

Actos realizados por el curador representativo que precisan autorización judicial

Acts performed by the representative curator requiring judicial authorization

por

MARÍA PILAR MESA TORRES
Doctoranda. Universidad de Córdoba

RESUMEN: La entrada en vigor de la Ley 8/2021, de 2 de junio, ha supuesto un cambio sustancial en cuanto al prisma jurídico de las personas con discapacidad eliminando la incapacitación judicial y alterando el sistema de cargos protectores, estableciendo un sistema de medidas de apoyo. Dentro de las medidas de apoyo se contemplan las voluntarias, informales y judiciales, formando parte de estas últimas la curatela, que normalmente será de carácter meramente asistencial y, excepcionalmente, representativo. El curador representativo actúa en nombre de la persona con discapacidad, requiriendo el Código Civil la autorización judicial previa para determinados actos y la posterior aprobación judicial para otros. El presente artículo tiene por objeto examinar las principales novedades y modificaciones realizadas en la regulación de los actos tipificados en el artículo 287 del Código Civil, con respecto al anterior artículo 271.

ABSTRACT: *The entry into force of Law 8/2021, of June 2, has meant a substantial change in the legal perspective of people with disabilities, eliminating judicial incapacitation and altering the system of protective charges, establishing a system of support measures. The support measures include voluntary, informal and judicial measures, the latter being the curatorship, which will normally be of a purely welfare nature and, exceptionally, representative. The representative curator acts on behalf of the person with a disability, the Civil Code requiring prior judicial authorization for certain acts and subsequent judicial approval for others. The purpose of this article is to examine the main developments and changes made in the regulation of acts defined in article 287 of the Civil Code, with respect to the previous article 271.*

PALABRAS CLAVE: Curatela. Personas con discapacidad. Autorización judicial. Capacidad Jurídica. Medidas de apoyo. Guarda de hecho.

KEY WORDS: *Curatorship. Persons with disabilities. Judicial authorization. Legal capacity. Support measures. De facto guardianship.*

SUMARIO: I. EL NUEVO TRATAMIENTO DE LA CURATELA EN LA LEY 8/2021.—II. ACTOS PARA LOS QUE EL CURADOR REPRESENTATIVO REQUIERE AUTORIZACIÓN JUDICIAL: 1. REALIZACIÓN DE ACTOS DE TRASCENDENCIA PERSONAL O FAMILIAR: A) *El internamiento involuntario.* B) *El consentimiento informado en el ámbito de la salud. En particular, la vacunación contra el Covid-19 de personas con discapacidad.* 2. ENAJENACIÓN O GRAVAMEN DE DETERMINADOS BIENES. 3. DISPOSICIÓN A TÍTULO GRATUITO DE BIENES O DERECHOS. 4. RENUNCIA DE DERECHOS Y SOMETIMIENTO A ARBITRAJE. 5. REPUDIACIÓN DE ATRIBUCIONES GRATUITAS. 6. GASTOS EXTRAORDINARIOS. 7. INTERPOSICIÓN DE DEMANDA. 8. DAR Y TOMAR DINERO A PRÉSTAMO Y PRESTAR AVAL O FIANZA. 9. CONTRATOS DE SEGURO, RENTA VITALICIA Y OTROS ANÁLOGOS.—III. LA PRECEPTIVA AUTORIZACIÓN JUDICIAL PREVIA DEL GUARDADOR DE HECHO.—IV. CONCLUSIONES.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. EL NUEVO TRATAMIENTO DE LA CURATELA EN LA LEY 8/2021

La reciente Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (en adelante Ley 8/2021), ha supuesto un cambio de

paradigma, obligando a una relectura de la estructura tradicional recogida en el Código Civil, que diferenciaba entre capacidad jurídica y de obrar, y siguiendo el principio de igualdad de todas las personas consagrado en el artículo 12 de la Convención Internacional de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006, ratificada por España en 2008, se promueve el abandono o la superación del concepto de capacidad de obrar, concepto que permitía la limitación de un derecho fundamental de la persona como es el derecho a tomar sus propias decisiones, la posibilidad de ejercicio de los derechos de los que es titular, afectando por tanto a la propia dignidad¹.

En su exposición de motivos se reconoce que la capacidad jurídica abarca tanto la titularidad de los derechos —antigua capacidad jurídica— como la legitimación para su ejercicio —antigua capacidad de obrar— por sí mismo y/o con los apoyos necesarios, introduciendo un nuevo y amplio concepto de capacidad jurídica, que engloba las tradicionales vertientes de la capacidad jurídica y la capacidad de obrar. Conforme a ello, todos los mayores de edad, incluidas las personas con discapacidad, gozan de plena capacidad jurídica en igualdad de condiciones.

El avance y el progreso son dos notas características que deben imperar en toda sociedad desarrollada, y para su evolución adecuada, es necesario que todos los individuos que forman parte de la colectividad participen en esta difícil labor, siendo la única manera de lograrlo a través de la integración y la cohesión de aquellos sujetos que adolecen de alguna clase de discapacidad.

La Ley 8/2021 es un texto normativo complejo, que apela no solo a los juristas, pues son quiénes la aplican, sino también a la sociedad en su conjunto, concienciando acerca de la situación de vulnerabilidad que presentan y la importancia de esta reforma. Se ha introducido un nuevo sistema que ha supuesto el fin de la incapacitación judicial, suprimiendo el poder que tenía la autoridad judicial de incapacitar a una persona por falta de aptitud de autogobierno, situación de la cual se ha estado abusando, desoyendo la voluntad personal y deseos de la persona con discapacidad.

Asimismo, se ha eliminado la patria potestad prorrogada y la patria potestad rehabilitada², de tal forma que cuando la persona menor de edad con discapacidad llegue a la mayoría de edad se le prestarán los apoyos del mismo modo que a cualquier otro adulto que los requiera (RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, 2021, 333-334; y, CARRANCHO HERRERO, 2021, 229). El apoyo incluye un amplio elenco de actuaciones como el acompañamiento amistoso, ayuda técnica en la comunicación de declaraciones de voluntad, consejo, toma de decisiones delegadas por la persona con discapacidad, etc.

La tutela ha quedado reservada para los menores no emancipados en situaciones de desamparo o no sujetos a patria potestad regulándose en el capítulo I «De la tutela» del título IX «De la tutela y de la guarda de los menores», del libro primero «De las personas», de los artículos 199 a 234 del Código Civil, aplicándose de forma supletoria las normas de ejercicio de la curatela según dispone el artículo 224 del Código Civil.

Tradicionalmente, la ley ofrecía la curatela como figura de asistencia en actos que no podía realizar la persona por sí sola encargándose de la protección del sujeto, pero no de su guarda ni administraba su patrimonio, y la tutela como representación y suplencia para capacidades inexistentes. Tras la reforma, el legislador ha eliminado del ámbito de la discapacidad la tutela y ha consagrado la curatela como la principal medida de apoyo de origen judicial de las personas con discapacidad, que procederá cuando no exista otra medida de apoyo suficiente —artículo 269 CC—, es decir, si no hubiera medidas voluntarias —mandatos y poderes preventivos— o si la medida informal de apoyo —guarda de hecho— se extingue por voluntad del guardado, por desistimiento del guardador o porque la autoridad judicial así lo decidiera —artículo 267 CC—. El desarrollo normativo más extenso respecto a las demás medidas de apoyo se le dedica a la figura de la curatela, en concreto, en los artículos 268 a 294 del Código Civil. Asimismo, ha suprimido la curatela de menores emancipados y habilitados de edad, sustituyendo la intervención del curador por el consentimiento del defensor judicial —artículos 247 y 248 CC— cuando necesiten de un complemento de capacidad en la realización de determinados actos jurídicos (ÁLVAREZ ÁLVAREZ, 2021, 504-505).

En la actualidad, no existen dos instituciones judiciales protectoras de la persona con discapacidad, sino solamente una, «la curatela», para cumplir con el principio inspirador del nuevo sistema, según el cual toda persona puede ejercitar su capacidad jurídica en mayor o menor medida a pesar de su padecimiento. Por ello, como norma general, la curatela será primordialmente de naturaleza asistencial y solo excepcionalmente podrán atribuirse al curador funciones representativas. Sin embargo, la ley no desconoce que existen personas que carecen de entendimiento, y para estos casos excepcionales no se contempla la curatela ordinaria meramente asistencial, sino que la actual legislación civil prevé la curatela representativa cuyo régimen recuerda a la tradicional «tutela» (SANTOS URBANEJA, 2021, 288; y, RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, 2021, 355).

Como acabamos de decir, la curatela tiene como regla general carácter asistencial. Excepcionalmente, el curador asumirá funciones representativas, como, por ejemplo, en caso de personas con patologías psíquicas severas que lo necesiten. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 269 del Código Civil, la autoridad judicial en la resolución en la que

constituya la curatela determinará de manera precisa los actos en que el curador deba ejercer la representación de la persona con discapacidad. Así, la exposición de motivos de la Ley 8/2021 recoge textualmente *«[l]a institución objeto de una regulación más detenida es la curatela, principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad. El propio significado de la palabra curatela —cuidado—, revela la finalidad de la institución: asistencia, apoyo, ayuda en el ejercicio de la capacidad jurídica; por tanto, como principio de actuación y en la línea de excluir en lo posible las actuaciones de naturaleza representativa, la curatela será, primordialmente, de naturaleza asistencial. No obstante, en los casos en los que sea preciso, y solo de manera excepcional, podrá atribuirse al curador funciones representativas»*.

El artículo 268 del Código Civil destaca los principios de proporcionalidad, autonomía, respeto a los deseos y preferencias de la persona que precise de las medidas de apoyo, así como el principio inspirador de la temporalidad al ser necesaria la revisión periódica de las medidas tomadas por la autoridad judicial en los procedimientos de provisión de apoyos, señalando expresamente el precepto que *«[l]as medidas tomadas por la autoridad judicial en el procedimiento de provisión de apoyos serán proporcionadas a las necesidades de la persona que las precise, respetarán siempre la máxima autonomía de esta en el ejercicio de su capacidad jurídica y atenderán en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias»*.

Las medidas de apoyo adoptadas judicialmente serán revisadas periódicamente en un plazo máximo de tres años. No obstante, la autoridad judicial podrá, de manera excepcional y motivada, en el procedimiento de provisión o, en su caso, de modificación de apoyos, establecer un plazo de revisión superior que no podrá exceder de seis años.

Sin perjuicio de lo anterior, las medidas de apoyo adoptadas judicialmente se revisarán, en todo caso, ante cualquier cambio en la situación de la persona que pueda requerir una modificación de dichas medidas».

El artículo 269 del Código Civil, en sus apartados segundo y tercero, se refiere a las dos modalidades de curatela, la asistencial y la representativa, respectivamente. La curatela ordinaria es una medida de mero apoyo asistencial, de ayuda, sin sustituir la actuación de la persona con discapacidad, que será quien actúe, si bien con el apoyo o colaboración de un tercero —el curador nombrado judicialmente— atendiendo a sus concretas necesidades de apoyo —artículo 269.2 CC—. Con carácter excepcional, se contempla la curatela representativa para aquellos casos en que la persona tiene las facultades intensamente afectadas que para el ejercicio de su capacidad jurídica no es suficiente con el mero apoyo o asistencia del curador, siendo necesario que el curador actúe en nombre de la persona con discapacidad.

II. ACTOS PARA LOS QUE EL CURADOR REPRESENTATIVO REQUIERE AUTORIZACIÓN JUDICIAL

Antes de abordar el estudio de este apartado, es necesario destacar que el régimen de autorización judicial previa de actos es aplicable únicamente a los supuestos excepcionales de curatela representativa, de modo que en los casos de curatela ordinaria o asistencial no se aplica. En este último supuesto, la persona con discapacidad con la medida de apoyo de curatela asistencial, conserva su iniciativa para realizar actos y negocios jurídicos sin necesidad de autorización judicial, por ejemplo, como indica SANTOS URBANEJA, si la persona con medida de apoyo asistencial decide formalizar ante notario una venta de un inmueble de su propiedad, podría realizar el acto solemne sin necesidad de autorización judicial previa, pero tendría que ser asistido por su curador siempre que la resolución lo haya señalado para ese acto concreto —artículo 250.5 CC—. Por el contrario, si la curatela fuese representativa el curador tendrá que solicitar la autorización judicial previa del acto antes de formalizar la escritura de compraventa —artículo 287 CC— (SANTOS URBANEJA, 2021, 297-299)³.

Lo expuesto sobre la necesidad que tiene el curador representativo de solicitar autorización judicial previa para ciertos actos se refleja en el comienzo del artículo 287 del Código Civil que señala que «[e]l curador que ejerza funciones de representación de la persona que precisa el apoyo necesita autorización judicial para los actos que determine la resolución y, en todo caso, para los siguientes [...]». Es reseñable que el legislador no ha querido cerrar la enumeración de actos para los que será necesaria la autorización, facultando a extenderla a cualesquiera otros que determine la resolución constitutiva de la curatela —artículos 270 y 269.4 CC—. Por tanto, la resolución que establezca la curatela representativa puede establecer otros actos, en los que sea precisa autorización judicial, distintos de los recogidos en el artículo 287 del Código Civil. Asimismo, el auto puede establecer que solo es necesaria la asistencia a la actuación de la persona con discapacidad sin necesidad de la representación de su curador para alguno de los actos expresados en el artículo 287 del Código Civil. Sin embargo, no sería posible que la resolución excluyese al curador representativo de la solicitud de autorización judicial para alguno de los actos recogidos en el artículo 287 del Código Civil según la interpretación del tenor literal del precepto.

A pesar de que la reforma introducida por la Ley 8/2021 se inspira en la necesidad de atender a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, como indica PALLARÉS NEILA, el legislador se ha visto obligado a continuar con el régimen de autorizaciones judiciales previstas para el tutor en la anterior legislación —*ex* artículo 271 CC—, teniendo como fundamento servir de control de la actuación del curador

para los casos en los que su intervención tenga mayor relevancia, personal y patrimonial (PALLARÉS NEILA, 2022, 272). La autorización judicial será necesaria cuando el curador asuma funciones representativas, añadiendo el artículo 287 del Código Civil nuevos supuestos concretos al control judicial, prescindiendo de fórmulas genéricas como sería la preceptiva autorización judicial para todos aquellos actos que comprometan gravemente el patrimonio de la persona que precisa el apoyo.

En este sentido, cabe mencionar en relación al anterior artículo 271 del Código Civil, la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de enero 2018⁴, que expone que con la autorización judicial se trata de que «el juez pueda ponderar la necesidad, la conveniencia o la oportunidad de celebrar actos de transcendencia económica y de que los mismos se celebran 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», asimismo proclama con claridad su finalidad protectora en su fundamento jurídico segundo: «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 transcendencia económica y de que los mismos se celebran 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».

El artículo 271 del Código Civil actualmente regula la autotutela que supone la designación solemne y formal de un curador para el supuesto de que alguien pretenda ante los Tribunales que se coloque a la otra persona bajo esta figura de Guarda (SANTOS URBANEJA, 2021, 138). Con esta institución, se confiere a cualquier persona, en previsión de la concurrencia de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás, el nombramiento o la exclusión de una o varias personas determinadas para el ejercicio de la función de curador según dispone el artículo 271 del Código Civil. Este nombramiento vincula a la autoridad judicial al constituir la curatela, y solamente podrá prescindir total o parcialmente de esas disposiciones voluntarias si existen circunstancias graves desconocidas por la persona que las estableció o al-

teración de las causas expresadas por ella o que presumiblemente tuvo en cuenta en sus disposiciones —artículo 272 CC—.

En este sentido, cabe señalar la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2021, siendo un claro supuesto de cumplimiento de la voluntad, preferencias y deseos de la persona con discapacidad notarialmente expresados. Con arreglo a la normativa anterior, en una primera instancia se declaró a la demandada incapaz para regir su persona y bienes y se designó como tutora a la Agencia Madrileña para la tutela de adultos sin respetar la voluntad, preferencias y deseos que expresó D.^a Virginia en escritura pública de autotutela. Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación y «[l]a Audiencia revocó la sentencia del Juzgado, consideró que era el deseo de la demandada, así como de sus hijos que fuera la familia y no una institución pública la que asumiera la tutela; pero dado que tres de los referidos hijos D. Carlos Alberto, D.^a Carmen y D.^a Constanza se llevan muy bien entre sí y regular con los otros tres, D. Damaso, D.^a Flora y D.^a Valentina, siendo que estos tres se llevan muy bien entre sí, era lo más conveniente nombrar como tutores mancomunados a D. Carlos Alberto y a D. Damaso, que son los más citados y considerados más idóneos, en el bien entendido, que han de hacerlo bien y llevarse bien entre ellos por el bien de su madre». Este nombramiento que efectuó la Audiencia prescindió de nuevo del criterio preferente de la voluntad de D.^a Virginia notarialmente expresado, y por ello, fue recurrido en casación. Finalmente, el Alto Tribunal expuso en su sentencia, conforme a la actual normativa, que «...en el caso presente, no se dan las causas legales previstas para prescindir del criterio preferente de la voluntad de la demandada, ya que no concurren circunstancias graves desconocidas por la misma, o variación de las contempladas al fijar la persona que le prestará apoyos, ya que D.^a Virginia convivía y sigue conviviendo con su hija D.^a Virginia, que es la persona que le asiste en sus necesidades conforme a sus propios deseos notarialmente expresados, que deben ser respetados, toda vez que, dentro del marco de la esfera de disposición de las personas, se comprende la elección de la que, en atención a su disponibilidad, cercanía, empatía, afecto o solicitud, desempeñe el cargo de curadora»⁵.

En sede de patria potestad, dentro de la administración de los bienes que ejercen los padres sobre el patrimonio de los hijos menores, el artículo 166 del Código Civil exige la obtención previa de la correspondiente autorización judicial para determinados actos de disposición, siendo los demás no contemplados en el mencionado precepto, libremente realizados por los titulares de la patria potestad. Así, el artículo 166 del Código Civil señala que: «*Los padres no podrán renunciar a los derechos de que los hijos sean titulares ni enajenar o gravar sus bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios, salvo el derecho*

de suscripción preferente de acciones, sino por causas justificadas de utilidad o necesidad y previa la autorización del Juez del domicilio, con audiencia del Ministerio Fiscal.

Los padres deberán recabar autorización judicial para repudiar la herencia o legado deferidos al hijo. Si el Juez denegase la autorización, la herencia solo podrá ser aceptada a beneficio de inventario.

No será necesaria autorización judicial si el menor hubiese cumplido dieciséis años y consintiere en documento público, ni para la enajenación de valores mobiliarios siempre que su importe se reinvierta en bienes o valores seguros».

Con la entrada en vigor de la Ley 8/2021 se ha abierto un debate doctrinal en torno a si con las medidas de apoyo voluntarias —los mandatos y poderes preventivos, así como la autocuratela—, la propia persona con discapacidad en escritura pública podría excluir, de la necesidad de autorización judicial, al tercero apoderado o curador de la realización de algunos de los supuestos que recoge el artículo 287 del Código Civil. Por tanto, la discusión doctrinal radica en determinar si el mencionado precepto tiene carácter imperativo o dispositivo.

Al respecto, la mencionada Ley ha situado preferentemente la autocuratela y medidas voluntarias de apoyo en las cuales la persona con discapacidad designa quién debe prestarle apoyo y con qué alcance —artículos 249, 250 y 271 CC— atendiendo a su voluntad, deseos y preferencias, en su caso, de establecer normas de administración y disposición de sus bienes. La necesidad de autorización judicial únicamente cobra sentido en ausencia de declaración de voluntad por la persona con discapacidad que requiere de apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica para organizar su patrimonio. Por ello, la voluntad, deseos y preferencias de la persona prevalecen sobre la preceptiva autorización judicial que exige el artículo 287 del Código Civil, siendo este de carácter dispositivo, y, por ende, entendemos que su aplicación puede excluirse. Por el contrario, en el régimen general, es decir, cuando no exista autocuratela o medidas de apoyo voluntarias, como sostiene GÓMEZ LINACERO, el artículo 287 del Código Civil tendrá alcance imperativo e insoslayable (GÓMEZ LINACERO, 2022)⁶.

Los supuestos que conforman el artículo 287 del Código Civil son los siguientes:

1. REALIZACIÓN DE ACTOS DE TRASCENDENCIA PERSONAL O FAMILIAR

Dispone el artículo 287 del Código Civil, en su apartado primero, que el curador representativo necesita autorización judicial para «*[r]ealizar actos de trascendencia personal o familiar cuando la persona afectada no pueda hacerlo por sí misma, todo ello a salvo lo dispuesto legalmente en materia de*

internamiento, consentimiento informado en el ámbito de la salud o en otras leyes especiales».

Con anterioridad a la reforma, el legislador con la regulación de la tutela daba preferencia a los aspectos patrimoniales sobre los personales, motivo que ha llevado a la introducción de este supuesto de autorización judicial. Por ello, es necesario resaltar que el artículo 287.1.º del Código Civil atiende al contenido personal de las medidas de apoyo, al exigir al curador representativo la solicitud de autorización judicial previa para actos de especial transcendencia personal y familiar cuando la persona afectada no pueda hacerlo por sí misma, con la salvedad de la medida de internamiento regulada en el artículo 763 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC) o del consentimiento informado en materia de salud (PALLARÉS NEILA, 2022, 274). El anterior artículo 271 del Código Civil se limitaba al internamiento del tutelado *«en un establecimiento de salud mental o de educación o formación especial»*.

Sin embargo, el empleo de conceptos indeterminados como *«transcendencia personal o familiar»* y posteriormente, en los apartados tercero y cuarto del artículo 287 del Código Civil con *«escasa relevancia económica»*, como considera LINACERO DE LA FUENTE, se tratan de fórmulas genéricas e imprecisas que serán objeto de desarrollo doctrinal y jurisprudencial al respecto (LINACERO DE LA FUENTE, 2022, 593-594).

Se excluyen del ámbito de la representación del curador los actos de carácter personalísimo, por ser inherentes a la propia persona, no siendo posible, por ende, que pueda solicitar autorización judicial para contraer matrimonio el curatelado, reconocer a un hijo, hacer testamento o votar (PALLARÉS NEILA, 2022, 274). Sin embargo, la persona con discapacidad podrá separarse o divorciarse de su cónyuge por medio de su curador representativo cuando por sus condiciones no pueda actuar por sí misma, pero siempre se tenderá a cumplir su voluntad, deseos y preferencias (VALLADARES RASCÓN, 1999, 277).

La sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de diciembre de 2000, con arreglo a la normativa anterior, otorgó el amparo solicitado por la tutora de la incapacitada, declarando que se habían vulnerado los derechos de la recurrente a la tutela judicial y efectiva, y a la igualdad, al no legitimarla para el ejercicio de la acción de separación matrimonial de su tutelada. Concretamente, en su fundamento jurídico cuarto recoge que «[...]la negativa de la legitimación de la tutora para el ejercicio de la acción de separación matrimonial de la hija incapacitada determina de modo inexorable el cierre, desproporcionado por su rigorismo, del acceso del interés legítimo de esta a la tutela judicial, si se advierte que, privado el incapacitado con carácter general del posible ejercicio de acciones, dado lo dispuesto en el artículo 2 LECiv, el ejercicio de la separación solo puede verificarse por medio de

su tutor; con lo que, si a este se le niega la legitimación para ello, dicho cierre absoluto es su ineludible consecuencia. Y puesto que esta que se ha producido en el presente caso, resulta claro que se ha producido en él la violación del derecho de tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) contra la que se demanda el amparo de este Tribunal, que debe ser otorgado»⁷. En el mismo sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 2011⁸ legitimó a los tutores para interponer demanda de divorcio, como representantes legales de su hija incapacitada, siempre que por sus condiciones, no pudiese actuar por sí misma.

El final del apartado primero del artículo 287 del Código Civil que recoge textualmente *«salvo lo dispuesto legalmente en materia de internamiento, consentimiento informado en el ámbito de la salud o en otras leyes especiales»*, fue añadido tras la recomendación realizada por el Dictamen del Consejo de Estado 34/2019, de 11 de abril de 2019, en el que se considera que la expresión «actos de trascendencia personal» era tan amplia que *«podría no respetar dicha reserva, en los términos delimitados por el Tribunal Constitucional en sus Sentencias 129/1999, 131 y 132/2010, ya que podría interpretarse como la norma que “habilita al Juez para acordar una privación de libertad en el concreto supuesto ahí contemplado” (Sentencia 129/1999)»*⁹. En consecuencia, se promovió la redacción alternativa que ahora estudiamos, excluyéndose el internamiento por razón de trastorno psíquico y todas las intervenciones clínicas derivadas de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (en adelante Ley 41/2002) (GUILARTE MARTÍN-CALERO, 2021, 796).

A) El internamiento involuntario

El internamiento supone una medida de privación de libertad y, por ello, se exige que sea decidido voluntariamente por el afectado. Cuando se produzca de manera involuntaria y por razón de trastorno psíquico, el artículo 763.1 LEC señala que se requerirá previa autorización judicial. Sin embargo, si el internamiento se ha producido por razones de urgencia que hacían necesaria la inmediata adopción de la medida, el responsable del centro habrá de comunicarlo al juez en el plazo de veinticuatro horas para que, en su caso, ratifique tal medida.

La sentencia del Tribunal Constitucional de 1 de febrero de 2016¹⁰, analiza un supuesto de internamiento involuntario en un centro geriátrico. En este caso, la recurrente acudió al Tribunal Constitucional en amparo ante la posible vulneración de su derecho a la libertad personal por haber sido

ingresada involuntariamente en una residencia de mayores al considerar las trabajadoras sociales que se encontraba en una grave situación de riesgo por su extrema delgadez, síndrome de Diógenes y deterioro cognitivo. Las trabajadoras sociales integrantes del «equipo de internamientos involuntarios» de la Central Samur social de Madrid, comunicaron al juez de primera instancia el internamiento, que lo ratificó e igualmente sucedió en apelación. La mencionada sentencia otorgó el amparo en aplicación de la doctrina sentada en la sentencia del Tribunal Constitucional, de 2 de julio de 2012, puesto que el internamiento involuntario, por razones de urgencia, debe ser comunicado por el responsable del centro al juez competente en un plazo improrrogable de veinticuatro horas desde que se realizó el ingreso, y con fundamento en un informe médico que acredite el trastorno aducido. Sin embargo, la comunicación no se realizó, y el juzgado competente conoció el internamiento involuntario por medio de un informe suscrito por una trabajadora social. Por ello, la sentencia declara vulnerado el derecho a la libertad personal de la recurrente.

La relevancia de la sentencia es la consideración del procedimiento a seguir del artículo 763 LEC para el ingreso forzoso en una residencia geriátrica, realizando una interpretación amplia del precepto, a pesar de no ser un centro de salud mental, y asimismo se señala que el responsable del centro estará sujeto al régimen del mencionado precepto: «...nada obsta a que una residencia geriátrica pueda ser el “centro” al que se refiere el artículo 763.1 LEC, siempre que, además de cumplir con todos los requerimientos legales y administrativos para su funcionamiento, se halle en condiciones de cumplir con esas condiciones imprescindibles para el tratamiento psiquiátrico». También se descarta que proceda el cauce del procedimiento contemplado en el artículo 763 LEC si no es precisa una urgente intervención sanitaria por enfermedades degenerativas como la demencia senil o las enfermedades de Alzheimer, puesto que son trastornos psíquicos, lo que no se da normalmente en el caso de internamiento para el cuidado en centros asistenciales o geriátricos.

B) El consentimiento informado en el ámbito de la salud. En particular, la vacunación contra el Covid-19 de personas con discapacidad

El artículo 287.1.º del Código Civil con relación al consentimiento informado para intervenciones en el ámbito de la salud e intervención del curador, se remite a la normativa especial existente en la materia. En particular, debemos atender a la Ley 41/2002 cuando establece en su artículo 9.3 que «[s]e otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos:

a) *Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.*

b) *Cuando el paciente tenga la capacidad modificada judicialmente y así conste en la sentencia». Interpretando este apartado conforme a la reforma efectuada por la Ley 8/2021 si la persona con discapacidad cuenta, para el ejercicio de su capacidad jurídica, con un curador representativo nombrado al efecto en resolución judicial, será quien tenga que consentir la intervención, siempre que la curatela representativa se extienda a este tipo de actos, sin necesidad de autorización judicial previa.*

En el supuesto de que la prestación del consentimiento informado, por el representante legal —en la actualidad curador representativo— sea contrario al mayor beneficio para la vida o salud del paciente dispone el artículo 9.6 de la precitada Ley 41/2002 que deberá *«...ponerse en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, para que adopte la resolución correspondiente, salvo que, por razones de urgencia, no fuera posible recabar la autorización judicial, en cuyo caso los profesionales sanitarios adoptarán las medidas necesarias en salvaguarda de la vida o salud del paciente, amparados por las causas de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad».*

Por tanto, la autorización judicial en materia de consentimiento informado en el ámbito de la salud solo será necesaria en los casos que la actuación sea contraria a los intereses del paciente, y en el supuesto de que no fuera posible recabar la autorización judicial por razones de urgencia, los profesionales sanitarios adoptarán las medidas necesarias en interés del paciente.

Tenemos que mencionar que esta Ley ya contemplaba, antes de la reforma introducida por la Ley 8/2021, la posibilidad de prestación del consentimiento de las personas con discapacidad por sí mismas, participando en la medida de sus posibilidades en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario. En concreto, en el apartado séptimo del artículo 9 de la Ley 41/2002, introducido por la disposición final segunda de la Ley 26/2015, de 28 de julio, señala: *«El paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario. Si el paciente es una persona con discapacidad, se le ofrecerán las medidas de apoyo pertinentes, incluida la información en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad, para favorecer que pueda prestar por sí su consentimiento».*

En los últimos tiempos han surgido numerosos conflictos ante la negativa del curador representativo de administrar la vacuna contra el Covid-19,

entendiéndose que va en contra de los intereses de la persona con discapacidad, quedando abierta la vía judicial.

De conformidad con lo anteriormente expuesto, la decisión para esta actuación médica por el curador representativo —o por los tutores del sistema anterior— no requiere autorización judicial previa del artículo 287 del Código Civil —anterior artículo 271 CC— de conformidad con la Ley 41/2002. Sin embargo, al ser la decisión adoptada por el curador representativo contraria a los intereses del paciente con discapacidad, se requiere la puesta en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, para que adopte la resolución correspondiente.

Por su parte, el auto de la Audiencia Provincial de Valencia de 4 de junio de 2021, recoge el supuesto de requerimiento de autorización judicial por un centro residencial para que una interna, incapacitada de cuarenta y dos años, se vacunase contra el Covid-19 al negarse su tutora a ello¹¹.

Por un lado, el artículo 9.3 de la Ley 41/2002, en su apartado b), prevé que el consentimiento para actuaciones médicas se obtendrá por representación cuando se trate de un paciente con la capacidad modificada judicialmente y así conste en la sentencia. Asimismo, el apartado sexto del mencionado artículo dispone que la decisión se deberá adoptar atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente. Y continúa el apartado séptimo estableciendo que *«[e]l paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario. Si el paciente es una persona con discapacidad, se le ofrecerán las medidas de apoyo pertinentes, incluida la información en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad, para favorecer que pueda prestar por sí su consentimiento»*.

Por otro lado, dispone la legislación valenciana en la materia, concretamente, en el artículo 43.4 de la Ley 10/2014, de 29 de diciembre, de Salud de la Comunitat Valenciana, cuando prevé el consentimiento por representación para personas con la capacidad modificada judicialmente, y en el apartado sexto dispone que la decisión deberá adoptarse atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente.

La Sala autoriza judicialmente la vacunación, pese a la negativa del tutor, las siguientes razones, que constan en su fundamento de derecho tercero:

«—De acuerdo con los informes médicos obrantes en autos no existe contraindicación para la administración de la vacuna.

— Se recomienda su administración en dichos informes dado que el paciente tiene un alto riesgo al estar en régimen cerrado en una residencia con una población de alto riesgo.

— Es un hecho notorio los altos índices de infección y mortalidad a consecuencia de la epidemia de COVID en las residencias.

— Por otro lado la persona a vacunar ha expresado claramente en su examen ante el juez de instancia su voluntad de vacunarse. Se trata de una persona que a pesar de tener una discapacidad intelectual severa a consecuencia del síndrome de Down, es una paciente independiente para la mayoría de las actividades de la vida diaria y tiene una disminución cognitiva muy leve según el informe del médico de la residencia. A este respecto no hay que olvidar que de acuerdo con el artículo 9.7 segundo párrafo de la anteriormente citada ley estatal de autonomía del paciente, el paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario. Si el paciente es una persona con discapacidad, se le ofrecerán las medidas de apoyo pertinentes, incluida la información en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad, para favorecer que pueda prestar por sí su consentimiento». Por ello entiende la Sala que en absoluto debe desdeñarse teniendo en cuenta las anteriores circunstancias el consentimiento de la persona incapacitada.

— En contraposición no se observa una posición tan firme en la tutora que actúa más que por convencimiento propio por temor a las recriminaciones de los hermanos en el caso de que pasara algo.

— De acuerdo con el artículo 9.6 de la citada ley estatal de autonomía del paciente, y el artículo 43.6 de la citada ley de Sanidad de la Comunidad Valenciana la decisión deberá adoptarse atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente, Por tanto la única perspectiva a ponderar en el caso es la individual del paciente, es decir la identificación de la mayor protección y del mejor beneficio de la salud del residente, debiendo quedar al margen cualesquier otra consideración de Salud Pública, dada la naturaleza voluntaria de la citada vacuna, debiendo quedar asimismo al margen otros intereses así como cualquier consideración accesorio como el eventual beneficio para los restantes residentes y para los trabajadores del centro residencial. Justamente en este apartado es en el que la Sala difiere de la valoración del juez de instancia, puesto que la administración de la vacuna supone, desde la perspectiva del interés individual del incapaz y protección para la vida y salud del mismo, un beneficio incontestable, mucho mayor que los riesgos que supondría la no administración de la misma, teniendo en cuenta que si bien no se trata de una persona que por sus patologías esté en un grupo de riesgo, sí lo está por estar en régimen cerrado en una residencia, rodeado de decenas de internos, y con el tráfico de personas diversas, personal, médicos, familiares., lógico en una residencia. Hay que tener en cuenta que las vacunas que se administran en España, están autorizadas por la Agencia Europea del Medicamento y la Agencia

Española del Medicamento y Productos Sanitarios, además de sometidas a un continuo seguimiento, lo que permite suponer que las mismas se han elaborado —a pesar de la celeridad del proceso— con las máximas garantías de calidad, seguridad y eficacia y que por ello mismo los beneficios de la administración de las mismas superan notoriamente los riesgos derivados de la misma constatados hasta el momento.

Por todo ello debe autorizarse la administración de la vacuna, de acuerdo también con el informe del Ministerio Fiscal, y revocarse el auto de instancia».

En este mismo sentido, el auto de la Audiencia Provincial de Santander, de 3 de noviembre de 2021, en el que el juez pondera si la negativa personal de la tutora salvaguarda adecuadamente la salud física y emocional de quien no tiene capacidad para adoptar su propia decisión, de conformidad con el artículo 9 de la Ley 41/2002. La directora de la Residencia de mayores solicitó autorización judicial para la vacunación contra el Covid-19 de una persona de 65 años afectada por discapacidad cuya tutora presentaba oposición a la administración de la misma. En su fundamento de derecho tercero se recoge que los informes médicos hacen constar que no existe contraindicación clínica para que se pueda administrar la vacuna. «El grupo de personas mayores con el que convive como residente la persona a vacunar ha padecido una alta tasa de mortalidad ante una infección por COVID, siendo por ello sumamente importante su vacunación. Se trata de un paciente institucionalizado en régimen cerrado con otros pacientes de alto riesgo, por lo que se trata de lograr que la vulnerable población conviviente alcance una resistencia de grupo contra un contagio o, al menos, de conseguir paliar la enfermedad en sus estadios más graves, evitando así muertes y secuelas. Por tanto, la vacunación se patentiza imprescindible para proteger la vida y la salud de la persona afectada de discapacidad y de todos aquellos que, haciendo uso del recurso residencial, y por razón de edad, constituyen un colectivo de riesgo, y también de preservar la salud del personal especializado y de los sanitarios que prestan materialmente, en primera línea y de manera continuada, su asistencia al incapacitado. Comparte este tribunal la consideración efectuada por el Ministerio Fiscal en su informe en el sentido de que no se pueden seguir obteniendo los beneficios del recurso residencial sin acatar las normas de convivencia que protegen la salud de todos, también del tutelado, y sin ofrecer tampoco otra alternativa residencial distinta. Hay que añadir, por último, que la decisión de no vacunar impide al tutelado participar en los talleres de trabajo en Ampros, generándose así una injustificada situación de aislamiento social que, sin duda alguna, compromete seriamente su bienestar emocional»¹².

Como sostiene BERROCAL (2021, 2424), en este caso, a pesar de esta doctrina jurisprudencial, no será necesaria la autorización judicial para ad-

ministrar la vacuna contra el Covid-19, puesto que el artículo 9.2 de la Ley 41/2002 dispone que *«[l]os facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, en los siguientes casos: a) Cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley. En todo caso, una vez adoptadas las medidas pertinentes, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 3/1986, se comunicarán a la autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas siempre que dispongan el internamiento obligatorio de personas»*.

2. ENAJENACIÓN O GRAVAMEN DE DETERMINADOS BIENES

Dispone el artículo 287 del Código Civil, en su apartado segundo, que el curador representativo necesita autorización judicial para *«[e]najenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, bienes o derechos de especial significado personal o familiar, bienes muebles de extraordinario valor, objetos preciosos y valores mobiliarios no cotizados en mercados oficiales de la persona con medidas de apoyo, dar inmuebles en arrendamiento por término inicial que exceda de seis años, o celebrar contratos o realizar actos que tengan carácter dispositivo y sean susceptibles de inscripción. Se exceptúa la venta del derecho de suscripción preferente de acciones. La enajenación de los bienes mencionados en este párrafo se realizará mediante venta directa salvo que el Tribunal considere que es necesaria la enajenación en subasta judicial para mejor y plena garantía de los derechos e intereses de su titular»*.

El artículo 287.2.º del Código Civil —anterior artículo 271.2.º CC— recoge la exigencia de autorización judicial para la *«enajenación de los bienes inmuebles»* de la persona con discapacidad, preferentemente mediante venta directa, salvo que el tribunal considere que es necesaria la subasta judicial para mejor y plena garantía de los derechos e intereses de su titular¹³. En este sentido, cabe citar el auto de la Audiencia Provincial de Cantabria 183/2021, de 13 de octubre, que desestima el recurso en base al artículo 65.1 Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (en adelante, LJV o Ley 15/2015), puesto que, con la justificación ofrecida por la parte recurrente, considera el Tribunal que la enajenación no resulta conveniente a los intereses de la persona con capacidad modificada judicialmente. Por tanto, la Sentencia deniega la autorización de la venta del inmueble pues la oferta no es ventajosa para los intereses de la persona con discapacidad, y existe además un proceso abierto sobre su titularidad definitiva.

En los *«establecimientos mercantiles o industriales»* se requiere el otorgamiento previo de autorización judicial, solicitada por el curador represen-

tativo, para su enajenación o gravamen, así como los que se realicen sobre los elementos esenciales de los cuales depende su funcionamiento.

El señalado artículo 287.2.º del Código Civil, añade la necesidad de autorización judicial para «*enajenar o gravar bienes o derechos de especial significado familiar o personal*», siendo un concepto indeterminado, el cual en nuestra opinión no será de fácil precisión y tendrá un desarrollo doctrinal y jurisprudencial relevante.

La enajenación o gravamen de bienes muebles sujetos a autorización judicial se refiere a los de extraordinario valor —concepto que deberá establecerse en relación con el patrimonio del curatelado—, no siendo necesaria para enajenar o gravar bienes muebles de escasa relevancia económica. El precepto indica bienes muebles, puesto que los inmuebles siempre están sujetos a autorización judicial, independientemente del valor que tengan. Si bien se presenta como una novedad la referencia expresa a «*bienes muebles de extraordinario valor*», consideramos que se trata de una redundancia al entender la jurisprudencia, con anterioridad a la reforma, que se encontraban incluidos dentro del término «objetos preciosos» que recogía el *ex* artículo 271 del Código Civil.

El artículo 166 del Código Civil siendo el homólogo al artículo 287 del Código Civil en referencia a determinados actos de disposición que ejercen los progenitores sobre los bienes y derechos de sus hijos menores que requieren la obtención previa de la correspondiente autorización judicial, el precepto incluye objetos preciosos, pero no bienes muebles de extraordinario valor.

El término «*objetos preciosos*» hace referencia a los objetos que, sin tener un valor extraordinario, tengan la cualidad de precioso, tales como alhajas, obras artísticas o antigüedades. No se debe atender solamente al valor del objeto, sino que tiene que ponerse en relación con el resto de patrimonio del discapacitado necesitado de medidas de apoyo, puesto que un bien de cierto valor puede pasar inadvertido en un gran patrimonio, pero en otro puede constituir el elemento principal.

La enajenación o gravamen de *valores mobiliarios no cotizados en mercados oficiales de la persona con medidas de apoyo* queda sujeta a autorización judicial previa para adoptar una decisión sobre la necesidad o conveniencia de la enajenación y disipar cualquier tipo de maniobra fraudulenta. Por el contrario, se dispensa *a sensu contrario*, la enajenación o gravamen de valores mobiliarios cotizados en mercado oficial por la agilidad que requiere la operación en el tráfico bursátil (GUILARTE MARTÍN-CALERO, 2021, 805). Sin embargo, si la cuantía enajenada en los valores cotizados en mercado oficial fuese de extraordinario valor en relación con el patrimonio del curatelado, podríamos sostener que sí quedaría sujeta la operación a autorización judicial. Del mismo modo, la enajenación o gravamen de participaciones

sociales en sociedades limitadas no queda sujeta tampoco a autorización judicial, salvo que sean consideradas bienes muebles de extraordinario valor.

Asimismo, se incluye en este apartado segundo del artículo 287 del Código Civil la exigencia por el curador representativo de previa autorización judicial para *dar inmuebles en arrendamiento por término inicial que exceda de seis años*. Con esta redacción queda claro que no será necesaria autorización judicial para el arrendamiento de inmuebles con un plazo inicial inferior a seis años, aunque pudiera superarse este plazo en virtud de las prórrogas que contempla la norma, aspecto que generaba dudas en su anterior regulación en el artículo 271.6.º del Código Civil que señalaba que el tutor necesitaba autorización judicial para «*[p]ara ceder bienes en arrendamiento por tiempo superior a seis años*». Al respecto, cabe mencionar la resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, de 15 de julio de 2021, la cual hace referencia al artículo 287.2.º del Código Civil, aclarando que «[...] para apreciar si la duración del plazo previsto en el contrato excede o no de los seis años y, por tanto, si es un acto de disposición o de administración, no deben tenerse en cuenta las prórrogas legales forzosas, sino únicamente el “término inicial”, expresión que se utiliza en la redacción del referido artículo 287.2.º que entrará en vigor el 3 de septiembre de 2021, y que, durante la elaboración parlamentaria de la nueva norma, se justificó así en la enmienda número 261 del Grupo Parlamentario Socialista: “Se incluye la palabra ‘término inicial’ en lugar de ‘tiempo’ dado que, de lo contrario, podría interpretarse que no se puede arrendar ninguna vivienda sin autorización judicial, teniendo en cuenta la existencia de prórrogas forzosas en favor del arrendatario”»¹⁴. Retengamos que el arrendamiento de inmuebles por un tiempo inicial superior a seis años es un acto de disposición.

La *celebración de contratos o la realización de actos que tengan carácter dispositivo y sean susceptibles de inscripción* requieren el otorgamiento de la previa autorización judicial solicitada por el curador representativo, «*exceptuándose la venta del derecho de suscripción preferente de acciones*». Si los contratos se celebran exceptuando el requisito anterior, señala el artículo 1291 del Código Civil, en su apartado primero, que son rescindibles «*siempre que las personas a quienes representen hayan sufrido lesión en más de la cuarta parte del valor de las cosas que hubiesen sido objeto de aquellos*».

Al final de este apartado segundo del artículo 287 del Código Civil, se incluye una referencia a la venta directa como procedimiento de enajenación de los bienes mencionados anteriormente, salvo que el Tribunal considere que es necesaria la enajenación en subasta judicial para mejor y plena garantía de los derechos e intereses de su titular.

La preferencia por el procedimiento de venta directa se trata de una inversión de lo dispuesto en la regulación anterior a la reforma. En concreto puede verse como el suprimido artículo 65.2 LJV, por el artículo 7.16 de

la Ley 8/2021, preveía la subasta como medio ordinario de enajenación en caso de que el juez otorgase la autorización judicial, y solo en el supuesto de que el solicitante lo pidiese se procedería a la venta directa acompañando un dictamen pericial de valoración o a la venta por persona o entidad especializada. Incluso con anterioridad a la Ley 15/2015, a pesar de que la Ley de Enjuiciamiento Civil contemplaba la subasta judicial, se abrió camino a la venta directa por persona o entidad especializada, como destacaba con acierto GALLEGO DOMÍNGUEZ (2010, 565-584).

Al respecto, mostramos nuestra conformidad con la supresión del apartado, puesto que normalmente los curadores representativos cuando acuden a un procedimiento de jurisdicción voluntaria tienen un comprador por un precio cierto para el bien, no siendo necesaria la subasta, y, asimismo, aplicando la subasta, el valor de los bienes normalmente se devalúa considerablemente a consecuencia de falta de postores. La pública subasta solo tendría sentido si previamente se tuviesen varios posibles compradores dispuestos a pagar un precio mínimo.

Por otro lado, consideramos conveniente que se haya prescindido de la enajenación en pública subasta puesto que además de los problemas prácticos que plantea, otros textos normativos la excluyen como el artículo 5.2 de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, al disponer que *«en ningún caso será necesaria la subasta pública para la enajenación de los bienes o derechos que integran el patrimonio protegido»*.

Sin embargo, la supresión de la subasta pública y su modificación por la venta directa recogida en el artículo 287.2.º del Código Civil *in fine* resulta contraria al subsistente artículo 63.3 Ley 15/2015 que recoge expresamente *«Si la solicitud fuera para la realización de un acto de disposición podrá también incluirse en la solicitud la petición de que la autorización se extienda a la celebración de venta directa, sin necesidad de subasta ni intervención de persona o entidad especializada. En este caso, deberá acompañarse de dictamen pericial de valoración del precio de mercado del bien o derecho de que se trate y especificarse las demás condiciones del acto de disposición que se pretenda realizar»*.

De lo expuesto, podemos concluir que la regla general actualmente es la venta directa para la enajenación de los bienes mencionados en el artículo 287.2.º del Código Civil y será preciso acompañar a la solicitud de autorización dictamen pericial de valoración del precio de mercado del bien o derecho de que se trate y especificarse las demás condiciones del acto de disposición que se pretenda realizar —artículo 63.3 LJV—. Todo ello, como indica el final del artículo 287.2.º del Código Civil, *«salvo que el Tribunal considere que es necesaria la enajenación en subasta judicial para mejor y plena garantía de los derechos e intereses de su titular»*. En ambos casos, el

juez podrá adoptar las medidas necesarias para asegurar que la cantidad obtenida por el acto de enajenación o gravamen, así como por la realización del negocio o contrato autorizado se aplique a la finalidad en atención a la que se hubiere concedido la autorización —artículo 66 LJV— (GUILARTE MARTÍN-CALERO, 2021, 804).

3. DISPOSICIÓN A TÍTULO GRATUITO DE BIENES O DERECHOS

En el apartado tercero del artículo 287 del Código Civil se exige la autorización judicial previa para que el curador representativo pueda «*disponer a título gratuito de bienes o derechos de la persona con medidas de apoyo*». Esta previsión normativa ya se encontraba en el anterior artículo 271.9.º del Código Civil para los tutores, añadiendo el nuevo artículo 287.3.º del Código Civil una excepción «*salvo los que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar*», que podrán realizarse sin control judicial, siendo estos conceptos indeterminados que plantearán dudas y será labor de la doctrina y jurisprudencia su determinación. Por su parte, BERROCAL LANZAROT señala que el empleo de la conjunción copulativa «y» nos indica que deben concurrir ambos requisitos para que no sea preceptiva la previa autorización judicial (BERROCAL LANZAROT, 2021, 2420).

Nos surge la duda acerca de aquellos casos en que la persona con discapacidad no puede expresar su voluntad, deseos y sus preferencias, pero en base a la conducta seguida por la misma durante su trayectoria vital, que siempre ha realizado anualmente, por ejemplo, una donación a una entidad benéfica, se permite inferir que su deseo es realizar esa disposición a título gratuito de bienes o derechos por su curador con facultades de representación. En este caso, nos preguntamos si el juez, en los supuestos de donaciones que no tengan escasa relevancia económica, denegará la autorización por considerar la donación perjudicial para el patrimonio de la persona protegida, o, por el contrario, que esta redundará en su interés personal por considerarla acorde con el respeto a su voluntad y deseos exteriorizados en el pasado. Pues bien, de conformidad con el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad, y como sostiene GUILARTE MARTÍN-CALERO, consideramos que tiene que ser autorizada la donación, puesto que se tiene que garantizar el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás, y para ello, se tiene que atender a la voluntad, deseos y preferencias de las personas (GUILARTE MARTÍN-CALERO, 2021, 807-808).

Por tanto, el curador representativo tiene que solicitar autorización judicial previa para la disposición gratuita de alguno de los bienes de la

persona necesitada de medidas de apoyo. Al respecto, la sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña, de 4 de junio, expone el caso de la ocupación por el tutor de la vivienda del incapaz sin pagar renta alguna, ni haber solicitado autorización judicial previa. La sentencia argumenta, en su fundamento de derecho sexto, que, para hacer uso de la vivienda del incapaz, en su propio beneficio y sin pagar renta alguna, el tutor debería haber solicitado autorización judicial. Asimismo, el no abonar ningún tipo de renta, supone una cesión en precario de bienes del incapaz que precisa autorización judicial, la cual nunca podría otorgarse por ser contraria al interés del incapaz¹⁵.

4. RENUNCIA DE DERECHOS, TRANSACCIÓN Y SOMETIMIENTO A ARBITRAJE

El apartado cuarto del artículo 287 del Código Civil dispone la preceptiva solicitud por el curador representativo para «*[r]enunciar derechos, así como transigir o someter a arbitraje cuestiones relativas a los intereses de la persona cuya curatela ostenta, salvo que sean de escasa relevancia económica. No se precisará la autorización judicial para el arbitraje de consumo*». Este artículo 287.4.º del Código Civil coincide en el inicio de su redacción con el anterior artículo 271.3.º del Código Civil, y tras la reforma se añade la dispensa de autorización judicial previa a los actos que sean «*de escasa relevancia económica*» tanto en el caso como de la renuncia, la transacción o sometimiento a arbitraje, quedando excluido, en todo caso, el sometimiento a arbitraje de consumo. El concepto impreciso al que se alude nos lleva a pensar que para su valoración tendrían que ponerse en relación con el patrimonio del sujeto curatelado, y así considerar si es de escasa relevancia económica (GUILARTE MARTÍN-CALERO, 2021, 809).

En lo que respecta a la transacción, el artículo 1811 del Código Civil, reformado por la Ley 8/2021, reitera esta necesidad de autorización judicial «*El tutor y el curador con facultades de representación necesitarán autorización judicial para transigir sobre cuestiones relativas a los intereses de la persona cuya representación ostentan, salvo que se trate de asuntos de escasa relevancia económica*». La solicitud de esta autorización para transigir está regulada en el artículo 63.2 LJV que indica que irá acompañada del documento en que se hubieren formulado las bases de la transacción.

Pese a no especificar el artículo 287.4.º del Código Civil sobre qué tipo de arbitraje es aplicable la necesidad de autorización judicial, como sostiene PARRA LUCÁN, se entiende que afecta tanto al arbitraje de equidad como al arbitraje de Derecho, quedando excluido el arbitraje de consumo (PARRA LUCÁN, 2011, 311).

5. ACEPTAR SIN BENEFICIO DE INVENTARIO CUALQUIER HERENCIA O REPUDIAR ESTA O LAS LIBERALIDADES

El artículo 285.5 del Código Civil dispone que el curador representativo necesita autorización judicial para «[a]ceptar sin beneficio de inventario cualquier herencia o repudiar esta o las liberalidades», y encuentra su antecedente en el anterior artículo 271.4.º del Código Civil, continuando su redacción sin modificación alguna tras la reforma, al tratarse de actos que implican un riesgo patrimonial —aceptar una herencia sin beneficio de inventario— o pueden ser perjudiciales —repudiar una herencia y liberalidades—, y por ello, no será necesaria la autorización judicial previa para aceptar a beneficio de inventario la herencia, los legados y la donación pura y simple, y será un requisito *sine qua non* para aceptar pura y simplemente la herencia y los legados y donaciones modales u onerosas. La necesidad de autorización judicial se fundamenta en el hecho.

Esta exigencia se reitera en el artículo 93.2.b) LJV cuando expresa «*En todo caso, precisarán autorización judicial: Los tutores, los curadores representativos y, en su caso, los defensores judiciales, para aceptar sin beneficio de inventario cualquier herencia o legado o para repudiar los mismos*» y en el artículo 95 LJV dispone que: «1. El Juez, teniendo en cuenta la justificación ofrecida y valorando su conveniencia a los intereses de los llamados a la herencia, resolverá concediendo o denegando la autorización o aprobación solicitada. 2. En el caso de haberse solicitado autorización o aprobación para aceptar sin beneficio de inventario o repudiar la herencia, si no fuera concedida por el Juez, solo podrá ser aceptada a beneficio de inventario. 3. La resolución será recurrible en apelación con efectos suspensivos».

6. GASTOS EXTRAORDINARIOS

El apartado sexto del artículo 287 del Código Civil señala que el curador representativo, de la persona que precisa el apoyo, requiere previa autorización judicial para «[h]acer gastos extraordinarios en los bienes de la persona a la que presta apoyo», y encuentra su antecedente en el anterior artículo 271.5.º del Código Civil, sin especificar sobre qué tipo de bienes deben recaer los gastos extraordinarios, y por ello, se entiende que se refiere a todos los bienes titularidad de la persona a la que presta el apoyo, sean muebles o inmuebles.

El curador puede actuar por sí solo en los actos ordinarios, ya sean que afecten a la esfera personal —educación y cuidado personal del tutelado—, como en la patrimonial —administración y gestión ordinaria del patrimonio—. En cambio, necesita autorización judicial para los gastos

extraordinarios, es decir, aquellos que exceden del ejercicio habitual del cargo o suponen una cifra económica elevada excediendo de la mera conservación (DÍAZ PARDO, 2022, 113; PALOMINO DÍEZ, 2006, 512).

7. INTERPOSICIÓN DE DEMANDA

El artículo 287.7.º del Código Civil dispone que el curador representativo tiene que solicitar previa autorización judicial para «*[i]nterponer demanda en nombre de la persona a la que presta apoyo, salvo en los asuntos urgentes o de escasa cuantía. No será precisa la autorización judicial cuando la persona con discapacidad inste la revisión de la resolución judicial en que previamente se le hubiesen determinado los apoyos*», y encuentra su antecedente en el anterior artículo 271.6.º del Código Civil.

Se exceptúan de control judicial los asuntos urgentes, que impliquen una pérdida de oportunidad como el vencimiento de un plazo procesal y no puedan aplazarse en el tiempo, y los de escasa cuantía por la falta de riesgo para el patrimonio del curatelado. Ambas posibles excepciones tienen que justificarse en el informe de actuación del curador a la autoridad judicial.

En el supuesto de que la demanda se interpusiese sin la preceptiva autorización judicial, el juez podrá no admitir la demanda en base a los artículos 7.2, 9 y 264.2 LEC.

Como nos indica ROVIRA SUEIRO y LEGERÉN MOLINA, el precepto mencionado utiliza el término «interponer demanda», por ello, a *sensu contrario* no será necesaria autorización judicial para su contestación, interposición de recursos o para iniciar los trámites de la jurisdicción voluntaria, donde técnicamente, no se interpone demanda (ROVIRA SUEIRO y LEGERÉN MOLINA, 2016, 189).

Esta nueva redacción dada por la reforma de la Ley 8/2021, introduce una novedad con respecto al anterior artículo 271.6.º del Código Civil al incluir la salvedad de autorización judicial «*cundo la persona con discapacidad inste la revisión de la resolución judicial en que previamente se le hubiesen determinado los apoyos*». En referencia a ello, tenemos que señalar las dos reflexiones que compartimos de GUILARTE MARTÍN-CALERO (2021, 811-812):

Primero, la ubicación del artículo 287.7.º del Código Civil *in fine* no es correcta puesto que del tenor literal se desprende que se refiere a actuaciones procesales que realice la persona con discapacidad por sí misma, y este precepto está dirigido a los actos que realice el curador como representante y requieran del control judicial.

Segundo, si entendemos que la intención del legislador, a pesar de no estar en concordancia con la interpretación literal, ha sido destacar que no

es preceptiva la autorización judicial cuando se inste la revisión de las medidas por parte del curador era innecesario, puesto que el precepto utiliza el término «interponer demanda» y el procedimiento para instar la revisión judicial en que previamente se le hubiesen determinado los apoyos es de jurisdicción voluntaria previsto en el artículo 42 bis c) LJV, por lo que se entiende excluido del requisito de autorización judicial previa.

La Ley 8/2021, introduce y prioriza un nuevo expediente de jurisdicción voluntaria de provisión de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad cuando resulte pertinente la provisión de alguna medida judicial de apoyo de carácter estable y no exista oposición. La provisión judicial de apoyos es regulada por la LJV —artículos 756.1 LEC y 42 bis a) LJV—.

Sin embargo, el procedimiento puede transformarse en contencioso cuando, según el artículo 756.1 LEC, resulte pertinente el nombramiento de un curador, se haya formulado oposición en el previo expediente de jurisdicción voluntaria o cuando el expediente no haya podido resolverse. Los procesos de adopción de medidas judiciales de apoyo se regirán por la LEC y es necesario interponer demanda al ser un proceso contencioso para la adopción judicial de medidas de apoyo a personas con discapacidad —artículo 757.1 LEC—.

Cuando el expediente se reconduce a un proceso contencioso sí es necesario el requisito de previa autorización judicial por el curador representativo al tratarse de una interposición de demanda, y en este supuesto sí tendría sentido la redacción del precepto señalado.

8. DAR Y TOMAR DINERO A PRÉSTAMO Y PRESTAR AVAL O FIANZA

El anterior artículo 271.8.º del Código Civil requería la previa autorización judicial solicitada por el tutor *«[p]ara dar y tomar dinero a préstamo»*, coincidiendo con la redacción del actual artículo 287.8.º del Código Civil. Sin embargo, tras la reforma se añade prestar garantías personales, aval y fianza, al igual que expresamente lo admite el Derecho catalán en el artículo 222-43.1.h) de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia: *«1. El tutor y el administrador patrimonial necesitan autorización judicial para los siguientes actos: h) Avalar, prestar fianza o constituir derechos de garantía de obligaciones ajenas»*. También se han de entender incluidos en este apartado otro tipo de operaciones con la misma finalidad crediticia.

El motivo del requisito preceptivo de autorización judicial en estos casos, alude al riesgo patrimonial que implican este tipo de operaciones económicas, puesto que ante el incumplimiento de la obligación principal de un tercero respondería la persona con discapacidad necesitada de medidas de

apoyo con su patrimonio. Si el curatelado toma dinero a préstamo, el control judicial verificará el destino de la cantidad prestada y las condiciones pactadas para su devolución, y si el curatelado da dinero a préstamo, el juez comprobará la solvencia del prestatario y las garantías de pago que existen ante el riesgo posible de incumplimiento (GUILARTE MARTÍN-CALERO, 2021, 812).

Por último, tenemos que mencionar la no inclusión, en el artículo 287.8.º del Código Civil, como excepción de autorización judicial la compra con subrogación en el préstamo hipotecario o la financiación del precio de la compra mediante un nuevo préstamo hipotecario. Por el contrario, en el Derecho catalán se dispensa de la autorización judicial el acto de gravamen o de subrogación en un gravamen cuando «*se haga para financiar la adquisición del bien*», y exige autorización judicial para dar y tomar dinero a préstamo o a crédito «*salvo que este se constituya para financiar la adquisición de un bien*» —artículo 222-43.1 a) y f) del Código Civil de Cataluña—. Por tanto, si el legislador no ha contemplado esta excepción entendemos que su voluntad es continuar con el requisito preceptivo de previa autorización judicial por el curador representativo cuando se realicen estos actos.

9. CONTRATOS DE SEGURO, RENTA VITALICIA Y OTROS ANÁLOGOS

El apartado noveno del artículo 287 del Código Civil supone una novedad legislativa tras la reforma, en el cual se dispone que el curador representativo requerirá la solicitud previa de autorización judicial para «*[c]elebrar contratos de seguro de vida, renta vitalicia y otros análogos, cuando estos requieran de inversiones o aportaciones de cuantía extraordinaria*». Para GUILARTE MARTÍN-CALERO se puede apreciar la preocupación del legislador por la celebración de contratos de seguro de vida debiendo entenderse sometido al control judicial tanto la celebración del contrato como la modificación de las condiciones y de los beneficiarios establecidos inicialmente, lo que supondrá un impedimento a las situaciones de abuso que se han sucedido en la práctica (GUILARTE MARTÍN-CALERO, 2021, 812-813).

Por otro lado, nos cuestionamos si solamente se refiere estrictamente a los contratos mencionados y sus similares, o podría ampliarse este supuesto a otros tipos distintos, al no quedar clara la determinación del concepto de «*otros análogos*», en cuanto que se puedan incluir diversos tipos de inversiones financieras. Consideramos, al igual que PALLARÉS NEILA, que no debemos ceñirnos al *nomen iuris* del contrato, ni la familia a la que pertenezca, sino que debemos atender a que se trate de actos con singular trascendencia patrimonial no incluidos en ninguno de los párrafos anterior-

res. En este sentido, todos aquellos contratos que las entidades bancarias promueven, como los contratos de defunción de prima única o la adquisición de participaciones de un fondo de inversión o similares, necesitarán una autorización judicial previa a su formalización (PALLARÉS NEILA, 2022, 276).

En cuanto al último inciso del artículo 287.9.º del Código Civil «*cuando estos requieran de inversiones o aportaciones de cuantía extraordinaria*» indica que se trata de un concepto indeterminado que para su concreción habrá que atender al valor del patrimonio de la persona con discapacidad y a la cuantía de la inversión sobre el total del mismo. Con ello, se apela a los actos de relevancia patrimonial que puede ocasionar un perjuicio patrimonial para el discapacitado necesitado de medidas de apoyo cuando son realizados por el curador representativo, y por ello, el precepto requiere de control judicial.

La finalidad del artículo 287 del Código Civil estableciendo una enumeración taxativa mínima de actos para los cuales el curador necesita autorización judicial, es establecer un mecanismo que garantice adecuadamente y de la forma más eficaz la protección de la persona con discapacidad que necesita apoyo¹⁶.

Se establece en el artículo 288 del Código Civil la flexibilización a la regla general al indicar que «*La autoridad judicial, cuando lo considere adecuado para garantizar la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, podrá autorizar al curador la realización de una pluralidad de actos de la misma naturaleza o referidos a la misma actividad económica, especificando las circunstancias y características fundamentales de dichos actos*».

Además de las autorizaciones judiciales previas del artículo 287 del Código Civil, se contemplan en el artículo 289 del mismo cuerpo normativo, unos supuestos de autorización judicial *a posteriori*, cuyo antecedente antes de la reforma era el artículo 272 del Código Civil. Este precepto señala que no será necesaria la autorización judicial para que el curador representativo realice la partición de herencia o división de cosa común (RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, 2021, 357; y, CARRANCHO HERRERO, 2021, 245), sin embargo, una vez practicadas sí requerirán aprobación judicial *a posteriori*. Además, si hubiese nombrado un defensor judicial para la partición deberá obtener también la aprobación judicial, salvo que se hubiera dispuesto otra cosa al hacer el nombramiento —artículo 289 CC— (ROVIRA SUEIRO y LEGERÉN MOLINA, 2016, 190). Conviene señalar que según la STS 177/1996, de 12 de marzo de 1996, en su fundamento de derecho tercero, solo se precisa la aprobación judicial de la división de cosa común «[...] en el caso de que se lleve a cabo partición material con adjudicación de lotes entre los interesados, pero no se exige autorización judicial para que el representante de la incapaz se allane a una demanda de división de cosa común, en la que hay otros muchos demandados, entre los que sí se da

vinculo de litisconsorcio pasivo necesario, que exige una resolución uniforme. El allanamiento pues, ni perjudica en principio sus derechos, ni impide que se dicte resolución distinta a la aceptada [...]»¹⁷.

Por último, antes de autorizar o aprobar cualquiera de los actos mencionados, la autoridad judicial deberá oír al Ministerio Fiscal y a la persona con medidas de apoyo y recabará los informes que le sean solicitados o estime pertinentes —artículo 290 CC—.

III. LA PRECEPTIVA AUTORIZACIÓN JUDICIAL PREVIA DEL GUARDADOR DE HECHO

El legislador, con la entrada en vigor de la Ley 8/2021, ha habilitado al guardador de hecho ordinario para realizar válidamente ciertos actos sin necesidad de autorización judicial, tanto de naturaleza personal como patrimonial, por ejemplo, solicitar cualquier tipo de prestación social en favor de la persona con discapacidad (CORRIPIO GIL-DELGADO, 2022, 695-695). Así, el artículo 264.3 del Código Civil señala que *«[n]o será necesaria autorización judicial cuando el guardador solicite una prestación económica a favor de la persona con discapacidad, siempre que esta no suponga un cambio significativo en la forma de vida de la persona, o realice actos jurídicos sobre bienes de esta que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar»*.

Sin embargo, de conformidad con lo establecido en el artículo 264.2 del Código Civil *«[e]n todo caso, quien ejerza la guarda de hecho deberá recabar autorización judicial conforme a lo indicado en el párrafo anterior para prestar consentimiento en los actos enumerados en el artículo 287»*. En base a este precepto, el guardador de hecho precisa autorización judicial para los actos señalados en el artículo 287 del Código Civil a través del correspondiente expediente de jurisdicción voluntaria, en el que se oír a la persona con discapacidad. El juez concederá la autorización previa valoración de la situación de la guarda de hecho con los documentos acreditativos que se estimen para probar la existencia de la misma.

Con esta nueva regulación que elimina el continuo control judicial, y solamente, se acudirá al juez para solicitar su autorización en los actos enumerados en el artículo 287 del Código Civil. HERAS HERNÁNDEZ dispone que el legislador con la nueva Ley pretende que cuando la persona con discapacidad tenga asistencia de carácter familiar o por un centro, sea una residencia o centro específico, no cabría el nombramiento de un curador representativo, sino la designación formal como guardador de hecho. En el supuesto de que este último necesitase realizar alguna actuación de carácter representativo, debería instar el correspondiente expediente de guarda de hecho e incluso en el propio nombramiento solicitar de forma subsidiaria

que en la designación se autorice los actos que estimase conveniente el solicitante (HERAS HERNÁNDEZ, 2022, 425).

IV. CONCLUSIONES

I. Tras la aprobación de la Ley 8/2021 se ha reconocido un nuevo concepto de capacidad jurídica que engloba las tradicionales vertientes de la capacidad jurídica y la capacidad de obrar, es decir, tanto la titularidad de derechos como la legitimación para ejercitarlos. Se ha suprimido la incapacitación y la tutela de las personas con discapacidad, quedando reservada la institución de la tutela al ámbito de los menores no emancipados en situaciones de desamparo o no sujetos a patria potestad, y se ha consagrado la curatela como la principal medida de apoyo de origen judicial, que como regla general será de carácter asistencial, y excepcionalmente, de carácter representativa.

II. La medida de apoyo de la curatela representativa encuentra su similitud con la antigua tutela de los incapacitados, continuando el legislador con el régimen de autorizaciones judiciales que tenía previsto en el anterior artículo 271 del Código Civil para controlar la actuación del curador en aquellos casos en los que su intervención tenga tal relevancia personal y patrimonial que pueda originar un perjuicio para la persona con discapacidad. En la actualidad el curador representativo necesitará solicitar previa autorización judicial para realizar los actos de disposición sobre los bienes y derechos de la persona con discapacidad necesitada de medidas de apoyo comprendidos en el artículo 287 del Código Civil. No obstante, esta numeración no es una lista cerrada y el legislador ha facultado a la autoridad judicial para extenderla a cualesquiera otros que determine en su resolución constitutiva de la curatela.

III. Como regla general, el artículo 287 del Código Civil tiene carácter imperativo, cuando no existan medidas de apoyo voluntarias, mandatos y poderes preventivos o autocuratela, sin embargo, tendrá carácter dispositivo si existiesen medidas de apoyo voluntarias en las que la propia persona con discapacidad en escritura pública excluyese de la necesidad de autorización judicial al tercero apoderado o curador de la realización de alguno de los supuestos recogidos en el mencionado precepto. Los supuestos que contiene el mencionado precepto han introducido novedades y modificaciones con respecto al anterior artículo 271 del Código Civil, resaltando dos aspectos principales; primero, la preferencia del legislador por los «*actos de trascendencia personal o familiar*» que requieren actualmente autorización judicial previa, frente a la preferencia por los aspectos patrimoniales que se daba con anterioridad a la reforma, y segundo, la utilización de conceptos in-

determinados con las expresiones «*especial significado familiar o personal*», que será objeto de desarrollo doctrinal y jurisprudencial en el futuro para precisar sus significados, y «*los que tengan escasa relevancia económica*» para dispensar de la preceptiva autorización judicial en algunos de los supuestos.

IV. La Ley 8/2021 ha dado prevalencia a la figura del guardador de hecho como medida de apoyo a las personas con discapacidad, habilitándole para realizar válidamente ciertos actos sin necesidad de autorización judicial, con el objetivo de acudir a los Tribunales solo para los supuestos actos de mayor importancia, que se realizan en contadas ocasiones, y que se encuentran contemplados en el artículo 287 del Código Civil que son de aplicabilidad al guardador de hecho de conformidad con el artículo 264.2 del Código Civil.

V. La valoración general de la reforma del artículo 287 del Código Civil sobre el requisito de la previa de autorización judicial para los actos dispositivos sobre bienes y derechos que realice el curador representativo es muy positiva. Si bien con el tiempo tendrían que especificarse algunos de sus conceptos indeterminados, su contenido supone un gran avance en el cambio de paradigma al tener en cuenta aspectos personales de las personas con discapacidad y dar respuesta a problemas prácticos que se sucedían.

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- STC (Sala 2.^a) núm. 311/2000, de 18 de diciembre de 2000 (*RTC 2000, 311*)
- STC (Sala 1.^a) núm. 13/2016, de 1 de febrero de 2016 (*RTC 2016, 13*)

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

- STS (Sala 1.^a) núm. 177/1996, de 12 de marzo de 1996 (*RJ 1996, 2175*).
- STS (Sala 1.^a) núm. 625/2011, de 21 de septiembre de 2011 (*RJ 2011, 6575*).
- STS (Sala 1.^a) núm. 2/2018, de 10 de enero de 2018 (*RJ 2018, 156*).

RESOLUCIONES DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES

- SAP de La Coruña (Sección 3.^a) núm. 45/2004, de 4 de junio de 2004 (*JUR 2006, 6823*).

- AAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 1.^a) núm. 158/2009, de 6 de julio de 2009 (*JUR* 2009, 439483).
- AAP de Valencia (Sección 10.^a) núm. 220/2021, de 4 de junio de 2021 (*JUR* 2021, 273878).
- AAP de Cantabria (Sección 2.^a) núm. 183/2021, de 13 de octubre de 2021 (*JUR* 2021, 374949).
- AAP de Cantabria (Sección 2.^a) núm. 210/2021, de 3 de noviembre de 2021 (*JUR* 2022, 11944).
- SAP de Oviedo (Sección 5.^a) núm. 437/2021, de 1 de diciembre de 2021 (*JUR* 2022, 60566).

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE SEGURIDAD JURÍDICA Y FE PÚBLICA

- Resolución de DGSJFP de 15 de julio de 2021 (*BOE* núm. 180, de 29 de julio de 2021).

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H. (2021). Los menores de edad tras la reforma del Código Civil en materia de discapacidad especial referencia a la tutela y la guarda de hecho. *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 112, 499-556.
- BERROCAL LANZAROT, A.I. (2021). Las medidas voluntarias de apoyo en la Ley 8/2021, de 2 de junio: los poderes y mandatos preventivos. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 786, 2392-2442.
- CARRANCHO HERRERO, M^a.T. (2021). Lección 10. La capacidad de la persona jurídica. En E. Llamas Pombo, (dir.). *Manual de Derecho Civil. Volumen I. Parte General de Derecho Civil. Derecho de la Persona*. Madrid: La Ley, 223-249.
- CORRIPIO GIL-DELGADO, M^a.R. (2022). El nuevo marco civil de apoyos a la discapacidad en el ejercicio de la capacidad jurídica. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 790, 669-713.
- CUADRADO PÉREZ, C. (2020). Modernas perspectivas en torno a la discapacidad. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 777, 13-90.
- DÍAZ PARDO, G. (2022). Retribución y gastos derivados del ejercicio de la medida de apoyo a la persona con discapacidad. Nuevas perspectivas tras la Ley 8/2021, de 2 de junio, de reforma de la legislación civil y procesal. *Revista de Derecho Civil* [En línea], vol. IX, núm. 1, 103-132, disponible en <https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/698/564>
- ESCARTÍN IPIÉNS, J.A. (2018). La autocuratela en el Anteproyecto de Ley sobre modificación del Código Civil y otras Leyes complementarias en materia de discapacidad. *Revista de Derecho Civil* [En línea], vol. V, núm. 3, 85-119, disponible en <https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/372>

- GALLEGO DOMÍNGUEZ, I. (2010). La superación de la subasta judicial como procedimiento para la enajenación de ciertos bienes de incapacitados y menores sometidos a tutela. En S. De Salas Murillo, (coord.^a). *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad*. Zaragoza: El Justicia de Aragón, 565-584.
- GÓMEZ LINACERO, A. (2022). Régimen de ineficacia contractual en materia de discapacidad: actos realizados por el curador sin autorización judicial (287 CC) y contratos celebrados sin medidas de apoyo (1302.3 CC). *Diario La Ley*, núm. 10064, punto I. Se ha utilizado versión electrónica Smarteca.
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (2021). Sección 3.^a: Del ejercicio de la curatela. Artículo 287 del Código Civil. En C. Guilarte Martín-Calero, (dir.^a). *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*. Pamplona: Aranzadi, 785-815.
- HERAS HERNÁNDEZ, M^a.M. (2022). El régimen transitorio en la reforma de la legislación civil y procesal para el apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica. En V. Montserrat Pereña y M^a.M. Heras Hernández, (dirs.). *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio*. Valencia: Tirant lo Blanch, 407-446.
- LINACERO DE LA FUENTE, M^a. (2022). *Derecho de la persona y de las relaciones familiares*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- MUÑIZ ESPADA, E. y DE CASTRO VÍTORES, G. (2021). Divergencias para una futura reforma legislativa de la capacidad. En A. Marín Velarde, A. L. Cabezuelo Arenas, y F. Moreno Mozo (dirs.). *Familia y Derecho en la España del siglo XXI: libro homenaje al profesor Luis Humberto Clavería Gosálbez*. Madrid: Reus, 113-144.
- PALLARÉS NEILA, J. (2022). El ejercicio de la nueva curatela. En M. Pereña Vicente y M^a.M. Heras Hernández (dirs.). *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio*. Valencia: Tirant lo Blanch, 257-278.
- PALOMINO DÍEZ, I. (2006). *El tutor: obligaciones y responsabilidad*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- PARRA LUCÁN, M^a.A. (2011). Instituciones de guarda (1). La tutela. En M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuenca Casas, (dirs.). *Tratado de Derecho de la Familia (Volumen VI), Las relaciones paterno-filiales (II). La protección penal de la familia*. Pamplona: Aranzadi Thomson Reuters, 179-232.
- ROGEL VIGE, C. (2021). *Prodigalidad. Pasado y presente*. Madrid: Reus.
- ROVIRA SUEIRO, M.E. y LEGERÉN MOLINA, A. (2016). *Instrumentos de protección de la discapacidad a la luz de la Convención de Naciones Unidas*. Pamplona: Aranzadi Thomson Reuters.
- RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J. (2021). Capítulo 18. Medidas de apoyo a personas con discapacidad y sistema tutelar de menores. En F. J. Sánchez Calero (coord.). *Curso de Derecho Civil IV. Derechos de Familia y Sucesiones*, Valencia: Tirant lo Blanch, 335-384.
- SANTOS URBANEJA, F. (2021). *Sistema de apoyo jurídico a las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio*. Madrid: CUNIEP.

- VALLADARES RASCÓN, E. (1999). La legitimación del tutor para el ejercicio de la acción de separación o divorcio en representación de su pupilo, (Comentario a la STS de 27 de febrero de 1999). *Revista Derecho Privado y Constitución*, núm. 13, 273-295.
- VIVAS TESÓN, I. (2021). Curatela y asistencia. En P. A. Munar Bernat (coord.). *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad. El Derecho en el umbral de la política*. Madrid: Marcial Pons, 277-302.

NOTAS

¹ *Vid* a este respecto (ROGEL VIGE, 2021, 80-82), que hace una crítica del artículo 12 de la Convención y del nuevo amplio concepto de capacidad jurídica al señalar que «Si por capacidad jurídica se entendiera —como es debido— la mera aptitud para ser titular de derechos y obligaciones, capacidad de obrar al margen, no habría nada que objetar. Con todo, las cosas no se quieren así, pues en el 12.3, se habla de «ejercicio de la capacidad jurídica», cuando, en puridad, la capacidad jurídica se ostenta, que no se ejerce». Del mismo modo, se posicionan CUADRADO PÉREZ (2020, 13 y sigs.) y MUÑIZ ESPADA y DE CASTRO VÍTORES (2021, 113 y sigs.).

² Al igual que VIVAS TESÓN, no compartimos la justificación, de la supresión en el ámbito de las personas con discapacidad de la patria potestad prorrogada y rehabilitada, que se contiene en la exposición de motivos de la Ley 8/2021, de 2 de junio, sobre la inadecuación de los padres «[...] para favorecer que el hijo adulto con discapacidad logre adquirir el mayor grado de independencia posible y se prepare para vivir en el futuro sin la presencia de sus progenitores, dada la previsible supervivencia del hijo [...]», puesto que no guarda relación con lo afirmado en la misma exposición de motivos para justificar la nueva regulación de la guarda de hecho «[...] la familia sigue siendo en nuestra sociedad el grupo básico de solidaridad y apoyo entre las personas que la componen, especialmente en lo que atañe a sus miembros más vulnerables [...]». Asimismo, como es sabido, en nuestra sociedad tras la extinción de la patria potestad los que con frecuencia desempeñan la guarda de hecho del hijo mayor de edad que precisa apoyo son los padres (VIVAS TESÓN, 2021, 278).

³ *JUR* 2022, 60566. La citada resolución, en su fundamento de derecho segundo, establece la medida de apoyo de la curatela con funciones representativas y se remite, para mayor concreción sobre los actos en que debe intervenir el curador representativo, a los recogidos en los números 2 a 9 del artículo 287 del Código Civil.

⁴ *RJ* 2018, 156.

⁵ *RJ* 2021, 4847.

⁶ En este sentido, ESCARTÍN IPIÉNS afirma «Toda esta reflexión se hace para confirmar lo que es pacífico en la doctrina y la jurisprudencia en base a los antecedentes citados, es decir, que los requisitos de autorización judicial, aprobación o, incluso, venta en pública subasta, previstos en el artículo 285 propuesto, son normas de derecho imperativo, cuyo cumplimiento lleva consigo la sanción de nulidad». Cuando el autor se refiere al artículo 285 del Código Civil es la numeración que recibe durante la reforma, siendo el actual artículo 287 del Código Civil (ESCARTÍN IPIÉNS, 2018, 97).

⁷ *RTC* 2000, 311.

⁸ *RJ* 2011, 6575.

⁹ Dictamen del Consejo de Estado 34/2019, de 11 de abril de 2019. [En línea] disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2019-34>

¹⁰ *RTC* 2016, 13.

¹¹ *JUR* 2021, 273878.

¹² *JUR* 2022, 11944.

¹³ *JUR* 2021, 374949.

¹⁴ Resolución de 15 de julio de 2021, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (DGSJFP), en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador de la propiedad de Torrox a inscribir una escritura de elevación a público de contrato privado de arrendamiento urbano. BOE núm. 180, de 29 de julio de 2021. [En línea] disponible en https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2021-12744

¹⁵ *JUR* 2009, 439483.

¹⁶ *Vid JUR* 2009, 439483. En específico, la citada resolución recoge en su segundo fundamento de derecho que: «[...] el principio que inspira la institución tutelar, no es otro que procurar la guardia y custodia, no solo de sus personas, sino también de sus bienes; función tutelar que debe ejercerse en beneficio del tutelado de conformidad con el artículo 224 del Código Civil, bajo la salvaguarda de la autoridad judicial. De este modo se entiende que cuando el artículo 271 del Código Civil establece una enumeración taxativa de actos para los cuales el tutor necesita autorización judicial, lo que pretende es establecer un mecanismo que garantice adecuadamente y de la forma más eficaz la protección del tutelado [...]».

¹⁷ *RJ* 1996, 2175.

*(Trabajo recibido el 28 de junio de 2022 y aceptado
para su publicación el 17 de julio de 2022)*