso y proclamar la validez de la permuta.

4. Los motivos de casación alegados

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, aunque se acepta la personación de d. Faustino, nuevo tutor. 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 porque se trata de un acto nulo e inexistente y no es aplicable el plazo de cuatro años previsto en el art. 1301 CC.

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. Para ello aducen el fallecimiento de la tutora; inexistencia de interés casacional, por pretender la nulidad de unas permutas cuya validez no cuestionaron durante años con abuso de derecho y fraude de ley; y falta de identidad con las sentencias invocadas por el recurrente. Como causas de oposición, alegan el plazo de cuatro años previsto en los arts. 1301 y 1299 CC; litispendencia y cosa juzgada; obtención posterior de la autorización judicial.

5. Doctrina del Tribunal Supremo

5.1. ¿Nulidad, anulabilidad, inexistencia?

El Tribunal Supremo aborda en esta interesante sentencia una cuestión que no ha dejado de producir cierta polémica doctrinal y jurisprudencial en las últimas décadas: el valor que hay de darse al acto otorgado por el representante legal sin la preceptiva autorización judicial y, desde la óptica contraria, qué tipo de invalidez o ineficacia deba atribuirse al contrato así perfeccionado.

Ahora bien, conviene aclarar que las discusiones que se han producido en relación a este relativamente poco importante supuesto se enmarcan en un debate mucho más amplio: la diferenciación entre los conceptos de invalidez e ineficacia y el encuadramiento en ellos de otros especiales como la inexistencia,

la nulidad radical y la anulabilidad, que la doctrina clásica encuadra dentro de lo que podría llamarse invalidez, una ineficacia en sentido amplio cuya causa estaría en un fallo estructural o intrínseco; mientras el concepto de ineficacia en sentido estricto comprendería aquellos supuestos que nada tienen que ver con esos motivos estructurales sino con factores sobrevenidos como el incumplimiento, mutuo disenso, o los que provocan la revocación o la rescisión.

La escasa y no muy estructurada regulación de la ineficacia de los contratos en nuestro Código civil responde en términos muy generales a esa clasificación general aunque, como nos hace ver Clavería Gosálvez (2007, pg. 64 y ss), a partir de ahí todo son dudas y vacilaciones: la distinción entre nulidad y anulabilidad, no claramente expresada, no se apoya tanto en las causas (como ocurre entre invalidez e ineficacia) sino en cómo operan: la nulidad existe desde el primer momento y la sentencia es declarativa, pudiendo la acción, que no prescribe, ser ejercitada por cualquier interesado, y además el acto nulo no admite la convalidación; mientras que en la anulabilidad la sentencia tiene carácter constitutivo y actúa con efectos retroactivos, estando la legitimación activa de la acción que, además, tiene un plazo determinado, limitada a la parte protegida por la anulabilidad, que, por otro lado, puede confirmar el acto una vez desaparecida la causa de anulación. No obstante, se discute sobre la validez y eficacia del contrato anulable aun no anulado.

Pero, aunque sea el *modus operandi* la raíz de su distinción, no cabe obviar que el Código civil sí que parece hacer ciertas distinciones por razón de las causas. El concepto de nulidad incluiría todos los casos de contravención general de la ley que prevé el artículo 6.3 del Código civil, así como los actos a título gratuito realizados por un cónyuge o la falta de forma solemne; incluso, según parte de la doctrina, también los casos de inexistencia, es decir aquellos en los que faltase o fueren ilícitos algunos de los elementos esenciales del contrato—consentimiento, objeto o causa— conforme a los artículos 1261, 1275, 1305 y 1306. Por tanto, en el concepto de nulidad se residenciarían las más radicales consecuencias del incumplimiento de la ley (*quod nullum est nullum effectum producit*) como la no producción de efectos, si bien la jurisprudencia, ya desde antiguo, interpretó el inciso final del precepto (“salvo que en ellas se establezca un efecto distinto otra cosa para el caso de contravención”) en el sentido de que no se puede aplicar la nulidad indiscriminadamente sino que el juzgador debe distinguir los supuestos en que se establece la nulidad terminantemente, los actos contrarios en que la ley disponga otra cosa y los actos que falten a algún precepto legal sin declaración expresa; lo que exigirá extremar la prudencia analizando, hasta cierto punto discrecionalmente las circunstancias del caso (STS 19 octubre 1987). En cambio, la anulabilidad comprendería los casos de incapacidad de obrar, vicios de la voluntad, el acto oneroso realizado por uno solo de los cónyuges en ciertos supuestos, cuyas consecuencias, como ha quedado dicho, son mucho más benignas.

Ahora bien, la relación entre nulidad y anulabilidad por razón de las causas no es tampoco pacífica, como tampoco lo es la adjudicación a uno u otro

supuesto de los casos dudosos o no contemplados expresamente, como es el que nos ocupa. Parte de la doctrina considera que la anulabilidad debe considerarse norma excepcional y que la enumeración de casos es taxativa (así lo entendía Federico De Castro), mientras que otros entienden que es la anulabilidad la que debe primar con carácter general. De hecho, resulta útil para comprender la sentencia comentada que la ponente, Doña María Ángeles Parra Lucán, catedrática de Derecho civil antes de acceder al Supremo, tomó parte en esta polémica y junto con Delgado Echeverría manifestó su opinión de que muchos de los supuestos dudosos podrían encuadrarse, por analogía, en la anulabilidad, que tiene una tendencia expansiva, considerando que en la jurisprudencia “se aprecia una actitud abierta a tratar como anulabilidad, cuando razones funcionales así lo indican, algunos casos que la doctrina fundada en la estructura del negocio considera nulidad” (2005, pgn. 60 y ss).

Seguramente la actitud frente al problema de qué efectos debe producir la contravención a la ley tiene algo que va más allá de un simple posicionamiento jurídico e invita a reflexiones sobre el modo de ver la sociedad y la función de la norma en general. Como señala Delgado Echeverría (2007, pgn. 89 y ss) una cuestión como las relaciones entre el concepto sanción y el de nulidad es uno de los temas en los que hay más discrepancias entre los teóricos y los prácticos del Derecho.

5.2. *La venta por el representante legal sin la previa y preceptiva autorización judicial*

La posición del Tribunal Supremo en relación a la cuestión que nos ocupa, es decir, el tratamiento que haya de darse a la venta realizada por un representante legal sin contar con la preceptiva autorización judicial, ha sido vacilante y muy apegada al caso concreto, como reconoce la sentencia de 20 de abril de 2010.

Esta sentencia de 2010 resume el estado de la cuestión:

A favor de la nulidad radical se pronuncian las sentencias de 29 abril 1904; 8 junio 1917; 21 junio 1943; 9 diciembre 1953; 25 junio 1959; 14 marzo 1983; 17 febrero 1995 y 21 enero 2000, entre otras. La fundamentación de estas sentencias se basa en dos tipos de argumentos: a) la disposición por el titular de la patria potestad sin autorización judicial es *per se* un acto inexistente, al faltarle uno de sus requisitos esenciales, el consentimiento; b) es un acto nulo por ser contrario a una norma imperativa, por lo que incurre en la sanción de nulidad del antiguo Art. 4, hoy Art. 6.3 CC (STS 28 mayo 1965, entre otras).

Otra parte de la jurisprudencia se decanta por la anulabilidad. Así, las sentencias de 30 marzo 1987; 9 mayo 1994, 23 diciembre 1997 y 3 marzo 2006; esta dirección estima que la actuación del representante legal sin la autorización judicial no implica que falte el consentimiento y por tanto no da lugar a la nulidad radical del contrato sino que éste es anulable y si los contratantes representados (por representación legal) no han accionado interesando la

anulación en el plazo de cuatro años que establece el artículo 1301 del Código civil, se produce la confirmación por disposición de la Ley, la llamada prescripción sanatoria. La sentencia de 9 de mayo de 1994, y otras, se basan en la calificación del interés, público o privado, a cuya protección se ordenan, y así, la defensa del interés público exige la indisponibilidad de la ineficacia de los actos contrarios a dicho interés, mientras que cuando está en juego es el simple interés privado de los particulares, resulta más adecuada una ineficacia disponible, relativa y tuitiva, que es la propia de la anulabilidad. Es la solución propuesta, además, por la legislación catalana.

Finalmente, otra dirección declara la nulidad del contrato celebrado sin la autorización judicial por tratarse de un acto realizado con extralimitación de poder, por lo que se aplica el Art. 1259 CC (SSTS 9 diciembre 1953 y 21 mayo 1984) y solo podrá convalidarse por los mismos menores al llegar a la mayor edad. Esta ha sido la tesis que acoge la mencionada sentencia de 22 de abril de 2010 y dos más ese año, de 16 de febrero y de 8 de julio, en las que fue ponente Encarna Roca. No obstante, esta dirección aparece modalizada por el concepto de “negocio incompleto”, porque “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”.

Sin embargo, la sentencia objeto de nuestro comentario vuelve a la menos reciente teoría de la anulabilidad, concorde, por otro lado, con la posición doctrinal que parece mantuvo en su día la ponente, y acaba confirmando la validez de la permuta porque 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”. Para justificar su posición, procede a descartar las demás teorías con varios argumentos más próximos a la jurisprudencia de intereses que a la dogmática de conceptos, pues se basan en la identificación del fundamento y la naturaleza de la exigencia de autorización y en ponderar, de acuerdo con los criterios generales de nuestro Derecho, cual 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”.

Así, la teoría de la nulidad es descartada por un argumento teórico y otro práctico. El primero se centra en que no existe en este caso infracción de norma imperativa “sino que se omite uno de los requisitos para la eficacia representativa de los actos”. No resulta muy clara esta afirmación, pues no se entiende si quiere remitir la falta a un problema de consentimiento –en cuyo

caso podría ser considerado nulo por falta de él— o a un problema de falta de representación, que conduciría al artículo 1259 y también a la nulidad o inexistencia; salvo, claro, que quiera remitirnos a la idea de vicio de consentimiento, algo que parece apuntarse cuando en el fundamento séptimo alude a la posibilidad de incluir el supuesto contemplado en la literalidad del art. 1301 en cuando se refiere a los “contratos celebrados por los menores o incapacitados” que son quienes otorgan el acto, por vía de sus representantes.

El práctico se basa en que 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, porque 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, señala, porque impediría sanar, convalidar o confirmar actos beneficiosos para el menor o el incapacitado. Ahora bien, ello supone preterir la propia doctrina del Alto Tribunal que hemos mencionado anteriormente y que aconseja valorar la nulidad en función de las circunstancias, sin excluir la convalidación que ya el profesor De Castro patrocinaba, poniendo precisamente como ejemplo, entre otros, el caso del *falsus procurator* del artículo 1259 CC.

Pero también ve la Sala inconvenientes en la tesis más seguida recientemente de la asimilación del caso al acto otorgado sin poder. Por un lado, porque deja abierta la puerta a la revocación por la otra parte del contrato, dado que el inciso final del artículo 1259.2 admite la ratificación del contrato pero sólo “antes de ser revocado por la otra parte contratante”. El tercero, por tanto, podría privar de eficacia al acto antes de que fuese ratificado. Y esto, significa que quedaría en manos del otro contratante la eficacia del acto antes de que alcanzara la mayoría de edad, lo que sería claramente contrario a la tutela del interés de las personas con la capacidad modificada judicialmente que no puedan recuperar su capacidad y que por tanto, nunca podrían ratificar por sí el acto celebrado por el tutor. Posteriormente haremos referencia a este extremo, pero ahora cabe decir que la propia sentencia anula su propia objeción cuando dice que ésta se suavizaría 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)”. En realidad, lo que dicha última sentencia negó es que se pudiera obligar a los tutores a pedir una autorización judicial a posteriori, lo que no es lo mismo que el valor que haya de darse a la ya obtenida. Y es que este es precisamente el caso: se obtiene pocos meses después la preceptiva autorización y la escritura otorgada, sin revocación alguna, se inscribe en el registro de la propiedad. Llegado el concurso de quien debiera haber entregado las viviendas y no lo hizo, se plantea si el acto es perfecto o no. Por tanto, es posible estimar que la matización de la doctrina de la Sala pudiera haberse limitado a entender que a la ratificación del incapacitado se debiera asimilar la autorización judicial posterior ya obtenida.

El segundo inconveniente que opone la sentencia es que 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. Sin embargo, cabe alegar que esta idea, en sí misma considerada, no se encuentra en el mismo orden de argumentos que ha usado antes, porque no redundaría en beneficio del representado, que verá consolidada una situación irregular por el transcurso del plazo. Es más, se plantea que, de considerarse que el cómputo del plazo de 4 años comienza el día en que salgan del régimen de representación legal, en el caso de los menores este llegará con el tiempo, pero en el de los incapacitados puede que no llegue, por lo que nunca se podría impugnar, porque, a diferencia de la nulidad, la legitimación activa está limitada.

En todo caso, los inconvenientes que ve la Sala le conducen a entender preferible el régimen de la anulabilidad: evitará la revocación por el otro contratante y, al mismo tiempo, establece un plazo de 4 años, coherente con la exigencia constitucional de seguridad jurídica, aparte de permitir la confirmación. Como argumentos a mayor abundamiento, la Sala señala que la anulabilidad es el régimen más ampliamente regulado en el Código civil y que es el régimen que mejor concilia el interés del menor o incapacitado y la seguridad jurídica.

5.3. *¿La anulabilidad es la solución? Sobre el negocio incompleto*

¿Es acertado este cambio de criterio del Tribunal Supremo? Ya hemos expresado algunas reticencias a los argumentos utilizados por la sentencia, pero quizá la cuestión no exija un forzado encaje del supuesto en alguna de las clásicas instituciones de la ineficacia. Participamos de la posición de Fajardo (2011, pgn. 5) cuando considera que, en el fondo, la discusión sobre nulidad y anulabilidad se apoya en una premisa falsa: que esas dos posibilidades de impugnar el contrato son las únicas posibles, por lo que bastaría descartar una para demostrar la otra. De hecho, en muchas ocasiones la posición que se adopta trata de resolver el caso concreto apoyándose en una u otra de las tesis. Así —entiende Fajardo— algunas de las sentencias que defienden la nulidad lo han hecho para que la protección de los representados no esté sujeta a caducidad (por ejemplo, la STS de 25 de junio de 1959, respecto de una hija ausente que retorna a España tras muchos años). En cambio, otras, que se han decantado por la anulabilidad, lo que pretendían era establecer un límite a la impugnación, que se pretendía usar de manera contraria a la buena fe y a los actos propios, aprovechándose de la precaria eficacia del negocio otorgado para vender a terceros que querían pagar más o por otros motivos *non sanctos* (sentencia 29 de noviembre de 1958, 9 de mayo de 1994, 23 de diciembre de 1997).

En el caso que nos ocupa concurren dos circunstancias que parecen favorecer que la Sala se decante definitivamente por la tesis de la anulabilidad. Por un lado, la ya indicada supuesta preferencia de la ponente por ella en los

casos dudosos en el ámbito de las ineficacias; por otro, que supuestamente la anulabilidad resolvería más fácilmente un caso en que la reclamación constituye una actuación realizada manifiestamente contra los actos propios de la tutora, que había aceptado la falta de autorización y asumido el compromiso de obtenerla y, cuando vienen mal dadas y la otra parte no puede cumplir con su compromiso, intenta “resolver” el contrato por vía de su anulación.

Aunque la solución adoptada es elogiada algunos autores (Bercovitz, 2018, pgn.2 y ss) desde nuestro punto de vista adolece del mismo vicio que señalaba Fajardo: trata de resolver un problema concreto y lo eleva a categoría, cuando no todos los supuestos, y por tanto, sus categorías, son iguales. Es importante señalar que la práctica totalidad de los supuestos examinados por la jurisprudencia se refieren a documentos privados, mientras que en el que examinamos se trata de una escritura pública en la que la falta de autorización judicial no es una omisión involuntaria de las partes, sino algo previsto por el notario y aceptado y querido por las partes. Y esto cambia sustancialmente el análisis de la situación y nos traslada a un escenario distinto: el del negocio incompleto otorgado conscientemente, en el que de intento se separa el ámbito obligacional del dispositivo, al pactarse en el título una obligación que solo producirá el modo o tradición cuando se reúnan todos los requisitos necesarios, en cuyo caso aquel actuará automáticamente. No es este principio diferente que el que permite la venta de cosa ajena o la obligación condicional (en este caso sería una especie irregular de *conditio iuris*): la distinción entre el compromiso y la entrega, lo que, además, permite dar una nueva luz al problema del obligatorio carácter previo de la autorización, pues si ha sido pactada de intento, por definición la autorización será previa a la transmisión, que solo se produce cuando ésta recaiga, y sin que antes pueda revocarse su obligación por la otra parte contratante, que ha dado su consentimiento para ello. Algo de ello intuye la sentencia cuando en el fundamento octavo distingue entre el título y el modo y entiende que el pacto es válido pero ineficaz, hasta que recaiga la autorización, que será “previa” a la enajenación, considerándose entonces que el acto obligacional que sirve de título para la transmisión es válido (aunque sí sería contradictorio a la tesis de Delgado y Parra que, con carácter general, consideran el acto anulable inválido e ineficaz –2007, pgn. 56–).

En definitiva, desde nuestro punto de vista, no se estará hablando aquí de nulidad o anulabilidad sino de un contrato perfecto (en realidad, ni siquiera incompleto), pero que no produce sus efectos en tanto no se produzcan las previsiones del mismo y que no puede ser revocado por ninguna de las partes: se quiere el compromiso ya, y no parece que la voluntad así manifestada sea revocable por mucho que el artículo 1259 del Código civil se refiera a ella.

Otra cuestión distinta será si el notario debe permitir ese tipo de condiciones dado que según la Dirección General de los Registros y del Notariado (ver por todas la Resolución de la DGRN de 5 de marzo de 2015) no se debe establecer como condición suspensiva lo que es una «*conditio iuris*» (ej. obtener una autorización militar, una licencia, una autorización judicial ne-

cesaria), es decir, un hecho ajeno o extrínseco al negocio mismo, pero cuya existencia es exigida por el legislador para que el negocio surta efectos y que no debe elevarse a *conditio facti*. No obstante ello, será preciso examinar en cada caso concreto cómo se pronuncia la ley y qué consecuencias se derivarían de su incumplimiento, pues, como indica Martínez Sanchiz (1986, pgn. 143), el fraude que inspira la discutible doctrina del Centro Directivo no puede ser invocado en nuestro caso, pues la negativa podría traer consigo la pérdida de una oportunidad favorable o beneficiosa para el hijo, por lo que no se quiere demorar el compromiso hasta la obtención de la autorización.

En todo caso, y aun aceptando que incluso en el presente caso existiera una irregularidad legal, no creemos que el enfoque principal deba de ser el de la anulabilidad. Nos parece que la anulabilidad, de lege data, está pensando en una irregularidad más flexible y de interés privado, en los términos que señalaron antiguas sentencias; pero no creemos que un mandato taxativo de la ley que está destinado a la protección de las personas vulnerables deba considerarse una cuestión privada o particular. Parecen más adecuadas la nulidad o inexistencia, matizadas por el concepto de falta de completud, aplicando, en la línea de las sentencias de 2010, el artículo 1259 por analogía, (recientemente también Ragel, 2011, pgn. 727; y Fajardo, 2011, pgn. 5) incluso en aquellos casos en los que las partes hubieran ignorado la exigencia del requisito de la autorización judicial. Desde el punto de vista teórico la “convalecencia” del negocio jurídico no es algo nuevo: Don Federico de Castro (1985, pgn. 385) admitía que el carácter normalmente definitivo de la nulidad podría llevar a entender que los negocios no pueden convalidarse, pero ya los textos romanos conocen la figura de la “sanatio in radice” y debe admitirse que el Derecho positivo puede crear figuras en que la nulidad desaparece, como hace por ejemplo, en los negocios incompletos en los casos del *falsus procurator* del art. 1259, pero también en los arts. 1727, 1892 y 1893. Y este es el criterio que ha seguido el Tribunal Supremo en ocasiones cuando, como mencionábamos al principio, ha dictaminado que no se puede aplicar la nulidad indiscriminadamente y que es preciso extremar la prudencia, valorando el texto de la ley y las circunstancias para evitar que la más nimia irregularidad pueda dar lugar la nulidad, contra el principio de conservación del negocio.

No obstante, eso plantea dos problemas, que evidencia la sentencia comentada: la posibilidad de revocación por la otra parte y la ausencia de un plazo que pueda dar seguridad jurídica ante las posibles maniobras del antes incapacitado o de su representante legal.

Desde nuestro punto de vista, la segunda cuestión, admitida la convalecencia, queda conjurada porque si finalmente se obtuvo la autorización o la demandante realizó actos que inequívocamente suponían la ratificación, no se podrá ya impugnar, y no porque se aplique la teoría de los actos propios, sino porque el acto está sanado. Como he tenido oportunidad de comentar en otro sitio (2016, pgn. 81) la doctrina de los actos propios no exige una declaración de voluntad tácita o expresa contra la cual se vuelve el autor, sino que

basta cualquier acto, sin propósito negocial alguno; de tratarse de una declaración de voluntad no sería necesario acudir a reglas tan generales e indeterminadas como las de la buena fe o la de los actos propios, y bastaría atenerse a los efectos del negocio conforme a la regulación de nuestro Código. Si se renuncia a un derecho, su posterior ejercicio no rechazable no se deberá a ir contra la buena fe, sino a que el derecho no existe; si se confirma un contrato anulable el fundamento del rechazo de la posterior anulación será que ya no es anulable, etc. Y realmente este es el caso: un contrato que adolecía de una falta ha sido completado, confirmado o convalidado tácitamente a través de la obtención de la autorización judicial y no procede ya impugnarlo. En sentido parecido se pronuncia Fajardo (2011, pgn.5), cuando, después de relativizar la dicotomía nulidad-anulabilidad entiende que para evitar el comportamiento especulativo de quien amenaza indefinidamente con impugnarla o ratificarla debe usarse convenientemente la figura de la ratificación tácita (arts. 1311 I, 1710 III, 1727 II) que puede entenderse producida, por ejemplo, cuando se aprovechan de las ventajas que supone la venta, se cobra el precio o, como es el caso, se cumple la obligación de solicitar la autorización judicial. Con esta posición se evita el comportamiento oportunista de quien impugna y al mismo tiempo se impide que por el transcurso del plazo para impugnar el acto, que bien ha podido desconocerse por múltiples razones, quede válido un acto con el que, quizás, resulte gravemente perjudicado el representado por no haberse cumplido las prescripciones de la ley destinadas a protegerle.

¿Y qué decir del segundo inconveniente, el de la posible revocación del acto por la otra parte antes de la ratificación? Ya hemos indicado anteriormente que si se trata de un negocio incompleto realizado de intento, la voluntad de los contratantes ha sido precisamente esa y por tanto debe excluirse la revocación. Incluso aplicando directamente el art. 1259 se llega a la misma conclusión. Señalaba Díez-Picazo (1993, pgn. 441) que la tesis de la libre revocación en el art. 1259 “encuentra su fundamento en la idea de que la situación del contrato pendiente de ratificación es parangonable a la oferta, lo que no es cierto”, por lo que estima que nunca será una revocación libre, y que sólo será ésta posible a través de un mutuo disenso de representante y tercero o en las condiciones que este contrato reuniera de plazos o medidas de protección. En el mismo sentido, Clavería (2007, pgn. 66) distingue el caso del negocio en formación (o incompleto, añadimos), en que la ratificación sirve de integración, que sólo parece aceptable en el caso de que el tercero con el que se contrata sepa que aún no concurre la voluntad del *dominus*; dado que, si cree que concurre, hay irregularidad estructural, debiendo asignarse al caso el efecto de la nulidad y constituyendo la ratificación una singular y excepcional convalidación. Es decir, no parece excesivamente riguroso entender que si a la otra parte contratante se le ha ocultado la realidad del vicio invalidante no pueda, en ciertas condiciones y a la vista de las circunstancias y de la importancias de la falta, desvincularse del contrato.

5.4. Conclusión

El caso que nos ocupa es, pues, a nuestro juicio, más que un supuesto de anulabilidad, posición por la que se decanta la sentencia comentada, un caso de negocio incompleto –tal y como entendió la misma Sala en sentencias de 2010– pues es realizado a vista, ciencia y paciencia de los otorgantes en escritura pública. Por tanto, debe producir los efectos queridos por ellos, es decir, será eficaz una vez obtenida la autorización judicial, y no puede ser revocado por ninguno de los permutantes antes de recaer ésta, ni tampoco es impugnabile después, dado que se ha cumplido la condición de su obtención que implícitamente se previó en el contrato, lo que implicaría su convalidación y el decaimiento de las acciones que hubiera tenido el representado incapaz, a modo de ratificación tácita.

6. Bibliografía

- Bercovitz Rodríguez Cano, R: “Transmisión de inmueble por tutor y autorización judicial. Comentario a la STS de 10 de enero de 2018 (RJ 2018, 156)”. Aranzadi Insignis, *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, número. 107/2018.
- Berrocal Lanzarot, Ana Isabel: “Los actos realizados por los representantes legales sin autorización judicial: a propósito de las sentencias del Tribunal Supremo de 22 de abril y 8 de julio de 2010”. *Revista Aranzadi Doctrinal*: (9). enero 2012. – p. 95-124. -
- Clavería Gosálvez, LH: “Notas para una revisión general de la denominada ineficacia del contrato”, en el volumen *Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución*, coord. por Delgado Echeverría, Jesús; Cizur Menor, Navarra, 2007, pp.59-88.
- De Castro y Bravo, F: *El Negocio Jurídico*, Civitas, 1985.
- Delgado Echeverría, Jesús: “Venta por representante legal sin autorización judicial”. En *Tratado de la compraventa: homenaje a Rodrigo Bercovitz / Angel Carrasco Perera* (dir.).– Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2013.
- Delgado Echeverría, Jesús, y Parra Lucán. M^a A: *Las nulidades de los contratos. En la teoría y en la práctica*. Dykinson, 2005.
- Delgado Echeverría, Jesús: “¿Sanción de invalidez? Los conceptos de invalidez y sanción”. en el volumen *Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución*, coord. por Delgado Echeverría, Jesús; Cizur Menor, Navarra, 2007, pp.89-138.
- Diez Picazo, Luis: “Comentario al artículo 1259”. *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, 1993.
- Fajardo Fernández, Javier: “Sentencia de 22 de abril 2010 (Pleno)”. *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*. Aranzadi Insignis, 2011.
- Fernandez Martinez, Juan Manuel: “Venta de bienes inmuebles de los hijos menores sin autorización judicial: examen del artículo 166 del Código civil”. *Revista Aranzadi Doctrinal*. Abril 2011.- p. 17-24.