



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

“La autorización judicial para actos de
disposición de bienes pertenecientes a
menores y personas con discapacidad”

Presentado por:

Marta Isabel Morchón Araújo

Tutelado por:

Cristina Guilarte Martín-Calero

Valladolid, julio de 2019

RESUMEN

El menor y las personas con la capacidad judicialmente modificada, como sujetos que tienen la capacidad de obrar limitada, necesitan bien de sus padres o de sus tutores legales para poder llevar a cabo determinados actos, tanto en el plano personal como en el ámbito patrimonial, y ello con la seguridad de que van a ser llevados a cabo teniendo en cuenta el interés y beneficio de estos. No obstante, la legislación, “desconfía” y establece una serie de cautelas, entre las que destaca la exigencia de autorización judicial previa a la realización de actos de disposición que recaigan sobre bienes pertenecientes a menores de edad e incapaces, cuyo fin es evitar la realización de negocios jurídicos que puedan resultar gravosos o desventajosos para estos. Cabe destacar además que no existe ningún precepto que regule expresamente cual es la consecuencia jurídica cuando no se cumple dicho requisito de la autorización judicial previa, surgiendo un largo debate si será aplicable el régimen de la nulidad o de la anulabilidad de los negocios llevados a cabo.

ABSTRACT

The minor and persons with judicially modified capacity, as subjects who have limited capacity to act need either their parents or legal guardians to be able to carry out certain acts, both personally and in the field of property, and this with the assurance that they will be carried out taking into account the interest and benefit of them. However, the legislation "distrusts" and establishes some precautions, including the requirement of judicial authorization previous to the performance of acts of disposition that fall on property belonging to minors and incapacitated, whose purpose is to avoid the conduct of legal business that may be burdensome or disadvantageous for them. It should also be noted that there is no precept that expressly regulates what the legal consequence is when this requirement of previous judicial authorization is not met, and a long debate arises as to whether the regime of nullity or voidability of the business carried out will be applicable.

PALABRAS CLAVE:

Autorización judicial, menor, incapaces, disposición, tutela, nulidad

KEY WORDS:

Judicial authorization, minor, guardianship, incapacitated, disposition, nullity

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN.....	5
2. APROXIMACIÓN AL TEMA: ESTUDIO PREVIO DE LOS MENORES Y LOS INCAPACES. REPRESENTACION LEGAL Y CONTROL JUDICIAL.....	7
2.1 En relación con los menores de edad.....	7
2.2 En relación con las personas con la capacidad modificada judicialmente.....	10
2.3 Representación legal o judicial de menores e incapacitados.....	13
2.3.1 <i>Introducción</i>	16
2.3.2 <i>Beneficio del menor o incapacitado y de la interpretación restrictiva de las limitaciones a la capacidad de obrar</i>	23
3. LEGISLACION APLICABLE A LA MATERIA OBJETO DE ESTUDIO.....	24
3.1 Ámbito procesal.....	25
3.2 Ámbito material	25
4. ESTUDIO DE LOS ACTOS DE DISPOSICIÓN.....	20
4.1 Introducción.....	25
4.2 La exigencia de autorización judicial	27
4.2.1 <i>Actos de disposición que requieren la solicitud de autorización judicial por parte de los padres (artículo 166 Cc.) Excepción</i>	27
4.2.2 <i>Actos de disposición que requieren la solicitud de autorización judicial por parte del tutor. (artículo 271 Cc.)</i>	30
4.2.3 <i>Actos de disposición que requieren aprobación judicial por parte del tutor</i>	32
5. PROCEDIMIENTO LJV PARA ADQUIRIR LA PERTINENTE AUTORIZACIÓN JUDICIAL.....	33
5.1 Regulación anterior a la LJV.....	33
5.2 Regulación actual.....	34
- Ámbito de aplicación. Artículo 61 LJV.....	36
- Competencia, legitimación y postulación. Artículo 62 LJV.....	36
- Procedimiento. Solicitud, tramitación y resolución.....	38

- Destino de la cantidad obtenida. Artículo 66 LJV.....	44
6. FALTA DE AUTORIZACIÓN JUDICIAL.....	44
6.1 Evolución histórica.....	45
6.2 Posición actual.	47
- teoría de la nulidad	50
- teoría de la anulabilidad.....	53
- teoría del acto realizado con extralimitación de poder.....	55
6.3 Acción de nulidad.....	56
7. CONCLUSIONES.....	63
 BIBLIOGRAFÍA.....	 67
ABREVIATURAS.....	69
ANEXO I: COMENTARIO A LA SENTENCIA 56/2018 (ROJ: STS 56/2018)	

1. INTRODUCCIÓN.

Los menores y las personas con la capacidad judicialmente modificada han sido desde siempre dos figuras que han estado en conexión principalmente por una razón: la limitada capacidad de obrar que les es otorgada, y en consecuencia de la misma, la necesidad de otorgarles una especial asistencia y protección jurídica, así como una serie de garantías, que protejan sus intereses en las relaciones jurídicas de las que puedan llegar a ser parte, tanto en el ámbito personal como desde el punto de vista patrimonial.

La legislación regula diversas instituciones que tienen como finalidad otorgar esa protección y que completan esa falta de capacidad de obrar, como son, y que nos detendremos más adelante en ellas (apartado segundo), la patria potestad, la tutela o curatela, el defensor judicial, entre otras.

Es un presupuesto base en este tema el principio favorable al interés del menor frente a los intereses individuales que puedan tener los padres o tutores legales de estas personas necesitadas de protección, así, toda decisión que se llegue a tomar debe de considerar en primer y último termino, el interés superior del menor y del incapaz, tal y como ha venido señalando el Tribunal Supremo (TS) en numerosas sentencias; un *“principio inspirador que vincula al juzgador, a todos los poderes públicos, padres y ciudadanos.”*¹

Para proteger este principio básico de nuestro ordenamiento jurídico nuestra legislación ha establecido una serie de cautelas o requisitos más específicos en el ámbito de representación.

La norma general establece que los menores o incapaces no pueden llevar a cabo actos de disposición sobre sus bienes por sí solos, necesitan hacerlo a través de terceras personas que les representen, y en caso de que la ley les permita realizarlo por sí mismos, requieren que estas terceras personas concurran al acto, para complementar su capacidad.

Consecuencia de esto, viene imperando en nuestro Ordenamiento Jurídico todo un sistema de control judicial y de garantías, como es la exigencia de autorización judicial para llevar a cabo este tipo de actos (apartado cuarto) que recaen sobre bienes pertenecientes a

¹ PONENTES: GIL NOGUERAS, L.A. (*Magistrado*); PÉREZ COLLADOS, L. (*Notario*); ADÁN GARCÍA, A.M. (*Registrador de la propiedad*) Conferencia *“La disposición de bienes de menores e incapacitados”*.

menores e incapaces, al margen de la voluntad del representante legal de los mismos, así como otra serie de requisitos, véase el regulado en el artículo 9 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección jurídica del menor, que en todos los casos que lo exijan las circunstancias, el menor deberá ser oído; todo ello con la finalidad de evitar perjuicio o efectos gravosos o desventajosos para estos.

Así, siguiendo lo establecido anteriormente en la Ley de Enjuiciamiento Civil, con la entrada en vigor de la Ley 15/2015, de Jurisdicción Voluntaria, se ha regulado de forma muy minuciosa el procedimiento de solicitud, tramitación y admisión o no de la autorización judicial. (apartado quinto).

Sin embargo, llama la atención que a pesar de la amplia regulación existente en lo relativo al procedimiento, no venga establecida la sanción o consecuencia del incumplimiento de dicho requisito, creando una contraposición doctrinal y jurisprudencial ya desde la entrada en vigor del Código Civil y que sigue latente en nuestros juzgados y tribunales (apartado sexto).

Como solución a esta indeterminabilidad del régimen aplicable que se plantea, algunos autores defienden la teoría de la nulidad radical del acto, mientras que otros de ellos, se amparan en la teoría de la anulabilidad. Ambas posiciones son distantes y tienen consecuencias determinantes para la persona cuyos derechos o intereses se encuentran en juego.

En definitiva, el objeto de este trabajo es el análisis de esa situación a la que se enfrentan tanto los menores como las personas con la capacidad modificada judicialmente, así como sus representantes legales a la hora de realizar negocios jurídicos donde sus intereses, perjuicio o beneficio entren en juego.

2. APROXIMACIÓN AL TEMA: ESTUDIO PREVIO DE LOS MENORES Y LOS INCAPACES. REPRESENTACION LEGAL Y CONTROL JUDICIAL.

Todas las personas poseen una capacidad natural que les permite, con conocimiento y voluntad, desarrollar sus habilidades y desenvolverse en sociedad. Sin embargo, la llamada capacidad de obrar, componente fundamental de la anterior, es distinta en cada ser humano debido a las diversas llamadas circunstancias modificativas de la capacidad, que la limitan consecuencia de la falta de autogobierno de la persona a los que afectan.

No obstante, estas personas, siguen siendo personas con derechos, realidad que no puede ser ignorada por el Derecho.² Así, destaca la importancia del artículo 12 de la Convención de Nueva York de 2006 sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad que recoge el principio de igual reconocimiento de dichas personas ante la ley.

2.1 En relación con los menores de edad.

La edad es una de las notas configuradoras establecida por nuestro sistema jurídico para determinar cuál es el estado civil de las personas, entendiéndose por esta el “*período de tiempo transcurrido desde el nacimiento de la persona hasta el instante en que se la considere*”.³

En general, de la edad dependerá el grado de capacidad del sujeto en cuestión, ya que consecuencia del transcurso del tiempo y fruto del proceso de maduración se desarrollarán las distintas facultades que conforman la denominada capacidad de obrar, la “*aptitud de entender y querer*”.⁴

² HEREDIA PUENTE, M.; FÁBREGA RUIZ, CRISTÓBAL, *Protección legal de incapaces*. Ed. COLEX, 1998, p.9.

³ MORENO QUESADA, B.; GONZÁLEZ PORRAS, J.M.; OSSORIO SERRANO, J.M.; RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J.; GONZÁLEZ GARCÍA, J.; HERRERA CAMPOS, R.; y MORENO QUESADA, L. *Curso de Derecho Civil I. Parte general y derecho de la persona*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2015, p98.

⁴ MORENO QUESADA, B.; *Ob. Cit*, *Curso de Derecho Civil I. Parte general y derecho de la persona*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2015, p98.

No obstante, la edad no es únicamente el factor determinante de la mayor o menor capacidad de un sujeto, sino que existen otros factores que también pueden tener relevancia. Así, con el fin de determinar cuál es el grado de madurez de las personas y con ello la capacidad de cada una de ellas, es necesario realizar un examen a cada una de las personas, (la llamada *inspectio corporis* en el Derecho Romano)⁵.

A pesar de las dificultades que conlleva se viene estableciendo una edad determinada, la mayoría de edad, la cual atribuye capacidad de obrar plena al sujeto en el ejercicio de sus derechos.

No obstante, la plena capacidad de obrar encuentra una doble excepción:

- En primer lugar, una vez alcanzada la mayoría de edad, la persona no se encuentra en las circunstancias de aptitud previstas. Esta falta de capacidad se suplirá mediante la modificación de la capacidad de obrar.
- En segundo lugar, la persona, a pesar de no haber alcanzado la mayoría de edad prefijada, se encuentra en condiciones de aptitud que unas veces le permiten realizar la actividad propia de una persona mayor de edad, entrando en juego la emancipación.⁶

En último término la edad configura dos estados civiles opuestos: la mayoría y la minoría de edad, siendo este último el que nos interesa para el desarrollo posterior de la materia.

La minoría de edad da lugar a un estado civil en que la capacidad del menor se restringe, consecuencia que se deriva de la ausencia de entendimiento y voluntad suficientes para conocer del alcance de los actos jurídicos que pudieran realizar, es decir, se caracteriza

⁵ MORENO QUESADA, B.; GONZÁLEZ PORRAS, J.M.; OSSORIO SERRANO, J.M.; RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J.; GONZÁLEZ GARCÍA, J.; HERRERA CAMPOS, R.; y MORENO QUESADA, L. *Curso de Derecho Civil I. Parte general y derecho de la persona*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2015, p98.

⁶ MORENO QUESADA, B.; *ob. cit.*, p98.

por la “*ineptitud para actuar con plenitud de consciencia y voluntad*”⁷, así como por la situación de dependencia jurídica, o de protección en sentido estricto que se crea respecto de otras personas, padres (*cf.* art 154.2º y 162 CC) o tutor o tutores que tienen como deber su cuidado (*cf.* art 267), y que en último término son sus representantes legales.

Cabe destacar la importancia de la Ley del Menor en este ámbito, y en concreto, lo establecido en el art. 2, párr. 2º: “*las limitaciones a la capacidad se interpretarán de forma restrictiva*”⁸ norma a la que se le atribuye el carácter de principio general.⁹

Dentro de la minoría de edad se especifican edades que llevan consigo posibilidades de obrar del menor, teniendo en cuenta las supuestas capacidades de dichas edades. Se agrupan según DÍEZ PICAZO y GULLÓN en dos clases¹⁰:

- Relativas a la creación o modificación de su estado civil. (P.ej. cumplidos los doce años consentir su adopción (art 177.1 Cc.); consentir su emancipación a los dieciséis años (art 317 Cc.).
- En relación con el carácter personal de las decisiones (P.ej.: cumplidos los catorce años, puede otorgar testamento (art 663 Cc.), salvo el ológrafo (688 Cc.)

Destaca por lo que respecta a este trabajo en concreto que, a la edad de dieciséis años, además de que pueden administrar los bienes que hayan adquirido por su trabajo o industria (art 164.11.3.Cc.) se puede sustituir con su consentimiento la autorización judicial

⁷ MORENO QUESADA, B.; GONZÁLEZ PORRAS, J.M.; OSSORIO SERRANO, J.M.; RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J.; GONZÁLEZ GARCÍA, J.; HERRERA CAMPOS, R.; y MORENO QUESADA, L. *Curso de Derecho Civil I. Parte general y derecho de la persona. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2015, p99.*

⁸ *Cf.* Artículo 2, párr. 2º Ley del Menor.

⁹ MORENO QUESADA, B.; GONZÁLEZ PORRAS, J.M.; OSSORIO SERRANO, J.M.; RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J.; GONZÁLEZ GARCÍA, J.; HERRERA CAMPOS, R.; y MORENO QUESADA, L. *Curso de Derecho Civil I. Parte general y derecho de la persona. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2015, p,101.*

precisa (documento público) para que sus padres realicen actos de disposición, enajenen determinados bienes, según lo previsto en el art 166 Cc.

Siempre teniendo en mente, la primacía del interés del menor, concepto jurídico indeterminado desarrollado frecuentemente en el Derecho de familia, frente a cualquier otro, que se desprende del trato favorable con que se trata a éste, y tal y como establece la Ley del menor (art 1, parr 2º) *“primara sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”*.

2.2 En relación con las personas con la capacidad modificada judicialmente.

El primer problema que encontramos es de orden terminológico. Existen muy diversas las denominaciones utilizadas por el legislador para ahondar esta cuestión. Es complejo encontrar una terminología comúnmente aceptada, a nivel nacional, internacional o supranacional.¹¹

El Código Civil mantiene por el momento los términos incapaz¹² e incapacitado, la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción voluntaria (LJV/2015), los ha sustituido por *“personas cuya capacidad esta modificada judicialmente”*, en consonancia con la Convención de Naciones unidas sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006”.¹³

La incapacidad natural es definida como la *“falta de capacidad para llevar a cabo eficazmente en un determinado momento, un concreto acto jurídico”*¹⁴, lo que supone que el sujeto

¹¹ PEREÑA VICENTE, M., *“Asistencia y protección de las personas incapaces o con discapacidad: las soluciones del Derecho civil”*, Madrid 2006, p. 27

¹² *“Uso del término incapaz, por ser el más arraigado dentro del campo jurídico, no obstante, comparto las prevenciones que a este término le tienen los sectores afectados. Todos tenemos los mismos derechos innatos, sagrados e inviolables que los demás, prefiriendo hablar de discapacitados, no limitando la capacidad de una persona.”* Cft. HEREDIA PUENTE, M.; FÁBREGA RUIZ, C.: *“Protección legal de incapaces.”* Ed. COLEX, 1998, p.10.

¹³ RUIZ-RICO RUIZ MORÓN, J; HERRERA CAMPOS y R; MORENO QUESADA, L. *“Curso de Derecho Civil I Bis Derecho de Familia”*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 2015. Pág.109

¹⁴ MORENO QUESADA, B.; GONZÁLEZ PORRAS, J.M.; OSSORIO SERRANO, J.M.; RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J.; GONZÁLEZ GARCÍA, J.; HERRERA CAMPOS, R.; y MORENO

tenga, en ese momento, las condiciones, tanto físicas como mentales, requeridas por el Ordenamiento Jurídico para que se atribuya validez al acto realizado.¹⁵

Existen determinadas situaciones donde de forma permanente se da esa falta de condiciones necesarias ya sean causadas por enfermedades o por otras serie de problemas de salud, físicos o de carácter psíquico. Como consecuencia y solución a estos casos permanentes de incapacidad, el derecho ha creado un institución o mecanismo, la modificación de la capacidad de obrar que permite al incapaz disfrutar de la protección de un tutor o curador, facilitándole la toma de decisiones que afecten al ámbito de sus intereses, sean personales o patrimoniales. Ya que, en caso de decidir individualmente, su decisión podría ir en contra de sus propios intereses resultándole gravoso.¹⁶

Igualmente, aunque siempre de modo accesorio, se amparan aquellos intereses de aquellas personas con las que se relacionen jurídicamente a través de determinados contratos y que ante la nulidad de estos puede resultar vulnerado el principio de seguridad jurídica.

Con todo esto, la incapacitación, además de actuar como medio de protección, constituye un *“estado civil que supone la modificación o limitación de la capacidad de obrar a consecuencia de una resolución judicial y en virtud de unas causas establecidas en la ley, y a través de un procedimiento judicial¹⁷ con intervención del ministerio fiscal”*.¹⁸

QUESADA, L. *Curso de Derecho Civil I. Parte general y Derecho de la persona*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2015, p, 105.

¹⁵ MORENO QUESADA, B.; GONZÁLEZ PORRAS, J.M.; OSSORIO SERRANO, J.M.; RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J.; GONZÁLEZ GARCÍA, J.; HERRERA CAMPOS, R.; y MORENO QUESADA, L. *Curso de Derecho Civil I. Parte general y Derecho de la persona*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2015, p,105

¹⁶ MORENO QUESADA, B.; GONZÁLEZ PORRAS, J.M.; OSSORIO SERRANO, J.M.; RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J.; GONZÁLEZ GARCÍA, J.; HERRERA CAMPOS, R.; y MORENO QUESADA, L. *Curso de Derecho Civil I. Parte general y Derecho de la persona*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2015, p,107

¹⁷ *Vid. Art 749 LEC*

Finalmente será la sentencia la que en último término establezca el grado de incapacidad apreciado por el juez y la relación de actos que el incapaz podrá llevar a cabo de forma independiente y aquellos en los que tenga que requiera de otra persona.

No debemos olvidar, que modificar la capacidad de obrar supone un límite a la independencia de estas personas, por tanto, deberá determinarse estrictamente, y en todo caso de forma excepcional, solo cuando sea necesaria para proteger al incapaz, y no por cualquier otro motivo o interés ajeno a esta.

Algunas sentencias del Tribunal Supremo, como la STS 337/2014, de 30 de junio, se han pronunciado en relación con este punto: *“la correcta interpretación de la regulación específica de la modificación de la capacidad exige partir de que la persona afectada sigue siendo titular pleno de sus derechos fundamentales de modo que la incapacitación supone, en su correcto entendimiento, sólo una forma de protección. Por ello, junto con las necesarias exigencias de flexibilidad, es preciso valorar, siempre que sea posible, la esfera de autonomía e independencia individual que presente la persona afectada en orden a la articulación y desarrollo de la forma de apoyo que se declare pertinente para la adopción y toma de decisiones. Lo anterior constituye una clara manifestación y presupuesto del desarrollo de su libre personalidad que no puede verse menoscabada en la aplicación del interés superior de que se trate”*.¹⁹

Así, con el fin de igualar la capacidad a las personas con capacidad de obrar plena a la de las personas con ella limitada, la tutela o curatela será la que actuará como mecanismo para suplir dicha capacidad.²⁰

Cuando el grado de incapacidad sea tan alto que necesite que otra persona actúe por él, se le nombrará un tutor; si solo requiriese asistencia para un acto concreto, se le asignará un

¹⁸ MORENO QUESADA, B.; GONZÁLEZ PORRAS, J.M.; OSSORIO SERRANO, J.M.; RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J.; GONZÁLEZ GARCÍA, J.; HERRERA CAMPOS, R.; y MORENO QUESADA, L. *Curso de Derecho Civil I. Parte general y Derecho de la persona*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2015, p.108

¹⁹ *Cft. STS 337/2014, de 30 de junio,*

²⁰ HEREDIA PUENTE, M.; FÁBREGA RUIZ, CRISTÓBAL, *Protección legal de incapaces*. Ed. COLEX, 1998, p.21.

curador.²¹ Con cada una de las formas de guarda establecidas para cada situación concreta personal que pueda darse se demuestra que nuestro Derecho es flexible y capaz de adaptarse a cada una de estas.

2.3 La representación legal o judicial de menores e incapaces.

Tanto los menores como los incapacitados constituyen un colectivo, que requieren de especial atención por parte de los poderes públicos. Nuestra legislación regula la institución de la representación legal, como medio para proteger los intereses dichas personas.²²

Como se ha venido señalando en los epígrafes anteriores, tanto los menores de edad como los incapaces, al no haber alcanzado la plena capacidad de obrar que se adquiere con la mayoría de edad o la emancipación, necesitan de la intervención de sus padres o tutores para que actúen en su nombre o administren sus bienes, que les representen, en definitiva.²³

LACRUZ, establece que *“una persona representa a otra cuando actúa facultada por ella o por la ley, como si fuera ella, en nombre de ella, y, por consiguiente, recayendo en ella las consecuencias de los actos jurídicos realizados en esas condiciones”*.²⁴ De ello se desprende que existen dos clases de representación, la voluntaria y la legal.

Esta doble distinción se desprende del artículo 1259 Cc. *“Ninguno puede contratar a nombre de otro sin estar por éste autorizado o sin que tenga por la ley su representación legal”*.

Los supuestos para los que la ley prevé la representación legal son los siguientes:

²¹ OSSORIO SERRANO, J.M. y otros; ob. cit. *Curso de Derecho Civil I. Parte general y derecho de la persona*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2015, p.109

²² SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B. *La intervención judicial en la gestión del patrimonio de menores e incapacitados*. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2006. p.23

²³ ATIENZA NAVARRO, M.L.; EN DE VERDA BEAMONTE, J.R. (coord.): *Derecho Civil I*. Tirant lo Blanch, p. 106 Valencia, 2013.

²⁴ LACRUZ BERDEJO, J.L. y otros. *Elementos del Derecho Civil I, vol.3º*, Dykinson, Madrid, 1999, p.20.

- a) El de los padres, titulares de la patria potestad, respecto de los hijos menores no emancipados.
- b) El del tutor, en relación con los menores no emancipados que no estén bajo la patria potestad, y a los incapacitados no sujetos a patria potestad prorrogada (*arts. 222 y 267 Cc.*)
- c) El defensor judicial, respecto de los menores e incapacitados, en los asuntos en que exista conflicto de intereses entre ellos y sus representantes legales o cuando el tutor no desempeñe sus funciones (*art 163 y 299 Cc.*)
- d) El del defensor del desaparecido (*art 181 Cc.*) y el del representante del declarado ausente (*art 184 Cc.*)
- e) El del concebido y no nacido (*art 627 Cc.*)

Las notas características de la representación legal serán las siguientes:²⁵

- Existe el *numerus clausus* y una exhaustiva regulación al respecto. Es la ley la que señala cuales son las facultades que le son atribuidas al representante, así como los límites de sus poderes, y quien fija los mecanismos de control.
- El representante no depende de la voluntad del representado, de lo que este declara en el poder o en unas instrucciones a las que deba acogerse. Cuando se habla de extralimitación o abuso de poder del representante legal se hace referencia a la “*extensión de las funciones confiadas por las disposiciones legales o determinados por los organismos de los que dependa*”.
- El representante recibe, en general, poderes indeterminados de administración sobre un patrimonio o unos bienes.

ARAGONÉS establece cuales son las notas diferenciales existen entre ambos tipos de representación:²⁶

²⁵ SÁNCHEZ CALERO ARRIBAS, B. *Ob. Cit.* pg. 25 y 26

- La representación legal, al ser una medida tuitiva o de protección, el legislador estatuye una serie de fiscalizaciones o garantías en su ejercicio (por ejemplo, la autorización judicial de los artículos 166 y 271 Cc., de las que está exenta la representación voluntaria, la cual no está sujeta a más control ni formalidades que las que el mandante quiere adoptar.
- En cierto aspecto la representación legal es más extensa que la voluntaria, y en otros más restringida. Es más extensa en cuanto que el representante legal ha de proveer no solo a las atenciones que exija el patrimonio del representado, sino también a la persona del mismo.
- Además, la representación voluntaria puede extinguirse por libre renuncia del representante, mientras que la legal, en unos casos, no puede ser renunciada (caso de los padres), y en otros, para que se extinga requiere que tenga su fundamento en una de las causas que la ley tiene establecidas (caso del tutor).
- En la representación legal, el representante no puede delegar su representación, excepto para casos puramente administrativos o ejecutivos.

No obstante, del estudio sobre las diferencias entre la representación legal y la voluntaria, se desprende y así viene establecido la doctrina mayoritaria que ambas son especies de una misma figura jurídica, la representación en general, pues en ambas se manifiesta la esencia de todo fenómeno representativo: una persona (representante) actúa por cuenta de otra (representado), con la consiguiente producción de efectos en la esfera jurídica de esta última²⁷.

²⁶ SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B. “*La intervención judicial en la gestión del patrimonio de menores e incapacitados.*” Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2006. p.27

²⁷ SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B. “*La intervención judicial en la gestión del patrimonio de menores e incapacitados.*” Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2006. p.29

2.3.1 Introducción.

La figura jurídica de la representación legal carece de una extensa regulación, no obstante, podemos encontrar esta referenciada en distintos preceptos en la legislación de nuestro Código Civil (*art. 1259²⁸ o art. 439*)²⁹, así como en otros textos legales.³⁰

Nuestro código establece varias formas de protección en el art 215 CC, la guarda y protección de la persona y bienes de los menores o incapacitados se realizará mediante, “*la tutela, la curatela y el defensor judicial*”. Junto a estas hay que incluir la patria potestad prorrogada o rehabilitada (Art 171 CC) y la guarda de hecho (arts. 303 a 306).³¹

Se establecen distintas supuestos de representación legal que asignan un poder de intromisión y decisión en el patrimonio ajeno a distintos sujetos, con tareas de representación o gestión externa de aquél, sin contar con la voluntad del representado. Los más notables y mejor caracterizados se dan dentro del Derecho de Familia; en concreto, en el seno de la patria potestad y de la tutela.³²

²⁸ *Cft. Art 1259 Cc. “Nadie puede contratar en nombre de otro sin estar por este autorizado o sin que tenga por la ley la representación legal”.*

²⁹ *Cft. Art 439, en relación con la posesión: “Puede adquirirse la posesión por la misma persona que va a disfrutarla, por su representante legal, por su mandatario (...)”.*

³⁰ RUIZ-RICO RUIZ, J.M.; GARCÍA ALGUACIL, M.^a. J. *La representación legal de menores e incapaces*, Ed. Aranzadi, 2004, p.11.

³¹ HEREDIA PUENTE, M.; FÁBREGA RUIZ, CRISTÓBAL, *Protección legal de incapaces*. Ed. COLEX, 1998, p.22.

³² SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B. “*La intervención judicial en la gestión del patrimonio de menores e incapacitados.*” Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2006. P.30

- Patria potestad.

La patria potestad es la principal institución jurídica dentro de la representación legal. Se encuentra favorecida dada la amplia regulación existente en nuestro Ordenamiento Jurídico

La patria potestad tiene una función social, con un carácter tuitivo o tutelar y encuentra su finalidad principal en la protección y el cuidado de la persona y de los bienes de los hijos menores de edad y de los mayores incapacitados judicialmente. Los padres, titulares de la patria potestad y por tanto representantes legales de sus hijos, suplen la falta de capacidad de estos realizando, en su nombre aquéllos actos que por sí mismos no pueden efectuar de acuerdo con las leyes. No obstante, este poder de representación de los padres no es ilimitado, dado que siempre debe realizarse teniendo en cuenta el máximo interés o beneficio del representado ³³.

El Código Civil, hace referencia a las personas que están sujetas a patria potestad, los hijos no emancipados, así como las personas que son titulares de la misma.

Establece el artículo 156 Cc. que, *“la patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. Serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias, o en situaciones de urgente necesidad.*

En caso de desacuerdo, cualquiera de los dos podrá acudir al Juez quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente juicio y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá sin ulterior recurso la facultad de decidir al padre o a la madre. Si los desacuerdos fueran reiterados o concurriera cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá atribuirle total o parcialmente a uno de los padres o distribuir entre ellos sus funciones. Esta medida tendrá vigencia durante el plazo que se fije, que no podrá nunca exceder de dos años.

En los supuestos de los párrafos anteriores, respecto de terceros de buena fe, se presumirá que cada uno de los progenitores actúa en el ejercicio ordinario de la patria potestad con el consentimiento del otro.

³³ RUIZ-RICO RUIZ, J.M.; GARCÍA ALGUACIL, M.ªJ. “La representación legal de menores e incapaces”, Ed. Aranzadi, 2004, p.21.

En defecto o por ausencia, incapacidad o imposibilidad de uno de los padres, la patria potestad será ejercida exclusivamente por el otro.

Si los padres viven separados la patria, potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva. Sin embargo, el Juez, a solicitud fundada del otro progenitor, podrá, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio.”³⁴

No obstante, este es el presupuesto base, ya que, en determinadas ocasiones, el hijo mayor de edad puede resultar incapacitado, y por tanto verse sometido a ella. ³⁵.

Sin embargo, no establece de forma expresa un concepto de la misma, aunque puede desprenderse la siguiente: *“relación que media entre los padres y su hijo durante un período temporal en el que, por la peculiar situación de dependencia y vulnerabilidad de este, los padres deberán ocuparse de las principales parcelas personales y patrimoniales del hijo, ostentando su representación legal”*. ³⁶

El poder de representación que ostentan los padres sobre los menores nace de la ley. Siguiendo lo dispuesto en el artículo 162 CC que establece que *“los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados”*. Sin embargo, se exceptúa de esta norma: *“1º. Los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las Leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo. 2º. Aquellos en que exista conflicto de intereses entre los padres y el hijo. Aquí se nombrará un defensor judicial que le represente en juicio 3º. Los relativos a bienes que estén excluidos de la administración de los padres (art 164 Cc.)”*.

Existe un caso especial, es la patria potestad prorrogada o rehabilitada, el artículo 171 Cc. establece *“La patria potestad sobre los hijos que hubieran sido incapacitados quedará prorrogada, por ministerio de la ley, al llegar aquéllos a la mayor edad. Si el hijo mayor de edad soltero que viviere en compañía de sus padres o de cualquiera de ellos fuere incapacitado, se rehabilitará la patria potestad, que será ejercida por quien correspondiere si el hijo*

³⁴ Cft. Artículo 156 Cc.

³⁵ DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (Dir.): *“Comentarios al Código Civil”*. Ed.: Lex Nova, Valladolid, 2010; p. 272.

³⁶ DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (Dir.): *“Comentarios al Código Civil”*. Ed.: Lex Nova, Valladolid, 2010; p. 272.

fuera menor de edad. La patria potestad prorrogada en cualquiera de estas dos formas se ejercerá con sujeción a lo especialmente dispuesto en la resolución de incapacitación y, subsidiariamente, en las reglas del presente título.”³⁷

- Tutela.

Pensada para todos aquellos casos en que se determine una incapacidad total; o, aunque limitada, no procede la curatela., si bien en estos casos habrá que indicar expresamente a que actividades alcanza la actividad protectora.³⁸

A través de ella se otorga a menores e incapacitados una protección proyectada sobre su propia persona y/o sobre sus bienes, conforme a sus circunstancias, cuando no es posible que esta sea llevada a cabo por los padres³⁹, mediante la asignación de un tutor, así, el artículo 267 establece que, *el tutor es el representante del menor o incapacitado, salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí solo, ya sea por disposición expresa de la Ley o de la sentencia de incapacitación,*

Del artículo 270 Cc.⁴⁰ se desprende que el tutor es el administrador legal del patrimonio del tutelado, además de la obligación de actuar con la diligencia de un buen padre de familia. *“el tutor (...) está obligado a ejercer dicha administración con la diligencia de un buen padre de familia”.*

No obstante, el artículo 221 CC, establece una serie de prohibiciones, dice así: *“Se prohíbe a quien desempeñe algún cargo tutelar:*

- *Recibir liberalidades del tutelado o de sus causahabientes, mientras que no se haya aprobado definitivamente su gestión.*
- *Representar al tutelado cuando en el mismo acto intervenga en nombre propio o de un tercero y existiera conflicto de intereses.*
- *Adquirir por título oneroso bienes del tutelado o transmitirle por su parte bienes por igual título.”*

³⁷ *Cft. Art. 171 Cc.*

³⁸ HEREDIA PUENTE, M.; FÁBREGA RUIZ, CRISTÓBAL, *Protección legal de incapaces. Ed. COLEX, 1998, p.24*

⁴⁰ *Cft. Artículo 270 Cc.*

La tutela puede ser atribuida a un solo tutor o a varios, tal y como viene estableciendo el artículo 236 Cc.

Si hay varios tutores sin designación de funciones, entonces a todos les corresponde la administración que deberán ejercer conforme a lo establecido en el art 237 Cc.⁴¹ ⁴² Pero cuando son varios los tutores nombrados y se han distribuido entre ellos las funciones (guarda de la persona y guarda de los bienes), cada uno de los designados representará al menor o incapacitado en la esfera concreta de su incumbencia.⁴³

En el ámbito patrimonial la administración del tutor es general y expansiva, atrayendo a su ámbito todo tipo de bienes patrimoniales y todas aquellas facultades que no han sido explícitamente excluidas o que, por cualquier causa queden vacantes.

La doctrina considera que se trata de un administrador ordinario, puesto que los actos de administración, extraordinarios necesitan de autorización judicial (art 271 y 272 Cc.)

Respecto de la posibilidad de realizar actos de disposición por parte de los menores o incapacitados quedan reducidos a bienes económicamente poco relevantes, como, por ejemplo, la compra diaria de alimentos, o la adquisición de regalos, ya que para los demás se exige autorización judicial.

No obstante, existen determinados actos que el tutor no podrá llevar a cabo, aun constanding autorización judicial, y estos vienen regulados en las prohibiciones del artículo 221 Cc.⁴⁴, son, recibir liberalidades del tutelado o de sus causahabientes, representar al tutelado en determinados casos, adquirir a título onerosos bienes del tutelado o transmitirlos.

⁴¹ Cft. *Art. 237 Cc.*

⁴² DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (*Dir.*): *“Comentarios al Código Civil”*. Ed.: Lex Nova, Valladolid, 2010; p. 399

⁴³ RUIZ-RICO RUIZ MORÓN, J; HERRERA CAMPOS y R; MORENO QUESADA, L. *“Curso de Derecho Civil I Bis Derecho de Familia”*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 2015, p.126

⁴⁴ Cft. *Art 221 Cc.*

El tutor, deberá realizar, como administrador, tanto los actos conservativos del patrimonio como aquellas actuaciones que tiendan a obtener de los rendimientos de que sea susceptible.⁴⁵

Están fuera de la administración del tutor:

- Los bienes que el menor que haya cumplido 16 años haya adquirido por su trabajo o industria, según establece el art 164 Cc en sede de patria potestad y aplicable a la tutela por analogía. No obstante, ha de tenerse en cuenta que el artículo 164.4 Cc. autoriza al menor a realizar actos de administración ordinaria sobre ellos, necesitando consentimiento de los padres o del tutor en su caso para los de administración extraordinaria, entre los que cabe incluir los de disposición.
- En la tutela de los incapacitados, el ámbito de actuación propia de estos vendrá determinado por la sentencia de incapacitación.⁴⁶ es decir, bienes cuya administración es permitida al incapacitado en virtud de dicha sentencia.
- A las anteriores debemos añadir los bienes integrantes del patrimonio protegido de las personas con discapacidad está sometido a un régimen de administración y disposición específico previsto en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad (LPPPD). Estos están sometidos a un régimen de administración y gestión específico. El administrador de dicho patrimonio no tiene que ser necesariamente el tutor.

No se debe confundir los actos de representación legal, con aquellos otros en los que una persona necesita la asistencia de otra persona para la realización de determinados actos jurídicos y en los que no hay representación porque el que realiza el acto en cuestión es el propio interesado (actos del 323 Cc.)⁴⁷. Dentro de esta asistencia aparece la figura del curador. Se aplica en aquellos caso en que se establezca una capacidad limitada o

⁴⁵ DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (Dir.): “Comentarios al Código Civil”. Ed.: Lex Nova, Valladolid, 2010; p. 400

⁴⁶ DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (Dir.): “Comentarios al Código Civil”. Ed.: Lex Nova, Valladolid, 2010; p. 400

⁴⁷ SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B. “La intervención judicial en la gestión del patrimonio de menores e incapacitados.” Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2006. P.34

restringida.⁴⁸ Su actuación está limitada a la esfera patrimonial del sujeto, no a la personal, y su función es solamente asistencial. (arts. 286 y ss.)⁴⁹

A diferencia de los supuestos de patria potestad, donde nos encontramos con una representación “legal”, por ser esta otorgada de forma directa por la ley; en los supuestos de tutela, se otorga la representación por vía judicial, a través de una resolución judicial, ya sea por la vía de tutela de incapaces o de tutela de menores. En consecuencia, no se puede establecer una representación legal en sentido estricto, sino “judicial”, a pesar de que las funciones se encuentren especificadas en las normas legales.⁵⁰

Existen otros casos, donde, el menor o el incapacitado son representados por personas distintas de los padres y tutores (la llamada **representación extraordinaria**), diferente del supuesto normal de representación legal, que son el **defensor judicial** y el **administrador de los bienes adquiridos a título gratuito**, cuando el disponente ordena un régimen especial, por herencia, cuando la madre o el padre no puedan heredar por causa de indignidad o porque hayan sido desheredados.⁵¹

- Defensor judicial..

El defensor judicial es un cargo protector de carácter transitorio que la ley prevé para ciertos casos muy concretos (arts. 299 Cc. y 27 LJV):⁵²

⁴⁸ HEREDIA PUENTE, M.; FÁBREGA RUIZ, CRISTÓBAL, *Protección legal de incapaces*. Ed. COLEX, 1998, p.27

⁴⁹ SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B. “*La intervención judicial en la gestión del patrimonio de menores e incapacitados*.” Ed. Tirant lo blanch. Valencia, 2006. P.34

⁵⁰ RUIZ-RICO RUIZ, J.M.; GARCÍA ALGUACIL, M.ªJ. *La representación legal de menores e incapaces*, Ed. Aranzadi, 2004, p.15.

⁵¹ SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B. “*La intervención judicial en la gestión del patrimonio de menores e incapacitados*.” Ed. Tirant lo blanch. Valencia, 2006. p.15

⁵² GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, MARTÍN (coord.) “*Lecciones de Derecho civil. Parte General y derecho de la persona*”. Editor: Diego Marín, 2016. p.444

- Cuando en algún asunto exista conflicto de intereses entre los menores o incapacitados y sus representantes legales o el curador (la conocida partición de la herencia).
- En el supuesto de que, por cualquier causa, el tutor o curador no desempeñe sus funciones, hasta que cese la causa determinante o se designe otra persona para desempeñar el cargo.
- Cuando se tenga conocimiento de que una persona, respecto de la que debe constituirse la tutela o curatela, precise la adopción de medidas para la administración de sus bienes, hasta que recaiga resolución judicial que ponga fin al procedimiento.

Poniendo en relación todas ellas, se puede afirmar que la tutela y curatela son incompatibles entre sí, y con la patria potestad. El defensor judicial, sin embargo, puede coexistir con todas ellas.⁵³

2.3.2 Beneficio del menor o incapacitado y de interpretación restrictiva de las limitaciones a la capacidad de obrar

Uno de los principios básicos que sostienen el sistema de la patria potestad y de la tutela en nuestro ordenamiento jurídico, y que se introdujo en la reforma en esta materia, es el principio del beneficio del menor o incapacitado.

Regulado en varios artículos del Código Civil, así como en numerosas leyes, principalmente en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del menor, de modificación parcial del CC y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC).

Además, y no de menos importancia destaca el principio de interpretación restrictiva de las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores e incapacitados.

⁵³ DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (Dir.): “Comentarios al Código Civil”. Ed.: Lex Nova, Valladolid, 2010; p. 272.

Ambos se recogen en el artículo 2 de la citada ley *“en la aplicación de la presente ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir (...)”. Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva.*

Algunos autores, como VARGAS CABRERA, sostienen que, aunque el tenor literal del artículo disponga *“en la aplicación de la presente ley”*, este precepto debería considerarse con vocación universal aplicable al resto de disciplinas jurídicas que conforman nuestro sistema de Derecho, y no limitarse únicamente al ámbito civil.⁵⁴

En relación con el segundo principio citado, debe ponerse en consonancia con el principio de protección del menor que recoge la Constitución Española (CE) en su artículo 39 y este en concordancia con el 10, que fomenta el libre desarrollo de la personalidad.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE, sostenía que ambos principios se complementan y se limitan recíprocamente, así, dice: *“de forma que no caiga en una protección tan exacerbada que ahogue las posibilidades de desarrollo de la personalidad (lo que es especialmente importante en el ámbito de los menores), ni dé a este tanta amplitud que acabe por establecer un régimen de protección marcadamente insuficiente”*.⁵⁵

Con una opinión coincidente establecía JORDANO FRAGA *“se trata de compatibilizar dos exigencias en cierto modo contrapuestas que responden a la misma inscripción protectora del menor: el potenciamiento de su autónoma personalidad, de su iniciativa personal propia y la indiscutible necesidad de la existencia de poderes de control, vigilancia y defensa que suplan las carencias inherentes a la propia personalidad del menor”*⁵⁶

⁵⁴ VARGAS CABRERA, B. *“El Ministerio Fiscal y el principio del interés del menor”*, en *“La desprotección social de los menores y las instituciones de amparo reguladas en la LO de protección del menor”*. Jornadas de Derecho Civil en Homenaje a Estanislao de Aranzadi, Universidad Da Coruña, 1999. p.4.

⁵⁵ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. *“La protección jurídico civil de la persona por razón de la menor edad, ADC, octubre-diciembre, 1992. p, 1396.*

⁵⁶ JORDANO FRAGA, F., *“La tutela de los derechos del menor”*, Córdoba, 1984, p.244.

3. LEGISLACIÓN APLICABLE A LA MATERIA

Las diferentes normas y textos legales que regulan la materia aplicable al expediente de autorización judicial para actos de disposición referidos a menores y personas con capacidad modificada judicialmente pueden ser objeto de estudio desde dos ámbitos:

3.1 Ámbito procesal

Desde un punto de vista procesal: se regula en los artículos 61 a 66 del Capítulo VIII, del Título II: de los expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de personas, de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.

3.2 Ámbito material

Desde un punto de vista material: se regula:

- ~ Artículos 3 a 5 de la Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad. (LPPPD)
- ~ Art 166 del Capítulo I del Título VII: *De las relaciones paternofiliales*, del Libro I: *De las personas* del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (CC) y:
- ~ Artículos 271 y 272 de la Sección 3ª, del Capítulo II, del Título X: *De la tutela, de la curatela y de la guarda de los menores o incapacitados*, del Libro I: *De las personas* del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (CC).

4. ESTUDIO DE LOS ACTOS DE DISPOSICIÓN.

4.1 Introducción.

La representación legal de los hijos menores y de los incapaces, ejercitada por los padres que ostenten la patria potestad o por aquellos que son tutores de los mismos, tiene su concreta regulación y las limitaciones correspondientes, en los art 162 y ss. del CC, habiendo hecho figurar el legislador en los mismos, los actos exceptuados de representación, el conflicto de intereses, los bienes excluidos de la administración por los

tutores, los actos traslativos y de gravamen que les está prohibido efectuar a los padres sin cumplir ciertos requisitos; esta reglada actividad de representación y administración tiene su lógico colofón en el artículo 168 del mismo cuerpo legal.⁵⁷

Los actos jurídicos cuentan con una clasificación tripartita. Se pueden distinguir los actos de conservación, de administración y los actos de disposición. Los primeros tienen como finalidad el mantenimiento de los bienes; los segundos obtener de los bienes los rendimientos procedentes; y los actos dispositivos son aquellos que modifican jurídicamente la situación respecto de un bien o derecho.⁵⁸

Algunas teorías jurídicas, han venido estableciendo que los actos de disposición se limitan a los actos de enajenación. Sin embargo, este tipo de actos comprende toda una modificación jurídica de un bien o derecho, bien “*se transfiere, se grava, se extingue un bien o derecho*”.⁵⁹

Tanto los progenitores de los hijos como los tutores de los incapaces tienen una amplia libertad para gestionar los bienes de sus pupilos. Estos incluyen actos conservativos, pero también los de explotación económica y los actos de disposición⁶⁰.

Son actos de disposición los de “*enajenación o gravamen de bienes, así como la renuncia de derechos*”.⁶¹ Además, debe incluirse siguiendo lo dispuesto en el artículo 1810 Cc. la transacción. Establece este precepto que “*para transigir sobre los bienes y derechos de los hijos bajo*

⁵⁷ SANMARTÍN ESCRICHE, F; LACALLE SERER, E. “*Comentarios a la Ley 15/2015, de la Jurisdicción Voluntaria. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2017. P.203*

⁵⁸ AGUILERA DE LA CIERVA, T., *Actos de administración, de disposición y de conservación. Ed. Montecorvo, 1973. P. 111*

⁵⁹ **Cft.** AGUILERA DE LA CIERVA, T., *Actos de administración, de disposición y de conservación. Ed. Montecorvo, 1973. P. 111*

⁶⁰ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R. *Comentarios al Código Civil. Tomo II. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2013. p.1715.*

⁶¹ MENÉNDEZ MATO JC., DIRECTOR DOMÍNGUEZ LUELMO, A. *Comentarios al Código Civil. Ed: Lex Nova, 2010. p.286.*

patria potestad se aplicarán las mismas reglas que para enajenarlos". [STS 22-12-1989 (RJ 1989/8864)].

4.2 La exigencia de autorización judicial.

El legislador en interés de la protección a estos menores o incapaces, así como al aseguramiento de la conservación del patrimonio de estos, ha venido estableciendo una serie de cautelas, viniendo a ser un requisito indispensable recabar autorización judicial para la realización de determinados actos dispositivos por los titulares ejercitantes de la patria potestad (art. 166 Cc.) y de la tutela (art. 271 Cc.).

Casos concretos en los cuales los representantes legales necesitan autorización judicial en la esfera patrimonial del menor o incapacitado, lo cual plantea muchísimos problemas porque, a pesar de que los supuestos se hayan todos en el Cc, fundamentalmente en el artículo 166 para la patria potestad y en el 271 Cc, para la tutela, estos artículos se limitan a enumerarlos sin más, utilizando términos tan ambiguos como el de "objetos preciosos" o "valores mobiliarios".⁶²

A continuación, se expondrán los actos dispositivos, los supuestos que requieren autorización judicial, así como aquellos supuestos en los que se exceptúa esa necesidad de obtenerla.

4.2.1 Actos de disposición que requieren la solicitud de autorización judicial por parte de los padres (artículo 166 Cc.). Excepción.

A tenor de lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 166 CC⁶³, cuando se trate de bienes con un importante valor económico, bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios (excepto el derecho de

⁶² SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B. "La intervención judicial en la gestión del patrimonio de menores e incapacitados." Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2006. p.58

⁶³ Cft. Artículo 166 Cc. "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."

suscripción preferente de acciones, y cuando se enajenen valores mobiliarios, además de los anteriores requisitos (causa justificada de utilidad o necesidad y previa audiencia del hijo con suficiente juicio), necesitarán autorización judicial previa, con audiencia del MF, para enajenarlos a gravarlos.

Este requisito también se aplicará a la renuncia de derechos de los que los hijos sean titulares. La justificación de la renuncia respecto a derechos del hijo sometido a potestad puede resultar sumamente difícil ya que no le reporta ningún beneficio.

También se ha planteado, dentro de la genérica figura de la renuncia de derechos, la posibilidad de que los padres lleven a cabo donaciones de bienes de los hijos que, en ocasiones, pueden justificarse por conveniencias sociales. Respecto a ellas, no debería haber problemas en admitirlas – de acuerdo con el 271.9 Cc. puede efectuarlas el tutor con autorización judicial- siempre que respondan a causas de utilidad o necesidad del hijo, tras haberlo oído cuando poseyera suficiente juicio, y tras obtener la pertinente autorización judicial, con audiencia del MF.⁶⁴, aunque esta posición no es unánime en la doctrina.

Del párrafo segundo del artículo 166 Cc. ⁶⁵ se desprende que estando ante una herencia o legado diferidos al hijo, los padres no los podrán repudiar salvo que medie autorización judicial previa que lo autorice. De ser negadas dicha autorización judicial, la herencia será aceptada a favor del hijo siempre a beneficio de inventario.

- **Excepción a la regla general:**

Hasta ahora hemos venido estudiando el requisito de la autorización judicial para aquellos actos de disposición que recaen sobre bienes pertenecientes a menores e

⁶⁴ DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (Dir.): *“Comentarios al Código Civil”*. Ed.: Lex Nova, Valladolid, 2010. p.287

⁶⁵ *Cf. párrafo segundo, art 166 Cc. “Los padres deberán recabar autorización judicial para repudiar la herencia o legado diferidos al hijo. Si el Juez denegase la autorización, la herencia sólo podrá ser aceptada a beneficio de inventario.”*

incapaces. No obstante, el artículo 166, parr. 3º, CC.⁶⁶ establece una excepción a esta condición, no requerirán autorización judicial aquellos actos de disposición sobre valores mobiliarios que los padres realicen sobre los bienes que administren del hijo, cuando éste hubiera cumplido dieciséis años y medie su consentimiento a dicho acto en documento público.⁶⁷

Por tanto, el consentimiento del menor de edad mayor de 16 años prestado en documento público viene a sustituir la licencia judicial para los actos a los que antes se ha hecho alusión. Habrá de aplicarse dicha excepción a todos los actos de renuncia de derechos, de enajenación y gravamen de bienes inmuebles, establecimientos mercantiles, objetos preciosos y valores mobiliarios, así como a la repudiación de herencias y legados.⁶⁸

A simple vista, puede llegarse a pensar que con el consentimiento se renuncia al control judicial de dichos actos, sin embargo, siempre existen garantías para exigir cuentas del acto de disposición o la debida responsabilidad en caso de error, dolo o violencia. Además, la exigencia de documento público parece querer garantizar la *“libertad y voluntad del menor”*⁶⁹.

Considerando que ese consentimiento prestado por el menor sustituye la autorización judicial, a la cuestión: ¿cómo ha de otorgarse dicho consentimiento?, la respuesta es sencilla: habrá que otorgarse siguiendo los requisitos y características para la autorización judicial, es decir, habrá de concederse para cada acto en particular y resultará invalido el otorgado con carácter general. *“Este consentimiento del mayor de 16 años es puesto por el legislador en plano de igualdad con la posible autorización judicial, pues ambas son alternativas, y su*

⁶⁶ Cft. Párrafo tercero, art 166 Cc. *“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.”*

⁶⁷ DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (Dir.): *“Comentarios al Código Civil”*. Ed.: Lex Nova, Valladolid, 2010. p.287

⁶⁸ DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (Dir.): *“Comentarios al Código Civil”*. Ed.: Lex Nova, Valladolid, 2010. p.287

⁶⁹ DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (Dir.): *“Comentarios al Código Civil”*. Ed.: Lex Nova, Valladolid, 2010. p. 287

justificación se encuentra en la consideración legal de que el menor, alcanzada esa edad, tiene madurez suficiente para adoptar por sí una decisión que, sin duda, puede comprometer su patrimonio.”⁷⁰

Dicho consentimiento puede ser posterior al acto, produciéndose su convalidación o ratificación, según se entienda aplicable el art 1259 Cc.⁷¹ o se repunte que el mismo es anulable.⁷²

Del régimen jurídico del art 166 hay que excluir los bienes adquiridos por el menor mayor de 16 años con su trabajo e industria. Estos bienes son administrados por el propio hijo y, por tanto, quedan excluidos de la administración paterna y de la representación legal (vid. Art 162). Por tanto, solo para los actos de administración extraordinarios incluyendo también los actos de disposición, se exigirá que el consentimiento del menor sea completado con el de sus padres.

4.2.2 Actos de disposición que requieren solicitud de autorización judicial por parte del tutor. (artículo 271 Cc.)

Respecto a la necesidad de intervención judicial en la gestión del patrimonio de los menores e incapacitados por el tutor la regulación de referencia se contiene en los artículos 270 y ss. Cc., particularmente en el art 271, redactado conforme a la Ley de 1996, que recoge aquellos actos en los que el tutor ha de solicitar autorización judicial.⁷³ Son los siguientes:

1.º Internar al tutelado en un establecimiento de salud mental o de educación o formación especial.

⁷¹ *Ninguno puede contratar a nombre de otro sin estar por este autorizado o sin que tenga por la ley su representación legal. // El contrato celebrado a nombre de otro por quien no tenga su autorización o representación legal será nulo, a no ser que lo ratifique la persona a cuyo nombre se otorgue antes de ser revocado por la otra parte contratante.*

⁷³ FERNÁNDEZDE BUJÁN, A. (Director) y SERRANO DE NICOLÁS, Á. (Coord.) *Comentarios a la Ley 15/2015 de la Jurisdicción Voluntaria*. Ed. Aranzadi, 2016. P.377

2.º Enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios de los menores o incapacitados, 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.

3.º Renunciar derechos, así como transigir o someter a arbitraje cuestiones en que el tutelado estuviese interesado.

4.º Aceptación y repudiación de la herencia y/o las liberalidades.

5.º Hacer gastos extraordinarios en los bienes.

6.º Actuaciones judiciales. Interposición de la demanda salvo los actos urgentes o de escasa cuantía.

7.º Ceder bienes en arrendamiento por tiempo superior a seis años.

8.º Dar y tomar dinero a préstamo.

9.º Disponer a título gratuito de bienes o derechos del tutelado.

10.º Ceder a terceros los créditos que el tutelado tenga contra él, o adquirir a título oneroso los créditos de terceros contra el tutelado.

Estudio particular del segundo: Enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios de los menores o incapacitados, o celebrar contratos o realizar actos que tengan carácter dispositivo y sean susceptibles de inscripción.

La enajenación es una operación traslativa del dominio o derecho real limitado.

El gravamen es la constitución sobre los bienes o derechos del pupilo de naturaleza real que reduzca el valor del derecho (usufructo servidumbre, censo superficial) o constituya el fundamento de una posterior enajenación forzosa (derechos de garantía o pactos asimilados: hipoteca, prenda, condición resolutoria y derechos de adquisición preferente).

La norma se refiere a actos a título oneroso, pues los actos a título gratuito tienen un apartado especial y comprenden tantos los bienes inmuebles como determinados bienes muebles de especial valor económico.⁷⁴

En segundo lugar, se exige autorización judicial para todo tipo de acto o contrato dispositivo que sea susceptible de inscripción. Esta norma fue modificada por la DF 18ª LOPJM en el sentido de limitar la autorización a los actos de naturaleza dispositiva que, además, sean susceptibles de inscripción. Se trata de un supuesto de carácter subsidiario y residual, que se proyecta sobre actos de que no siendo de enajenación o gravamen el ordenamiento considera inscribible, incluso con carácter facultativo.⁷⁵

4.2.3 Actos de disposición que requieren aprobación judicial por parte del tutor.

Asimismo, no necesitan la previa autorización judicial, aunque si la aprobación posterior del Juez, los actos de partición de la herencia, ni la división de la cosa común (art 272).⁷⁶

Casos regulados en la ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad. (Ley 41/2003, de 18 de noviembre).⁷⁷

⁷⁴ Juan Carlos Menéndez Mato, Director Andrés Domínguez Luelmo. *Comentarios al Código Civil*. Ed: Lex Nova, 2010. p.286.

⁷⁵ MENÉNDEZ MATO, JC. DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (Dir.) *Comentarios al Código Civil*. Ed: Lex Nova, 2010. p.402-403

⁷⁶ Vid artículo 272 Cc. “No necesitarán autorización judicial la partición de herencia ni la división de cosa común realizadas por el tutor, pero una vez practicadas requerirán aprobación judicial.”

⁷⁷ SANMARTÍN ESCRICHE, F; LACALLE SERER, E. “*Comentarios a la Ley 15/2015, de la Jurisdicción Voluntaria*. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2017. P.208, 209,210,211

5. PROCEDIMIENTO LJV PARA ADQUIRIR LA PERTINENTE AUTORIZACIÓN JUDICIAL

Existe un dilema en relación con el ejercicio de la tutela ejercida bien por los padres respecto a sus hijos o bien por parte de los tutores respecto a las personas con la capacidad modificada judicialmente, pues no siempre la toma de decisiones llevada a cabo por estos se realiza teniendo en consideración cual es lo más favorable para sus pupilos, surgiendo en multitud de ocasiones intereses contrapuestos entre ambos, que lleva a realizar actos pensando en el interés de uno mismo.

Como consecuencia de esto, y con finalidad de cumplir la obligación de proteger a estas personas y evitar que realicen determinados actos graves y definitivos que menoscaben su patrimonio, nuestra legislación ha establecido una serie de garantías. En concreto para la realización de actos de disposición, gravamen u otros sobre bienes de menores o de personas con capacidad modificada judicialmente, están sujetos a la exigencia de autorización judicial, o en determinados casos, de aprobación judicial.⁷⁸

Así, el procedimiento que veremos a continuación supone un control judicial sobre las facultades de disposición de los representantes legales de los menores o de las personas con capacidad modificada judicialmente. Con este expediente se trata de acreditar que el acto dispositivo tiene en último término como finalidad el mayor beneficio o interés del menor o de la persona incapacitada.⁷⁹

5.1 Regulación anterior a la LJV

Hasta la aprobación de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, la regulación aplicable a este procedimiento era la establecida en el Título XI, del Libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881; más concretamente lo dispuesto en los artículos 2011 a 2030 de esta ley, recogidos bajo la rúbrica *de la enajenación de bienes de menores e*

⁷⁸ SANMARTÍN ESCRICHE, F; LACALLE SERER, E. “*Comentarios a la Ley 15/2015, de la Jurisdicción Voluntaria*. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2017. P.199

⁷⁹ FERNÁNDEZDE BUJÁN, A. (*Director*) y SERRANO DE NICOLÁS, Á. (*Coord.*) *Comentarios a la Ley 15/2015 de la Jurisdicción Voluntaria*. Ed. Aranzadi, 2016. P.376

incapacitados y transacción acerca de sus derechos”, cuyo fin era determinar el procedimiento para la autorización judicial de aquellos actos de disposición llevados a cabo por menores o personas con capacidad judicialmente.⁸⁰

Más tarde esta Ley fue modificada, y fueron declarados vigentes por la Disposición Derogatoria Única de la Ley 1/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil.⁸¹

5.2 Regulación actual

Actualmente el procedimiento para la consecución de la autorización judicial se encuentra regulado en el Capítulo VIII de la Ley 15/2015 de la Jurisdicción Voluntaria y que lleva por rúbrica “*de la autorización o aprobación judicial para la realización de actos de disposición, gravamen u otros que se refieran a los bienes y derechos de menores y personas con capacidad modificada judicialmente*”

A continuación, se establece un minucioso estudio de este procedimiento, sin embargo, debemos realizar una mención previa a unos requisitos previos de esta autorización judicial, en primer lugar, la necesidad de concurrir causas justificadas de utilidad o necesidad y en segundo lugar, que esta sea otorgada con anterioridad a la realización del acto por parte del representante legal.

En cuanto al primero de los requisitos, el artículo 166 Cc. exige “*causas justificadas de utilidad o necesidad*”. Bastará que concurren una de ellas para que se conceda la autorización. Sin embargo, los actos dispositivos realizados sobre bienes pertenecientes a menores o incapaces ha de tener un carácter excepcional, por tanto, la causa de necesidad debe ser la principal, y la de utilidad para casos concretos o en relación con la otra.

⁸⁰ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R. *Comentarios al Código Civil. Tomo II*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2013. p.1733

⁸¹ FERNÁNDEZDE BUJÁN, A. (Director) y SERRANO DE NICOLÁS, Á. (Coord.) *Comentarios a la Ley 15/2015 de la Jurisdicción Voluntaria*. Ed. Aranzadi, 2016. P.374

Según REVERTE⁸² la utilidad se refiere “al objeto que se pretende enajenar, idea que se contrapone a perjuicio económico irreparable que produciría la no enajenación solicitada”, la necesidad, sin embargo, hace referencia a “la subsistencia - física o moral- del ser humano”. Mientras que la utilidad hace referencia a un concepto económico, la necesidad se refiere a un concepto sociológico.⁸³

BOSCH CAPDEVILA establece que utilidad significa “provecho o rentabilidad de un acto en términos económicos”; necesidad sin embargo alude a “la conveniencia del acto en una situación concreta, aunque objetivamente no sea provechoso”. Es decir, “la utilidad supone un beneficio, mientras que la necesidad trata de evitar un perjuicio”⁸⁴

Autores como ALONSO PÉREZ vienen estableciendo que los padres o los tutores son los que tienen ese poder de disposición, y también lo que mejor conocen la necesidad o utilidad de llevar a cabo dichos actos, sin perjuicio de que el juez lo reconsidere.⁸⁵

El segundo de los requisitos que hemos mencionado anteriormente es la exigencia de la previa autorización judicial para la realización del acto dispositivo, ya que, además, de lo contrario el control judicial se trataría de una mera aprobación.

El Código Civil recoge este requisito expresamente en su artículo 166, no obstante, existen discrepancias en la doctrina, así, BERCOVITZ⁸⁶ afirma que “el acto celebrado sin autorización judicial puede ser convalidado, ratificado o confirmado por autorización posterior”.

GARCÍA CANTERO afirma que la autorización es un requisito que debe constar con carácter previo, pues si no, debería considerarse una ‘*corruptela*’; de aquí que “los notarios y registradores que intervengan en negocios que afecten a tutelados deben requerir autorización judicial antes

⁸² REVERTE NAVARRO, A., “Intervención judicial en las situaciones familiares (notas al Código Civil), Murcia, 1980, pág. 157.

⁸³ SANCHEZ-CALERO ARRIBAS, B., *ob. cit.*, pág. 322

⁸⁴ SANCHEZ-CALERO ARRIBAS, B., *ob. cit.*, pág. 322

⁸⁵ SANCHEZ-CALERO ARRIBAS, B., *ob. cit.*, pág. 323

⁸⁶ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R. “Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia”, pág. 1117.

*de otorgar el contrato o realizar la inscripción. Lo contrario conlleva el riesgo de una no aprobación ulterior del órgano no jurisdiccional, aparte de envolver tal conducta una cierta devaluación o menosprecio de la intervención del juez en estos casos”.*⁸⁷

ÁMBITO DE APLICACIÓN

(ART 61 LJV)

Regulado en el art 61 LJV, el ámbito de aplicación del expediente en cuestión establece que *“Se aplicarán las disposiciones de este Capítulo en todos los casos en que, conforme al Código Civil o la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, el representante legal del menor o persona con capacidad modificada judicialmente o el administrador de un patrimonio protegido necesite autorización o aprobación judicial para la validez de actos de disposición, gravamen u otros que se refieran a sus bienes o derechos o al patrimonio protegido, salvo que hubiera establecida una tramitación específica.”*

COMPETENCIA, LEGITIMACIÓN Y POSTULACIÓN

(ART 62 LJV)

❖ *Competencia.*

Del conocimiento de este expediente resulta competente a tenor de lo establecido en el apartado primero del artículo 62 de la Ley 15/2015 de la Jurisdicción Voluntaria, *“el Juzgado de Primera Instancia del domicilio”* y subsidiariamente el lugar *“de la residencia del menor o persona con capacidad modificada judicialmente”*.⁸⁸

De este precepto se desprende, que, desde el punto de vista de la competencia objetiva, será competente el juez de primera instancia; y desde el punto de vista de la competencia territorial lo será el lugar del domicilio, o en su defecto, la residencia del menor o persona con la capacidad modificada judicialmente.⁸⁹

⁸⁷ SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B., *ob. cit.*, pág. 325

⁸⁸ *Cft. Artículo 62.1 Ley 15/2015 de la Jurisdicción Voluntaria.*

⁸⁹ SANMARTÍN ESCRICHE, F; LACALLE SERER, E. *“Comentarios a la Ley 15/2015, de la Jurisdicción Voluntaria. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2017. P.211*

❖ *Legitimación.*

La legitimación para promover este expediente se regula en el apartado segundo del artículo 62 de la Ley 15/2015 de la Jurisdicción Voluntaria y corresponderá de forma general a los representantes legales, más concretamente establece el tenor literal de este artículo lo siguiente: “*quienes ostenten la representación legal del menor o persona con capacidad modificada judicialmente a los fines de realizar el acto jurídico de que se trate, el curador o el defensor judicial en su caso, así como el constituido en tutela o curatela, si no le hubiese sido prohibido.*”

Sin embargo, se establecen unas excepciones a esta regla general, así: “*cuando se trate de la administración de bienes o derechos determinados, con facultades concretas sobre los mismos, conferida por su transmitente a título gratuito a favor de quien no ostente la representación legal de un menor o persona con capacidad modificada judicialmente*”, o “*cuando se ejerzan separadamente la tutela de la persona y la de los bienes deberá solicitar la autorización, si fuere precisa, el administrador designado por el transmitente o el tutor de los bienes.*”

Si conforme a la Ley 41/2003, de 18 de noviembre de protección patrimonial de las personas con discapacidad se trate de actos “*respecto a los bienes del patrimonio protegido, el legitimado será su administrador.*”⁹⁰

❖ *Postulación.*

Exceptuando la regla general establecida en la LEC (artículos 23 y 31) donde el límite máximo hasta donde no es necesaria la intervención de Abogado ni Procurador es por debajo de los dos mil euros⁹¹; el apartado tercero de dicho artículo establece que no será obligatoria la intervención de Abogado ni Procurador “*siempre que el valor del acto para el que se inste el expediente no supere los 6.000 euros*”. En cualquier otro caso será necesaria su actuación.

⁹⁰ SANMARTÍN ESCRICHE, F; LACALLE SERER, E. “*Comentarios a la Ley 15/2015, de la Jurisdicción Voluntaria*. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2017. P.212

⁹¹ FERNÁNDEZDE BUJÁN, A. (Director) y SERRANO DE NICOLÁS, Á. (Coord.) *Comentarios a la Ley 15/2015 de la Jurisdicción Voluntaria*. Ed. Aranzadi, 2016. P.379

A modo de conclusión se establece que en relación con la defensa técnica la intervención del Letrado será facultativa; la representación procesal, igualmente es potestativa, salvo que el acto que sea objeto de la autorización o aprobación judicial tuviese un valor patrimonial superior a seis mil euros.⁹²

No obstante, y en todo caso, deberán ir defendidos por Letrado y representados por Procurador para la interposición de un recurso de revisión y apelación contra la resolución definitiva que se dicte en el expediente, así como a partir del momento en que se formule oposición.⁹³

PROCEDIMIENTO

❖ *La solicitud (art 63 LJV)*

La Ley 15/2015 reguladora de la Jurisdicción Voluntaria regula en el Título Preliminar, más concretamente en su artículo 14, una serie de disposiciones generales aplicables a todos los expedientes de jurisdicción voluntaria que se tramitan ante los órganos jurisdiccionales.

Conforme a lo establecido en el apartado primero de dicho artículo la iniciación del expediente ser realizará *“de oficio, a instancia del Ministerio Fiscal o por solicitud formulada por persona legitimada”*, consignando *“los datos y circunstancias de identificación del solicitante, con indicación de un domicilio a efectos de notificaciones”*.

Además, tal y como dispone el apartado segundo deberá constar en la solicitud *“los datos y circunstancias de identificación de las personas que puedan estar interesados en el expediente, así como el domicilio o domicilios en que puedan ser citados o cualquier otro dato que permita la identificación de los mismos”*.

En lo que se refiere al contenido del escrito de la solicitud, siguiendo lo dispuesto en el párrafo segundo del apartado primero, deberá ser expuesto *“con claridad y precisión lo que*

⁹² SANMARTÍN ESCRICHE, F; LACALLE SERER, E. *“Comentarios a la Ley 15/2015, de la Jurisdicción Voluntaria. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2017. P.213*

⁹³ SANMARTÍN ESCRICHE, F; LACALLE SERER, E. *“Comentarios a la Ley 15/2015, de la Jurisdicción Voluntaria. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2017. P.213*

se pida”, y una *“exposición de los hechos y fundamentos jurídicos en que fundamenta su pretensión”*. También cuando sea necesario, se incorporarán *“los documentos y dictámenes que el solicitante considere de interés”*, aportando *“tantas copias cuantos sean los interesados”*. (Cft. 14.1. párr. segundo).

Tal y como establece el art 14.3 LJV, cuando la intervención de Abogado y Procurador no sea preceptiva, la Oficina Judicial facilitará al solicitante *un “impreso normalizado para formular la solicitud”*, sin ser necesaria para este caso concreto *“fundamentación jurídica de lo solicitado”*. No será preceptiva dicha intervención cuando el valor del acto de disposición, gravamen u otro bien o derecho objeto del expediente, sea igual o inferior a seis mil euros.

La solicitud se presentará *“por cualquier medio, incluyendo los previstos en la normativa de acceso electrónico de los ciudadanos a la Administración de Justicia”*, conforme al último párrafo del artículo en cuestión.

Una vez realizado el estudio general de los requisitos establecidos para la formulación de la solicitud del expediente, debemos tener en cuenta las siguientes consideraciones específicas, reguladas en el artículo 63 de la Ley 15/2015 de la Jurisdicción Voluntaria⁹⁴:

El su apartado primero se establecen los extremos que deben estar expuestos en la solicitud, de modo que la solicitud deberá contener *“el motivo del acto o negocio de que se trate”* razonando la *“necesidad, utilidad o conveniencia del mismo”*; identificando con exactitud *“el bien o derecho a que se refiera”*. Además, deberá constar el fin al que deba aplicarse la suma obtenida. Asimismo, se presentarán los *“documentos y antecedentes necesarios para poder formular juicio exacto”* sobre el negocio de que se trate.

Siguiendo lo dispuesto en el apartado segundo, en el caso de encontrarnos ante una transacción, se incluirá *también el “documento en que se hubieren formulado las bases de la transacción”*.

⁹⁴ SANMARTÍN ESCRICHE, F; LACALLE SERER, E. *“Comentarios a la Ley 15/2015, de la Jurisdicción Voluntaria. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2017. P.214*

Por último, tal y como establece el apartado tercero del artículo 63 LJV, si se solicita autorización para la realización de un acto de disposición podrá pedirse en la “*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.*”

❖ **Tramitación (art 64 LJV).**

En la tramitación judicial de la autorización o aprobación exigibles, el artículo 273 Cc., además de requerir la audiencia del MF, previene la del menor, preceptiva si es mayor de doce años, y facultativa si “*el juez lo considera oportuno*”.

En la regulación de la LO 1/1996, el artículo 9 consagra un régimen de audiencia el menor mas laxo, en cuanto no restringido por ese límite mínimo de edad, pero por otro lado mas limitado, por cuanto en el trazado de su ámbito objetivo aparece llamativamente omitida la esfera patrimonial: “*el menor, dispone el apartado 1, tiene derecho a ser oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier otro procedimiento administrativo o judicial en que este directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social*”.⁹⁵

Seguidamente el art 64 LJV se ocupa de regular la admisión y posterior tramitación del expediente de autorización para bienes de menores y personas con capacidad modificada judicialmente.⁹⁶

El Letrado de la Administración de Justicia debe admitir a trámite la solicitud al tener encomendado, con carácter general, el acto de admisión de la demanda en los términos del art 404 LEC.⁹⁷ Y en concreto, tal y como establece el artículo 64 LJV, “*una vez admitida a*

⁹⁵ CADARSO PALAU, J. (catedrático de Derecho Civil. Abogado del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez (Madrid). Artículo *Tutela del menor: Aspectos patrimoniales.*

⁹⁶ FERNÁNDEZDE BUJÁN, A. (Director) y SERRANO DE NICOLÁS, Á. (Coord.) *Comentarios a la Ley 15/2015 de la Jurisdicción Voluntaria.* Ed. Aranzadi, 2016. P.

⁹⁷ *Vid. art 404 Ley Enjuiciamiento Civil.*

trámite dicha solicitud por éste, citará a comparecencia al Ministerio Fiscal”, y “a todas las personas que exijan las leyes” y, “en todo caso, al afectado que tuviera suficiente madurez y al menor de edad mayor de 12 años.”

En lo relativo a la comparecencia, será de aplicación el apartado primero del artículo 18 de la LJV, “*se celebrará ante el Juez (...) dentro de los treinta días siguientes a la admisión de la solicitud*”. Y según el apartado segundo se sustanciará “*por los trámites previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil para la vista del juicio verbal con las siguientes especialidades*”⁹⁸:

- 1º. Si el solicitante no acudiera a la comparecencia, el Juez dictará auto y archivará el expediente, entendiéndose desistido.*
- 2º. El juez oirá al solicitante, a los demás citados y comparecidos, y podrá acordar, de oficio a instancia del solicitante o del Ministerio Fiscal, la audiencia de aquellos cuyos derechos o intereses pudieran verse afectados por la resolución del expediente.*
- 3º. Si se plantearan cuestiones procesales que puedan impedir la válida prosecución del expediente, el Juez las resolverá oralmente en el propio acto.*
- 4º. Cuando el expediente afecte a los intereses de un menor o persona con capacidad modificada judicialmente, el juez podrá acordar que la audiencia se practique en acto separado.*
- 5º. En la celebración de la comparecencia, una vez practicadas las pruebas, se permitirá a los interesados formular oralmente sus conclusiones.*
- 6º. El desarrollo de la comparecencia se registrará en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen, de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil.*

No obstante, de acuerdo con lo establecido en el apartado segundo, si procede dictamen pericial, éste deberá emitirse antes de celebrada la comparecencia, citando a ella al perito que lo hubiese llevado a cabo, para responder a las preguntas que le formularsen.⁹⁹

Teniendo en cuenta el citado anteriormente artículo 404 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuando el Letrado de la Administración de Justicia estime que dicha solicitud carece de algún presupuesto procesal (p. ej.: falta de jurisdicción o competencia

⁹⁸ *Cft. Art 18 LJV*

⁹⁹ *Cft. Art 64.2 LJV*

del tribunal, falta de legitimación, defectos formales no subsanados en tiempo y forma por el solicitante en el plazo habilitado para ello...) dará cuenta al tribunal para que resuelva sobre la inadmisión.

El hecho de que la inadmisión de la solicitud de iniciación del procedimiento sea competencia del juez o tribunal, y la admisión de la solicitud del expediente sea del Letrado de la Administración de Justicia, obedece a la necesidad del cumplimiento del derecho de acción recogido en el artículo 24.1 CE.¹⁰⁰

❖ **Resolución (art 65 LJV)**

La resolución que concederá o denegará la autorización judicial, que conforme a los artículos 245 LOPJ y 206 LEC se entiende que reviste forma de auto, será llevada a cabo por el Juez, debiendo tener en cuenta, “*la justificación ofrecida*” y la valoración de la “*conveniencia*” en relación con los intereses del menor o persona con capacidad modificada judicialmente.¹⁰¹

El Juez cuando concede la autorización judicial, no está otorgando su consentimiento en sustitución del representante legal, sino que le está completando la falta de poder para llevar a cabo el acto dispositivo que está en juego.¹⁰²

Además, el jurista AMORÓS GUARDIOLA establece que la autorización judicial no significa de forma automática que el acto autorizado sea jurídicamente válido. Igualmente, GIL RODRÍGUEZ afirma que “*la obtención de la autorización previa no convierte al negocio entero en inatacable, por lo mismo que judicialmente no se han filtrado todas y cada una de sus condiciones de validez y eficacia. En la instancia judicial se han ponderado sólo las consecuencias del acto desde el prima único del beneficio del pupilo y el auto autorizante significa escuetamente complemento o*

¹⁰⁰ FERNÁNDEZDE BUJÁN, A. (Director) y SERRANO DE NICOLÁS, Á. (Coord.) *Comentarios a la Ley 15/2015 de la Jurisdicción Voluntaria*. Ed. Aranzadi, 2016. P.

¹⁰¹ Cft. Art 65 LJV

¹⁰² SANCHEZ-CALERO ARRIBAS, B., *ob. cit*, pág. 320

*integración del poder de representación, aparte la improcedencia de la rescisión por lesión del art 1291.1º. El acto o negocio en su conjunto no queda exento de cualquier otro motivo de eficacia”.*¹⁰³

El mismo artículo en los apartados siguientes establece las condiciones generales en que debe concederse la autorización, así como las especialidades que se deben tener en cuenta en función de los derechos o bienes objeto de transacción o enajenación¹⁰⁴:

- ~ La autorización para la venta de bienes o derechos, regulada en el apartado segundo, *deberá realizarse “en pública subasta previo dictamen pericial de valoración de los mismos, salvo que se hubiera instado la autorización por venta directa o por persona o entidad especializada, sin necesidad de subasta y el Juez así lo autorice. Se exceptúa el caso de que se trate de acciones, obligaciones u otros títulos admitidos a negociación en mercado secundario, en que se acordará que se enajenen con arreglo a las leyes que rigen estos mercados.”*
- ~ En el caso de autorización solicitada para transigir, recogida en el apartado tercero, una vez concedida por el juez deberá determinar la *“expedición de testimonio que se entregará al solicitante para el uso que corresponda.”*
- ~ Si se autorizare la realización de algún acto de gravamen sobre bienes o derechos que pertenezcan al menor o persona con capacidad modificada judicialmente, o la extinción de derechos reales a ellos pertenecientes, *“se seguirán las mismas formalidades establecidas para la venta, con exclusión de la subasta”.*

En lo que se refiere a recursos, habrá que estar a lo dispuesto en el apartado quinto del artículo en cuestión, cuyo tenor literal establece que *“la resolución será recurrible en apelación con efectos suspensivos”*

No obstante, a pesar de lo dispuesto en dicho precepto, esta apelación, siguiendo lo establecido en el apartado segundo del artículo 455 Ley de Enjuiciamiento Civil, no solo tendrá efectos suspensivos, sino también un efecto devolutivo.¹⁰⁵

¹⁰³ SANCHEZ-CALERO ARRIBAS, B., *ob. cit.*, pág. 321

¹⁰⁴ FERNÁNDEZDE BUJÁN, A. (Director) y SERRANO DE NICOLÁS, Á. (Coord.) *Comentarios a la Ley 15/2015 de la Jurisdicción Voluntaria*. Ed. Aranzadi, 2016. P.381

Además, en todo caso podrá interponerse recurso de apelación, en cualquier caso, con independencia de que la cuantía sea inferior a 3000 euros, al no haber definido el procedimiento conforme a tal criterio, por lo que no resulta de aplicación la excepción prevista en el art 455 LEC.¹⁰⁶

❖ **Destino de la cantidad obtenida (art 66 LJV)**

El último artículo establecido por la ley respecto a este expediente de autorización, el artículo 66 LJV, recoge una garantía, condicionando la validez del acto de enajenación según el cumplimiento de las condiciones o presupuestos en base a los cuales se dictó tal autorización, *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*¹⁰⁷.

6. FALTA DE AUTORIZACION JUDICIAL Y REALIZACIÓN DE ACTOS DE DISPOSICIÓN SOBRE BIENES DE MENORES E INCAPACES. SANCIÓN.

Como ya hemos expuesto a lo largo de este trabajo en reiteradas ocasiones, los padres respecto a sus hijos y los tutores en relación con los pupilos tienen como requisito esencial la concesión de autorización judicial para la realización de actos de disposición que recaen sobre los bienes de aquellos.

¹⁰⁵ Cft. Art 455.2 LEC “conocerán de los recursos de apelación las AP cuando las resoluciones apelables han sido dictadas por los Juzgaos de Primera Instancia de su circunscripción”.

¹⁰⁶ FERNÁNDEZDE BUJÁN, A. (Director) y SERRANO DE NICOLÁS, Á. (Coord.) *Comentarios a la Ley 15/2015 de la Jurisdicción Voluntaria*. Ed. Aranzadi, 2016. P.382

¹⁰⁷ FERNÁNDEZDE BUJÁN, A. (Director) y SERRANO DE NICOLÁS, Á. (Coord.) *Comentarios a la Ley 15/2015 de la Jurisdicción Voluntaria*. Ed. Aranzadi, 2016. P.382

Esta garantía otorga eficacia y seguridad jurídica a los negocios jurídicos llevados a cabo con personas menores de edad o incapaces, tanto para sí mismos como para la contraparte con quien son llevados a cabo.

Sin embargo, a pesar de que el Código Civil exige tal autorización, no prevé explícitamente la sanción en caso de que se realice un negocio jurídico sin la misma, es decir, la sanción jurídica que impone nuestra legislación ante el incumplimiento del artículo 166 o 271 Cc.

3.1 EVOLUCIÓN HISTÓRICA.

Desde el momento de la entrada en vigor del Código civil, se empezó a plantear la cuestión del tipo de ineficacia que afectaba a los actos realizados por el titular de la patria potestad sin la autorización judicial. De ello dan fe las antiguas **sentencias de 29 abril 1904**, que dice textualmente que *“el padre carece de capacidad jurídica para perfeccionar ninguna venta de bienes inmuebles, mientras no haya obtenido la correspondiente autorización judicial”*; la de **31 mayo 1912**, que parece inclinarse más por la tesis de la anulabilidad y la de **8 junio 1917**, que dice que *“es nulo el contrato otorgado así por el padre (sin autorización judicial) por falta de capacidad de éste, lo que no ocurre tratándose de una transacción”*.¹⁰⁸

Desde el punto de vista cronológico, la evolución jurisprudencial sobre la solución de esta importante cuestión ha pasado por tres etapas: nulidad radical, anulabilidad y contrato incompleto.¹⁰⁹

La doctrina preponderante existente con anterioridad a la reforma del año 1881 determinaba que la autorización, de acuerdo con la legislación entonces existente se limitase a la literalidad del precepto, estableciendo que, si la autorización no existiese de forma previa a la realización del acto, este debería ser motivo de nulidad absoluta del negocio

¹⁰⁸ Vid. STS 2561/2010

¹⁰⁹ Consultar en:

https://www.boe.es/publicaciones/comentarios_sentencias_unificacion_doctrina_civil_y_mercantil/abrir_pdf.php?id=COM-D-2010-

[19 Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina Civil y Mercantil Venta de vivienda perteneciente a la comunidad postganancial, efectuada por el viudo sin autorizaci%C3%B3n judicial supletoria del consentimiento de los hijos menores part%C3%ADcipes](#) (p. 10) Comentario a cargo de: RAGEL SÁNCHEZ, L.F. Catedrático de Derecho civil Universidad de Cádiz

jurídico. Así, las sentencias del TS de **25 junio de 1959** y **28 de mayo de 1965**, eran partidarias de la nulidad radical y absoluta.

Tras la reforma, la discusión continúa. Se admite la mera anulabilidad, se consideraba que era la opción que más protegía los derechos del menor o tutelado. Así a pesar de lo establecido en el artículo 166 Cc. en cuanto a la exigencia de autorización judicial previa al acto de disposición, cabe *“la posibilidad de su convalidación, ratificación o confirmación posterior”*.

Por ejemplo, sentencias más recientes del TS, como la de 30 de marzo de 1987, 9 de mayo de 1994 y la de 21 de enero del año 2000, eran partidarias de la anulabilidad de acto, y pronunciaban los siguientes argumentos:

La **STS 30 marzo 1987**¹¹⁰ establecía lo siguiente: *“la enajenación realizada sin la previa autorización judicial no es inexistente en el sentido del artículo 1261 ni tampoco nula en el del número tres del artículo sexto, sino que, como declaró la STS 9 diciembre 1953 puede la enajenación convalidarse al llegar el menor a la mayoría de edad (no cabe, en cambio, subsanarla obteniendo posteriormente la autorización judicial, pues ésta sólo daría la validez a la enajenación verificada con posterioridad a la misma, pero no convalidaría la anteriormente estipulada). A partir de esa naturaleza de simple anulabilidad, parece ha de cuestionarse la legitimación de quienes no sean el propio hijo o los que del mismo traigan causa, negándola a quienes se sitúen fuera de la reducida esfera de los intereses del hijo que aparejan la exigencia de la autorización judicial oído el Ministerio Fiscal, no correspondiendo, por tanto, al adquirente de la casa por título de compraventa. La STS 31 mayo 1912, al no rechazar la aplicabilidad del artículo 1301 CC a los contratos celebrados sin autorización judicial, autoriza a pensarlo así”*.

Muy ilustrativa de la evolución que hemos descrito fue la **STS 9 mayo 1994**¹¹¹, pues recogió la jurisprudencia imperante sobre la anulabilidad, establecía: *“lo que importa de la STS 30 marzo 1987 (RJ 1987, 1839) es que a su tenor la enajenación realizada sin la previa autorización judicial no es inexistente en el sentido del artículo 1261, ni nula en el del 6.3, sino que, como declaró la Sentencia de 9 diciembre 1953 (RJ 1954, 284), puede la enajenación convalidarse al llegar el menor a la mayoría de edad, por lo que se inclina por la simple anulabilidad, criterio este que está en línea con la doctrina declarada en las SSTS 29 noviembre 1958 (RJ 1958, 3811) y 19 diciembre 1977 (RJ*

¹¹⁰ Cft. STS 30 marzo 1987

¹¹¹ Cft. STS 9 mayo 1994 (RJ 1994/3894)

1977, 4763) e, incluso, la STS 21 mayo 1984 (RJ 1984, 2497), y aun cuando existen otras Sentencias, entre ellas, las de 9 diciembre 1953 (sin perjuicio de la convalidación por el menor al llegar a la mayoría de edad) y 25 junio 1959, partidarias de la nulidad radical, procede reafirmar la naturaleza anulable de tales enajenaciones, toda vez que el matiz diferenciador que supera la anulabilidad de la nulidad es la calificación del interés, público o privado, a cuya protección se ordenan, y así, la defensa del interés público exige la indisponibilidad de la ineficacia de los actos contrarios a dicho interés, mientras que cuando está en juego es el simple interés privado de los particulares, resulta más adecuada una ineficacia disponible relativa y tuitiva, que es la propia de la anulabilidad, y sin que, en este punto, quepa olvidar que, en cualquier caso, los menores disponen de una acción de nulidad al llegar a su mayoría de edad, artículo 1301 CC, y de un mecanismo de confirmación, artículo 1311 CC”.

La **STS 21 enero 2000**¹¹² declaraba “Para la resolución de la cuestión conviene distinguir aquellas relaciones jurídicas concertadas por menores de edad, dotados de discernimiento suficiente, con su intervención efectiva y prestando su consentimiento, por lo tanto, sin la capacidad jurídica exigida, pero que no son radicalmente nulas, pues el consentimiento contractual existe, si bien resulta aplazado en sus efectos vinculantes. Se trata de un consentimiento hacia tiempo futuro, ya que al llegar a la mayoría de edad pueden efectuar su ratificación confirmatoria (arts. 1309, 1310 y 1311 del CC), justificando así el consentimiento prestado. Lo mismo sucede si se trata de enajenaciones llevadas a cabo por los padres que ostentan la patria potestad contraviniendo el artículo 166 del Código Civil que exige autorización judicial, caso contemplado en la STS 9 mayo 1994 (RJ 1994, 3894)”.¹¹³

3.2 POSICION ACTUAL

Actualmente la jurisprudencia continúa en una posición vacilante. No obstante a la numerosa jurisprudencia existente en esta materia, una de las sentencias más relevante y que ha recogido las tres posibles posturas jurisprudenciales que puede tener en

¹¹² Cft. STS 21 enero 2000 (RJ 2000/113)

¹¹³ Consultar en:

https://www.boe.es/publicaciones/comentarios_sentencias_unificacion_doctrina_civil_y_mercantil/abrir_pdf.php?id=COM-D-2010-19 *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina Civil y Mercantil Venta de vivienda perteneciente a la comunidad postganancial, efectuada por el viudo sin autorizaci%C3%B3n judicial supletoria del consentimiento de los hijos menores part%C3%ADcipes* Comentario a cargo de: RAGEL SÁNCHEZ, L.F. Catedrático de Derecho civil Universidad de Cádiz

consideración la Sala para resolver, es la **Sentencia del Tribunal Supremo**, resuelta por la Sala de lo Civil, **el 22 de abril del 2010 (núm. 225/2010)**, cuya cuestión de fondo es la naturaleza y alcance de la ineficacia derivada de los actos realizados por el representante legal sin la pertinente autorización judicial, conforme a lo dispuesto en el artículo 166 Cc.¹¹⁴

*“1º A favor de la **nulidad radical** se pronuncian las sentencias de 29 abril 1904; 8 junio 1917; 21 junio 1943; 9 diciembre 1953; 25 junio 1959; 14 marzo 1983; 17 febrero 1995 y 21 enero 2000, entre otras. La fundamentación de estas sentencias se basa en dos tipos de argumentos:*

a) la disposición por el titular de la patria potestad sin autorización judicial es per se un acto inexistente, al faltarle uno de los requisitos;

b) es un acto nulo por ser contrario a una norma imperativa, por lo que incurre en la sanción de nulidad del antiguo art. 4, hoy Art. 6.3 CC¹¹⁵ (STS 28 mayo 1965, entre otras).

La **STS de 9 de diciembre de 1953**, cuyo ponente es el Excmo. Sr. D. Ildelfonso Alamillo Salgado recogía que *“como quiera que el artículo 164 Cc. exige, como requisito indispensable para que el padre, o en su caso la madre, puedan enajenar los bienes inmuebles de sus hijos, en que les corresponda el usufructo o la administración, la previa autorización del Juez del domicilio, con audiencia del Ministerio Fiscal, es manifiesta la carencia de facultad del padre o madre para vender; sin dicha autorización, los bienes inmuebles de los hijos sujetos a patria potestad; y la venta que se celebre, sin haber obtenido aquella, es nula conforme a lo establecido en el artículo 1259 del mismo Código y solo podría convalidarse por los mismos menores al llegar a la mayor edad, mientras esta no surja puede decretarse la nulidad mediante el ejercicio de la acción que concede el artículo 1302 del repetido código”*. Añade también que: *“esa nulidad no cabe subsanarla obteniendo posteriormente la autorización judicial pues esta solo daría validez a la enajenación verificada con posterioridad a la misma, pero no convalidaría la anteriormente estipulada, sin que precediera ese requisito que indispensablemente se exige como previo”*.¹¹⁶

*2º Una modalidad de la anterior jurisprudencia declara la nulidad del contrato celebrado sin la autorización judicial por tratarse de un **acto realizado con extralimitación de poder**, por lo que se aplica el art. 1259 CC (SSTS 9 diciembre 1953 y 21 mayo 1984).*

¹¹⁴ Vid. [STS 4773/2014]. Fundamento de derecho primero, párr. 1º.

¹¹⁵ Cft. Art. 6.3 Cc. “Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención”.

¹¹⁶ Vid STS 9 de diciembre de 1953.

La sentencia de 9 diciembre 1953 dice que en estos casos “[...] es manifiesta la carencia de facultad del padre o madre para vender, sin dicha autorización, los bienes inmuebles de sus hijos sujetos a potestad; y la venta que se celebre, sin haber obtenido aquélla, es nula, conforme a lo establecido por el Art. 1259 CC y solo podrá convalidarse por los mismos menores al llegar a la mayor edad”.

3º Otra parte de la jurisprudencia de la Sala opta por la solución de la **anulabilidad**.

Así, destacan algunas sentencias del TS como, la del **30 marzo 1987**; 9 mayo 1994, 23 diciembre 1997 y **3 marzo 2006**.

La **STS de 30 de marzo de 1987**, cuyo ponente es el Excmo. Sr. D. Cecilio Serena Velloso establecía que *“la enajenación realizada sin la previa autorización judicial no es inexistente en el sentido del artículo 1261 ni tampoco nula en el del número tres del artículo sexto, sino que, como declaró la sentencia de 9 de diciembre de 1953 puede la enajenación convalidarse al llegar el menor a la mayoría de edad (no cabe en cambio subsanarla obteniendo posteriormente la autorización judicial pues esta solo daría la validez a la enajenación verificada con posterioridad a la misma, pero no convalidaría la anteriormente estipulada). A partir de esa naturaleza de simple anulabilidad parece, ha de cuestionarse la legitimación de quienes no sean el propio hijo o los que del mismo traigan causa, negándola a quienes se sitúen fuera de la reducida esfera de los intereses de hijo que aparejan la exigencia de autorización judicial oído el Ministerio Fiscal, no correspondiendo, por tanto, al adquirente de la casa por título de compraventa”*

La **STS 9 de mayo de 1994** se pronuncia en el mismo sentido.

La última de ellas citada afirma que *“No se ha producido infracción porque del artículo 164, hoy 166, no se deriva la nulidad radical que preveía el artículo 4, hoy 6.3 CC. Tal como se ha dicho en el fundamento anterior, la actuación del representante legal sin la autorización judicial no implica que falte el consentimiento como se dice en este motivo del recurso, sino que se ha dado éste, es decir, la concurrencia de las declaraciones de voluntad de vendedor y comprador, aunque aquél actuaba en nombre y representación de sus hijos menores de edad, como titular de la patria potestad, sin la preceptiva autorización judicial. Pero sí hubo consentimiento contractual, presupuesto esencial del contrato conforme al artículo 1261, 1º del Código civil, aunque el de la parte vendedora adolecía de la falta de autorización judicial. Esta falta, como se ha dicho, no da lugar a la nulidad radical del contrato sino a que éste es*

anulable y si los contratantes representados (por representación legal) no han accionado interesando la anulación en el plazo de cuatro años que establece el artículo 1301 del Código civil, se produce la confirmación por disposición de la Ley, llamada prescripción sanatoria, por el transcurso del plazo de caducidad lo que podría ejercitarse aquella acción de anulación”.

1. Teoría de la nulidad radical y absoluta.

La falta de autorización judicial en los casos dispuestos en los artículos 166 y 271 Cc. provoca la nulidad del acto para una parte de la doctrina, y esto en base al siguiente motivo, se establece el carácter imperativo de las normas existentes en aquéllos y por tanto se establece como sanción la nulidad recogida en el artículo 6.3 Cc., que establece *“los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para en caso de contravención”.*

ALONSO PEREZ, afirma que las normas recogidas en el artículo 166 y 271 Cc, son *“de carácter familiar, amparadora de los derechos de los menores y afectante a un interés y garantía públicos. Están en juego, frecuentemente, valores patrimoniales delicados y es justo que tales actos dispositivos estén afectados de nulidad radical para la tutela del sometido, siempre en condiciones de inferioridad. Lo exige por otra parte la función tuitiva de la patria potestad, y está en el artículo 164 Cc.”*¹¹⁷ *al exigir la garantía de la autorización judicial”*.¹¹⁸

También en consonancia con la tutela, GARCÍA CANTERO, establecía que el incumplimiento de dicho requisito de recabar autorización judicial *“provocará la nulidad absoluta del acto por aplicación del artículo 6.3, pues se está en presencia de normas imperativas, y si se quiere prohibitivas, pues lo que vienen a decir los artículos 271, es que prohíbe a los tutores actuar solos”*.¹¹⁹

¹¹⁷ Nota: actualmente, el artículo 166 Cc.

¹¹⁸ Vid. ALONSO PEREZ, M. “El patrimonio de los hijos sometidos a patria potestad”. RPD, enero-diciembre, 1973, pág. 24.

¹¹⁹ Vid. GARCÍA CANTERO, G., “El nuevo régimen jurídico de la tutela”. Pág. 437.

Es interesante lo establecido por el jurista GUILARTE ZAPATERO, respecto a la imperatividad de las normas que exigen autorización judicial, y tendentes a proteger tanto el orden público, así como los intereses familiares, su infracción implicará la nulidad de pleno derecho de los actos realizados sin ella. Y como consecuencia, no producirá ningún efecto, sin perjuicio de que en determinadas ocasiones se pueda imponer acción de nulidad, sin plazo determinado para ejercerla, y podrá ser llevada a cabo por el representante legal o por el propio representado cuando alcance la plena autonomía negocial. Además, se prohíbe, aunque no expresamente, sino por el silencio que establece la ley en este sentido, que no es posible la ratificación del acto, a diferencia de la admisión de esa misma para aquellos casos afectos al artículo 1259 Cc.¹²⁰.

Algunos autores, como, a pesar de establecer como sanción a dichos actos la nulidad de pleno derecho, considera oportuna la convalidación o ratificación del acto.

AMORÓS GUARDIOLA, partidario de la convalidación del acto realizado sin autorización judicial viene afirmando lo siguiente: *“aunque en principio la nulidad tiene un carácter definitivo, sin embargo, la mejor doctrina entiende que en algunos casos el negocio nulo puede ser objeto de convalidación o convallescencia, cuando un nuevo hecho, al sumarse al supuesto que se consideraba nulo, le confiera validez. A pesar del carácter anómalo y excepcional de esta figura, uno de los supuestos típicos de convallescencia es aquel en que el negocio requiere para subsanar la nulidad. Aplicando estas ideas al presente caso, podemos concluir que los actos comprendidos en los artículos 271 y 272 a los que la falta la correspondiente autorización judicial son actos nulos y no producen efectos jurídicos. Que, si se admite excepcionalmente dicha autorización a posteriori, en la forma ya apuntada, podrán convalidarse cuando esta autorización se produzca, y resulten cumplidos todos los requisitos de eficacia del acto. Pero como ya hemos dicho, en tales casos solo se producirán los efectos jurídicos desde la autorización judicial, la cual no tendrá eficacia retroactiva”*.¹²¹

VENTOSO ESCRIBANO, defiende la ratificación posterior del acto en el caso de los menores, cuando estos cumplan la mayoría de edad, y en el caso de los incapacitados, cuando a estos se reintegre la capacidad de obrar: *“si un juez, al que en las últimas modificaciones*

¹²⁰ SÁNCHEZ CALERO ARRIBAS, B. *Ob. Cit.* pg. 336

¹²¹ AMORÓS GUARDIOLA, *“Comentarios a las Reformas e nacionalidad y tutela (artículo 271 Cc.)*. Ed. Tecnos, Madrid 1986, pág. 545.

del derecho de familia se le ha dado un protagonismo tan importante, no pueda aprobar un acto beneficioso para un menor o un incapacitado, supone un contrasentido con toda la ratio de reforma”.

GIL RODRÍGUEZ, afirmaba que *“la autorización judicial que se exige constituye un requisito esencial del negocio. Ni menos ni más. Efectivamente, la falta de autorización judicial previa hace consecuyente y necesaria la nulidad absoluta del acto o negocio. Así resulta también del carácter imperativo de estos preceptos en relación con el artículo 6.3 Cc. Por eso, entiendo, tanto la actuación vetada como la no autorizada es inexistente para la esfera del pupilo. Abrir el portillo de una posible convalidación o convalencia excepcional, supone volver sobre la exigencia de anterioridad de la autorización truncándola en aprobación”*.¹²²

Defensora de la convalidación, destaca la STS de 28 de mayo de 1965. En este caso, se produce la venta de un inmueble perteneciente al hijo y efectuada por su madre, sin la autorización judicial es nula, siguiendo lo establecido en el antiguo artículo 4 y actual artículo 6.3 del Cc., expresamente dispone *“tal venta así celebrada puede ser convalidada, lo que más propiamente constituirá dar nacimiento al negocio jurídico hasta entonces radicalmente nulo, por los menores al llegar a la mayor edad, esa posibilidad que constituye hasta que el evento se produce, una mera condición, no impide que mientras no surja, pueda ser decretada la nulidad, mediante el ejercicio de la acción oportuna”*.¹²³

No obstante, otros muchos autores han mostrado su opinión contrario a la aplicación del artículo 6.3 Cc., por no encajar dichos actos en el supuesto de hecho del mencionado artículo, como veremos a continuación. Pag 340 a 347 blanca.

DE CASTRO¹²⁴ para que se produzca la nulidad establecida en el artículo 6.3 Cc. *“es preciso que se dé, no una mera disparidad o no conformidad entre la ley y el acto, sino una verdadera contradicción jurídica entre ambos, que ha de manifestarse tanto del lado de la ley como del acto”*.

“no basta que no concuerde una ley o con que ésta lo contradiga o incluso que lo prohíba; es preciso, ante todo, estudiar cual sea el significado y fin de esta ley.

¹²² GIL RODRÍGUEZ, J. *“comentario del Código Civil. T.I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991. pág. 799*

¹²³ *Vid. STS 28 mayo de 1965.*

¹²⁴ DE CASTRO Y BRAVO, F. *Derecho civil de España. T.I. Ed. Civitas. Madrid, 1949. Págs. 536 a 538.*

Por otro lado, en relación con el *acto “repudiados los actos dirigidos contra la ley, no a todos los actos no conformados según los preceptos legales. Ello explica que se admita la eficacia, más o menos amplia, como convalidables o parcialmente válidos, de actos no realizados conforme al patrón legal”*.

Por tanto, en su conjunto y de modo general, los partidarios de esta teoría vienen estableciendo que el contrato será inexistente o nulo, estando ante un contrato incompleto, por faltar el consentimiento necesario de los representados, hijos menores o incapacitados, sustituido en este caso por la autorización judicial, es decir, no se han prestado todos los consentimientos o autorizaciones que son imprescindibles para que nazca jurídicamente. Estaríamos ante un contrato que aún no se ha perfeccionado y, mientras no se produzca la adición del consentimiento o autorización que ha sido omitido, no existe como contrato y el ordenamiento jurídico no le prestaría protección alguna.¹²⁵

2. Teoría de la anulabilidad.

Sin embargo, como hemos venido estableciendo, la doctrina no es unánime en cuanto a que sanción se debe imponer ante la omisión del requisito de la autorización judicial previa, así, otra parte de autores se encuentran a favor de la anulabilidad, justificando su posturas con alguno de los siguientes argumentos.¹²⁶

Autores como SCAEVOLA entienden que la autorización implicaba una restricción al libre consentimiento de los representantes¹²⁷, constituyendo una “*incapacidad esencial comprendida entre aquellas que alude el art. 1264 Cc.*¹²⁸ (*defecto relativo de consentimiento*)”.¹²⁹

¹²⁵ Consultar en:

https://www.boe.es/publicaciones/comentarios_sentencias_unificacion_doctrina_civil_y_mercantil/abrir_pdf.php?id=COM-D-2010

[19 Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina Civil y Mercantil Venta de vivienda perteneciente a la comunidad postganancial, efectuada por el viudo sin autorizaci%C3%B3n judicial supletoria del consentimiento de los hijos menores part%C3%ADcipes](#) pág. 5) Comentario a cargo de : RAGEL SÁNCHEZ, I.F. (Catedrático de Derecho civil Universidad de Cádiz)

¹²⁶ SANCHEZ-CALERO ARRIBAS, B., *ob. cit.*, pág. 347

¹²⁷ SANCHEZ-CALERO ARRIBAS, B., *ob. cit.*, pág. 348

¹²⁸ Cft. Art 1264 Cc. “La incapacidad declarada en el artículo anterior (menores no emancipados e incapacitados) está sujeta a las modificaciones que la ley determina, y se entiende sin perjuicio de las incapacidades especiales que la misma establece”.

¹²⁹ SCAEVOLA. *Código Civil*, T.III, *cit.*, pág. 348.

Sin embargo, la doctrina mayoritaria no está de acuerdo en dicha opinión, consideran que los padres son capaces, pero se les impone un requisito que es la autorización judicial, que afecta a su poder de disposición, pero no a la capacidad.

En cuanto a la adecuación del criterio de la anulabilidad con vistas a la protección del menor o incapacitado, múltiples autores han mostrado su opinión, a continuación, veremos algunos de ellos.

Algunos autores defienden que el régimen de la anulabilidad como el más oportuno para proteger a los representados. Sin embargo, esta aserción es controvertible, así, GUILARTE ZAPATERO dice “*no se trata la conveniencia del menor en términos abstractos y generales, sino que es preciso tomar en cuenta si los criterios normativos fijados por el legislador, y los mecanismos o cautelas adoptados para la solución o, como a mi juicio, acontece, se apartan de ella*”.¹³⁰

DÍEZ PICAZO Y GULLÓN establece que la protección de los intereses de los menores e incapacitados es el fin principal que fundamenta el control judicial respecto a los representantes legales.¹³¹ Sin embargo, el régimen de la anulabilidad presenta ciertas desventajas. En relación con los menores, hasta que estos cumplen la mayoría el contrato es válido y produce efectos, pudiendo tener un perjuicio irreversible para el representado. Además, en el caso de los incapacitados, estos solo podrán impugnar o convalidar el contrato una vez extinguida la incapacidad, se plantea la siguiente duda: ¿qué ocurriría en el caso de dicha incapacidad fuera irreversible o permanente? ¿quién podría ejercitar la acción?¹³²

En principio no puede privarse la legitimación al representante, actuando como tal, pero tampoco a los menores o incapacitados, durante cuatro años desde que salieren de dicha situación.

¹³⁰ GUILARTE ZAPATERO, V. “*De nuevo sobre la ineficacia de los actos dispositivos de bienes de menores e incapaces realizados por sus representantes legales (II)*”. 1992. Pág. 467.

¹³¹ DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN. *Sistema de Derecho Civil, I*, ed. Tecnos, Madrid 1922. Pág. 260 para incapacitados y *sistema de Derecho Civil IV*, ed. Tecnos, Madrid 2001, cit., pág. 272, para el de los menores.

¹³² SANCHEZ-CALERO ARRIBAS, B., *ob. cit.*, pág. 357.

Por esto, en general, es mejor entender que en estos casos el contrato puede ser plenamente válido (vinculante y obligatorio entre las partes), salvo que tenga otro vicio invalidante; pero que no produce efectos normales

No obstante, a pesar de estas cuestiones que se plantean, el tribunal Supremo viene declarando el régimen de la anulabilidad como sanción, además de las ya antes citadas, destacan otras sentencias como la de 9 de mayo de 1994, de 20 de diciembre de 1932, 27 de marzo de 1989 y 2 de junio de 1989. O la resolución de la DGRN de 10 de marzo de 1944.

Si se trata de un supuesto de anulabilidad, se aplicaría lo dispuesto en el artículo 1301 CC¹³³, que establece “La acción de nulidad sólo durará cuatro años”; y en su párrafo segundo añade: “Este tiempo empezará a correr (...) cuando la acción se refiera a los contratos celebrados por los menores o incapacitados, desde que salieren de tutela”.¹³⁴

3. Teoría del acto realizado con extralimitación de poder. Artículo 1259 Cc.

El artículo 1259 Cc establece que “ninguno puede contratar a nombre de otro sin estar por éste autorizado o sin que tenga por la ley su representante legal”. Añade en el párrafo segundo que “el contrato celebrado en nombre de otro por quien no tenga su autorización o representación legal será nulo, a no ser que lo ratifique la persona a cuyo nombre se otorgue antes de ser revocado por la otra parte contratante”.¹³⁵

¹³³ Cft. Art 1301 Cc.

¹³⁴ Consultar en:

https://www.boe.es/publicaciones/comentarios_sentencias_unificacion_doctrina_civil_y_mercantil/abrir_pdf.php?id=COM-D-2010-19 Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina Civil y Mercantil Venta de vivienda perteneciente a la comunidad postganancial, efectuada por el viudo sin autorización judicial supletoria del consentimiento de los hijos menores parientes (pág. 5) Comentario a cargo de: RAGEL SÁNCHEZ, L.F. (Catedrático de Derecho civil Universidad de Cádiz)

¹³⁵ Cft. Art 1259 Cc.

Se plantea la cuestión: ¿puede incluirse en el supuesto de hecho de dicho precepto los actos realizados sin la correspondiente autorización judicial?

La mayoría de los autores son partidarios de la aplicación del artículo 1259 CC, por estar ante una extralimitación de poder del representante legal, y que genera las mismas consecuencias que la completa falta de poder. Los padres al llevar a cabo actos de disposición están extralimitándose en sus facultades de representación.¹³⁶

Se viene asimilando el supuesto de extralimitación de poder del artículo 1259 Cc. con lo que queda establecido en el artículo 1727 Cc, relativo a la figura del mandato. Este último precepto establece lo siguiente: *“El mandante debe cumplir todas las obligaciones que el mandatario haya contraído dentro de los límites del manto. En lo que el mandatario se haya excedido no queda obligado el mandante sino cuando lo ratifica expresado tácitamente”*.

Establece SANCHEZ-CALERO ARRIBAS que *“el artículo 1259 Cc. dice que el negocio realizado por el ‘falsus procurator’ es nulo, salvo que se produzca la ratificación de la persona a cuyo nombre se otorgue, antes de ser revocado por la otra parte contratante. Mientras no recaiga la ratificación se plantea el problema de determinar la naturaleza y situación de dicho negocio, ya que el Código se limita a decir que el negocio es ‘nulo’, término que más que aclarar las cosas las complica”*.¹³⁷

6.3 Acción de nulidad.

El acto dispositivo realizado por el representante legal sin autorización judicial es inicialmente ineficaz frente al menor o incapacitado como consecuencia de la protección de los interés patrimoniales de los que venimos indicando a lo largo de esta exposición.

Nos encontramos ante un caso de nulidad porque el acto, sin necesidad de impugnación es ineficaz, y de una nulidad no disponible, al haber optado el Derecho por

¹³⁶ SANCHEZ-CALERO ARRIBAS, B., *ob. cit.*, pág. 359

¹³⁷ SANCHEZ-CALERO ARRIBAS, B., *ob. cit.*, pág. 360

ella, con independencia de la voluntad de la persona protegida, quedando excluida, en consecuencia, la anulabilidad.¹³⁸

Partiendo de esta premisa, ante esto, a los legitimados (los representados) corresponderá instar **acción de nulidad**, declarativa, y desprendiéndose de esta característica, será imprescriptible. No obstante, la acción de restitución de la prestación que se hubiese llevado a cabo sin la pertinente autorización estaría sujeta al plazo genérico de prescripción de las acciones personales que no establezcan uno especial, tal y como dispone el artículo 1964 Cc.

El *diez ad quod*, en el caso de menores e incapacitados se produce cuando respectivamente lleguen a la mayoría de edad o recobren la plena capacidad, y en consecuencia, se hallen en situación de apreciar si resulta favorable o no para sus intereses el contrato celebrado por su representante legal.

En cuanto a la legitimación de dicha acción, corresponderá al **representado**.

No obstante, el Código Civil en su artículo 1259, párr. 2º regula la posibilidad dada al menor o incapaz para ratificar el acto realizado por su representante, bien porque haya actuado sin poder, o bien por ser este incompleto.

GORDILLO CAÑAS define la ratificación como “*el medio que, realísticamente el ordenamiento pone a disposición del ‘dominus’ para que aproveche, si quiere, la actuación – con relevancia entonces hasta mero hecho – del pseudo representante*”.¹³⁹

DÍEZ-PICAZO la define como “*la declaración de voluntad y del dominus de aceptación o de conformidad con lo realizado por el representante sin poder*”.

¹³⁸ SANCHEZ-CALERO ARRIBAS, B. “*La intervención judicial en la gestión del patrimonio de menores e incapacitados*”. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2006, p.392

¹³⁹ GORDILLO CAÑAS, A. “*La representación aparente*”. Ed. Universidad de Sevilla, 1978. Pg. 339.

Esta ratificación es una declaración de voluntad que tiene las siguientes características:¹⁴⁰

- a) Unilateral: formulada por el menor o incapaz en los términos ya vistos (alcance de mayoría de edad o de capacidad de obrar necesaria).
- b) Recepticia: para que produzca sus efectos ha de ser recibida por el representante o por el tercero. Así, establece DIEZ PICAZO “*aunque el principal puede ratificar el negocio mediante declaración dirigida al representante, la ratificación solo es oponible al tercero cuando ha llegado a conocimiento de este*”.¹⁴¹
- c) Ha de ser libre y voluntaria y su objeto tiene que ser un negocio realizado sin suficiente poder o sin poder del representante.
- d) Ha de ser pura y simple: ha de coincidir exactamente con el contenido de aquel acto, de lo contrario, cualquier cambio o modificación, tendría la consideración de una nueva oferta, que exigiría, la aceptación de la otra parte contratante, y no siendo entonces esta declaración de voluntad unilateral.
- e) La ratificación puede darse de forma bien de forma tácita o expresa, lo que se desprende del artículo 1727 Cc. párr. 2º. El artículo 1259 guarda silencio respecto a la forma de dicha declaración de voluntad, pero tanto la doctrina como la jurisprudencia vienen admitiendo ambas.

La expresa, ha suscitado dudas de si está sujeta a determinados requisitos legales para que esta produzca efectos. La doctrina mayoritaria entiende que no, ya que la ratificación se produce a posteriori de realizar el negocio jurídico, y por tanto deberá respetar los requisitos establecidos a la hora de llevar a cabo dicho negocio.

La **STS de 26 de julio de 2001 (Tol 32404)** indica la posibilidad de ratificación tácita, establece “*que se produce cuando el interesado (representado) realiza un comportamiento que objetivamente solo es posible entender con una ratificación, y que revela de*

¹⁴⁰ SANCHEZ-CALERO ARRIBAS, B., *ob. cit.*, pág. 399

¹⁴¹ DÍEZ PICAZO, L. *Comentario al Código Civil, Tomo II. Pág. 441.*

manera inequívoca la voluntad de ratificar, se halla reconocida por las sentencias, entre otras de 25 de marzo de 1968 (‘cuando resulten de hecho que impliquen necesariamente la aprobación del dominus’), 22 de diciembre de 1977 (presuncionalmente deducida), 25 de febrero de 1999 (deducida de datos objetivos de aprobación), y de 18 de marzo de 1999, y diversas Resoluciones de la DGR, con valor doctrinal incuestionable, la de 2 de diciembre de 1998, entre otras”.

No obstante, la jurisprudencia se reitera, que se la ratificación tacita se produce cuando “*el representado se aprovecha de los actos celebrados con extralimitación de poder por el representante, o cuando realiza actos concluyentes e inequívocos*”¹⁴²

- f) En cuanto a los efectos de las misma, es “*la producción de la plenitud de los efectos del negocio representativo a favor y en contra del representado, y, en consecuencia, la liberación del representante de la responsabilidad que podría haber contraído frente al tercero por razón del negocio celebrador sin poder o con poder insuficiente*”.¹⁴³ Tiene efectos ‘*ex tunc*’ (desde siempre) opera retroactivamente. El negocio es eficaz desde el momento en que se celebró entre el representante legal y el tercero, y no solo desde el momento en que se produjo la ratificación.

Por tanto, esta declaración de voluntad unilateral evita la nulidad radical y permite que el contrato despliegue sus efectos como si este hubiera sido válido.

Viene negada la legitimación para proceder a instar dicha acción al **representante legal**, ya que, en el negocio jurídico, este actúa con insuficiencia de poder representativo, consecuencia de dicha falta de autorización judicial no siendo considerado parte contractual, además de ser el causante de dicha irregularidad en el contrato. Así, la STS 17 de febrero de 1995 (Tol 210992), recoge una compraventa de un bien inmueble ganancial del esposo después del fallecimiento del otro y antes de la liquidación, estableciendo esta “*(...) el vendedor recurrente, está, sin asomo de duda, faltando al principio que veda ir contra los propios actos, y en todo caso, conculcando la buena fe (...)*”.

¹⁴² SANCHEZ-CALERO ARRIBAS, B., *ob. cit.*, pág. 401

¹⁴³ SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B., *ob. cit.*, pág. 402

Puede darse que un tercero exija el cumplimiento del contrato al representante legal, que carece de legitimación para instar acción de nulidad. En dicho caso si el representante manifiesta en el proceso la irregularidad el negocio por falta de la autorización judicial, el juez no puede ordenar que la ejecute a sabiendas de que no reúne los requisitos establecidos por la ley para su validez.

Tampoco puede **el juez** proceder de oficio. Así la **STS de 30 de diciembre de 1993** (Tol 1793281) afirma que *“la nulidad absoluta o radical para que pueda ser declarada ‘ex officio’ es preciso que sea lo suficientemente clara y patente para que el Tribunal pueda apreciarla, así por ejemplo cuando aparezca con relieve la carencia de cualquiera de los elementos integrantes del contrato establecidos en el artículo 1261 Cc. o los pactos sean manifiestamente contrarios a la ley, a la moral o las buenas costumbres o recaiga sobre objeto ‘extra commercium’, pero no cuando la supuesta nulidad estriba en la falta de suficiente representación de los intervinientes en el negocio jurídico por cuenta, como en este caso, de la parte vendedora-demandada”*.

En cuanto a la posición jurídica de los **terceros**, debemos distinguir la de aquellos que han actuado como parte en el negocio celebrado, de aquellos extraños al negocio jurídico.

A los primeros de ellos les corresponderá acción revocatoria del artículo 1259 Cc.¹⁴⁴

Sin embargo, si el tercero conocía o debió conocer si hubiera actuado diligentemente, que el representante legal contrató sin autorización judicial, ambos eran conscientes de las circunstancias en las que se celebró el contrato, y ambos son merecedores de la misma protección, al producirse concurso de voluntades, no existe razón alguna que justifique la facultad revocatoria. (arts.1258 y 1256 Cc.)¹⁴⁵.

¹⁴⁴ Cff. Artículo 1259 Cc. Ninguno puede contratar a nombre de otro sin estar por éste autorizado o sin que tenga por la ley su representación legal.

¹⁴⁵ SANCHEZ-CALERO ARRIBAS, B., *ob. cit*, pág. 397

Si el tercero ignoraba la insuficiencia del poder de representación por falta de la autorización judicial. Podrá este desligarse del contrato fundamentado en el error, de carácter excusable.

Cuando el tercero conociera la insuficiencia de poder y no se produjera la ratificación, no existirá responsabilidad del representante por aquel motivo. Pero cuando el tercero creyera por error que el representante tenía poder suficiente y resultasen defraudadas sus expectativas negociales, el representante conecedor de dicha insuficiente, responderá de los daños y perjuicios ocasionados a la persona con la que contrató, consecuencia del incumplimiento.¹⁴⁶

La situación jurídica de los **terceros extraños al negocio ratificado** plantea la colisión de los derechos adquiridos consecuencia del negocio hasta su ratificación.¹⁴⁷

El Tribunal Supremo se ha pronunciado a favor de estos derechos adquiridos por parte de los tercero, a medio tiempo, tal y como establece la Sentencia de 22 de octubre de 1999 (Tol 2559): *“la retroacción, consecuencia de la ratificación, opera plenamente interpartes, e incluso en lo que beneficia, respecto de terceros, pero queda limitada frente a los derechos adquiridos por éstos ‘medio tempore’, pues no puede perjudicarles y entre esos derechos figura la posición jurídica obtenida en relación con la cosa en el procedimiento de apremio”*.

A modo de conclusión de este epígrafe, sabemos que, en los negocios celebrados por los representantes legales de los menores o incapacitados sin la pertinente autorización judicial que exige los artículos 166 y 271 del Cc, concurren los elementos esenciales del contrato del artículo 1261 Cc; pero sin embargo, adolecen de una irregularidad, ya que son realizados sin poder o aunque con él, éste siendo insuficiente, se establece como sanción la nulidad absoluta y no la anulabilidad, en interés de estas personas necesitadas de una protección especial. Sin embargo, en verdad, esta será considerada como relativa ya que solo a ellos les corresponde acción de nulidad y son los que pueden ratificar aquel negocio

¹⁴⁶ SANCHEZ-CALERO ARRIBAS, B., *ob. cit.*, pág. 397

¹⁴⁷ SANCHEZ-CALERO ARRIBAS, B., *ob. cit.*, pág. 403

jurídico, siempre que se realice antes de que el tercero revoque su consentimiento, cuando tenga atribuida dicha facultad.¹⁴⁸

En contraria dirección, la denominada teoría de la nulidad relativa se pronuncia DÍEZ-PICAZO *“se ha alzado el tema de que la nulidad es siempre insanable. Lo que desde el principio es nulo no se puede convalidar. Se podrá celebrar un nuevo negocio, pero nada más. Todo ello contrasta con la posibilidad de validez y de eficacia que se produce con la ratificación y, además, con el efecto retroactivo que normalmente se atribuye a la ratificación.”*¹⁴⁹

Otros autores como BOSCH CAPDEVILA son partidarios de la teoría de la eficacia sometida a condición, para estos, el negocio jurídico realizado por el representante legal sin autorización judicial es válido, sin embargo, está sometido a condición (*conditio iuris*) suspensiva o resolutoria hasta la ratificación del mismo. Establecía que *“no se trata propiamente de un supuesto de falta de poder de disposición. Si bien es cierto que los padres no tienen este poder, si que están facultados para ejercitarlo. Lo que sucede es que el acto le falta autorización de los parientes o del juez, que es un simple requisito de eficacia de un negocio que ya tiene todos los elementos esenciales, y que puede calificarse como ‘conditio iuris’, entendida esta como un requisito legal de eficacia del negocio. Por tanto, los actos dispositivos de los padres que estamos analizando, para ser plenamente eficaces necesitan el cumplimiento de una condición establecida por la ley, la autorización, que puede ser previa o posterior al negocio. La autorización previa es el supuesto normal previsto por la ley. Y la posterior al acto determina que el negocio realizado sin autorización es ineficaz hasta que se cumpla la ‘conditio iuris’, esto es, la autorización posterior del juez o parientes o bien la asunción por parte del menor, una vez llegado a la mayoría de edad, de los efectos del acto que era inicialmente ineficaz”*.¹⁵⁰

¹⁴⁸ SANCHEZ-CALERO ARRIBAS, B., *ob. cit.*, pág. 404 y 405.

¹⁴⁹ DÍEZ-PICAZO, L. *“La representación en el Derecho Privado”* pág. 219

¹⁵⁰ BOSCH CAPDEVILA, E. *“La administración de los bienes de los hijos en el “Codi di familia”*, Ed. Bosch Barcelona, 1999. Págs. 226 y 227

7. CONCLUSIONES

Concluyendo mi exposición de este tema tan amplio, me gustaría mostrar las siguientes:

PRIMERA.

Las personas objeto de estudio de este trabajo, tanto los menores como los incapacitados, al igual que el resto de los seres humanos, son titulares de ciertos bienes que constituyen su propio patrimonio. Como es lógico, sobre dicho patrimonio estos deberán llevar a cabo distintos actos, bien de administración, de gestión o de disposición.

Sin embargo, en multitud de ocasiones estas personas se encuentran que no tienen una suficiente capacidad de obrar y que por tanto han de recurrir a otras personas para que la completen y garanticen la buena gestión de aquéllos. Así nuestro Derecho asigna ésta función a la figura de los representantes legales, fundamentalmente a los padres, en el caso de los menores de edad y a través de la institución de la patria potestad y por otro lado, mediante la tutela a los tutores, en el caso de los incapacitados.

El ordenamiento jurídico español con el fin de que estas personas no queden sometidas a la arbitrariedad o interés de sus representantes exige unas medidas, cautelas o garantías, que conforman un completo control judicial, como es la autorización judicial previa.

Sin embargo, sorprende como la legislación es confusa e insuficiente en esta materia, echándose en falta la inclusión de determinados supuestos concretos que se dan en la vida diaria en nuestros juzgados y que se resuelven sin una regulación clara y exhaustiva.¹⁵¹

¹⁵¹ *SANCHEZ-CALERO ARRIBAS, B., ob. cit, pág. 407*

SEGUNDA- En relación con la representación legal y la extraordinaria.

A pesar de ser los más comunes, no solo los padres y los tutores son los representantes de los menores o los incapacitados. Existen otras figuras como son el defensor judicial; el administrador de los bienes adquiridos a título gratuito cuando el disponente ordena un régimen especial; o por herencia cuando el padre o la madre no puedan heredar por causa de indignidad o por desheredación o el administrador del patrimonio protegido, que en su conjunto constituyen una representación extraordinaria, que, a diferencia de la representación legal, carece de una detallada regulación.¹⁵²

Es por ello por lo que el legislador se debería plantear una ampliación de la legislación en este tipo de representación extraordinaria, pero tan usado en nuestro Derecho.

TERCERA - Autonomía del tutor y el control judicial.

Durante toda la exposición de este tema, me ha surgido una cuestión: ¿se contraponen el control judicial y la autonomía de voluntad del tutor? ¿Cómo se equilibra?

Existen dos resoluciones que dejan constancia sobre esa contraposición de la autonomía del tutor y del sometimiento de sus actos respecto a sus pupilos al control judicial. Son en primer lugar la S.A.P. de Valencia de 22 de abril de 1997, y, por otro lado, el auto de la Audiencia Provincial de Toledo de 15 de Marzo de 1999.

La primera de ellas, sobre un caso en que se realiza un negocio jurídico sin autorización judicial, y este siendo considerado como “grave” fundamenta la Audiencia lo siguiente: *“la exigencia de autorización judicial regulada en los artículos 271 y 272 del CC, por una parte, tronca con el principio de salvaguarda judicial del artículo 216 CC, y por otro, traduce el carácter ordinario y casi continuo de ese control al tutor. Las actuaciones sujetas a control entrañan una especial incidencia actual o futura, en la vertiente patrimonial, de ahí que, siendo el tutor quien ostenta el deber de tomar la iniciativa y en su caso, materializar la actuación o negocio jurídico de que se trate, será la autoridad judicial la encargada de ponderar en el procedimiento y con los auxilios que prevé el*

¹⁵² SANCHEZ-CALERO ARRIBAS, B., *ob. cit.*, pág. 410

artículo 273 la necesidad, conveniencia u oportunidad de realizados, otorgado la autorización si el beneficio del tutelado lo aconseja”. (vid. SAP 22 de abril de 1997- AC 1997/1002).

La segunda de ellas, en su fundamento jurídico primero puntualiza lo siguiente: “*es posible, aconsejable e incluso necesaria la actividad jurisdiccional d control posterior a la delación de la tutela, sin que, en ningún caso, la adopción de tales prevenciones y cautelas deba ser recibida en sentido peyorativo, o como expresión de desconfianza sobre la honradez de quien, o quienes, ejercen el cargo tuitivo*”. En su fundamento jurídico segundo establece “*peor, dicho lo anterior, una exacerbación de las medidas de control o de vigilancia pugnaría con el interés de los tutelados. Porque el mantenimiento, en su cargo, del tutor, seria ostensiblemente perjudicial para ellos*”: (vid auto de la AP de Toledo de 15 de marzo de 1999 – AC 1999/4163)

Desde mi punto de vista, es no solo necesario, sino imprescindible la existencia de que todos los actos que puedan producir un grave perjuicio tanto en el ámbito personal como en el patrimonial, para sus hijos o tutelados, llevados a cabo por los padres o sus tutores, estén sometidos a ciertas cautelas o garantías, como es la autorización judicial. Sin embargo, considero que debe de existir un margen o una cierta confianza en aquellas personas a las que se confía su cuidado, administración o gestión de sus bienes, y esto porque el proceso de tutela es un procedimiento llevado a cabo con sus propias garantías y control judicial.

Además, en la práctica, demasiadas exigencias impuestas al tutor, puede hacer muy costoso el desempeño de su cargo como tal, limitándose a realizar una gestión patrimonial tendencialmente estática, cautelosa y retraída.¹⁵³

El rígido procedimiento exigido para la consecución de la misma en determinados casos puede ocasionar un efecto contrario a la protección del beneficio del menor o incapacitado, dejando el representante de realizar un determinado acto, que podría beneficiar al patrimonio de su representado.

¹⁵³ CADARSO PALAU, J. [Catedrático de Derecho Civil. Abogado del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez (Madrid)] *Artículo: “Tutela del menor: Aspectos patrimoniales.”*

CUARTA- Anulabilidad o nulidad.

Llama la atención como esta es una materia, que, aunque a priori se basa en el estudio del ámbito patrimonial de las personas objeto de estudio de este trabajo; la creación de normas por el legislador, así como su interpretación por parte de los operadores jurídicos, tiene una clara finalidad, que es la protección de dichas personas, dejando a un lado la excesiva positivización de la materia, y tendiendo a resolver cada supuesto o caso concreto.

Esto, se observa claramente lo visto en el anterior apartado, donde podemos observar que el ordenamiento jurídico no regula en ningún precepto concreto, que ocurre o cual es la sanción aplicable a mi modo de ver.

Me gustaría decantarme por la nulidad radical o bien por la anulabilidad, pero, sin embargo, desde mi punto de vista, esa ventana abierta que deja el legislador para aplicar una de las dos soluciones según el caso concreto que estén juzgando los tribunales , me parece la posición correcta; no todos los actos dispositivos tienen la misma relevancia en el patrimonio del menor o incapaz, ni todo tienen la misma intención, y eso es precisamente deberán resolver los operadores jurídicos, y solo así se puede garantizar la seguridad jurídica.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILERA DE LA CIERVA, T., *Actos de administración, de disposición y de conservación*. Ed. Montecorvo, 1973.
- AMORÓS GUARDIOLA, M., *Comentarios a las Reformas de Nacionalidad y tutela (art 271 Cc.)*. Ed. Tecnos, Madrid, 1986.
- ATIENZA NAVARRO, M.L.; EN DE VERDA BEAMONTE, J.R. (coord.): *Derecho Civil I*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.: “Comentarios al Código Civil. Tomo II.” Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2013.
- BOSH CAPDEVILA, E. “La administración de los bienes de los hijos en el “Codi di familia”, Ed. Bosch Barcelona, 1999.
- CADARSO PALAU, J. [Catedrático de Derecho Civil. Abogado del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez (Madrid)] *Artículo: “Tutela del menor: Aspectos patrimoniales.”*
- DE CASTRO Y BRAVO, F. *Derecho civil de España. T.I*. Ed. Civitas. Madrid, 1949.
- DÍEZ- PICAZO, L y GULLÓN, A. “Sistema de Derecho Civil. Derecho de familia. Derecho de sucesiones (Vol. IV).” Ed. Tecnos Madrid, 2006.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (Dir.): “Comentarios al Código Civil”. Ed.: Lex Nova, Valladolid, 2010.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. (Dir.) y SERRANO DE NICOLÁS, Á. (Coord.) “Comentarios a la Ley 15/2015 de la Jurisdicción Voluntaria.” Ed. Aranzadi, 2016

- GARCÍA CANTERO, G., *El nuevo régimen jurídico de la tutela*, AAMN, T. XXVI.
- GUILARTE ZAPATEROM V., *Comentarios al Código Civil. De nuevo sobre la ineficacia de los actos dispositivos de bienes de menores e incapaces realizados por sus representantes legales. Act. Civ., 1992.*
- HEREDIA PUENTE, M.; FÁBREGA RUIZ, CRISTÓBAL, “*Protección legal de incapaces*”. Ed. COLEX, 1998.
- MORENO QUESADA, B.; GONZÁLEZ PORRAS, J.M.; OSSORIO SERRANO, J.M.; RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J.; GONZÁLEZ GARCÍA, J.; HERRERA CAMPOS, R.; y MORENO QUESADA, L. *Curso de Derecho Civil I. Parte general y derecho de la persona. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2015.*
- PEREÑA VICENTE, M., “*Asistencia y protección de las personas incapaces o con discapacidad: las soluciones del derecho civil*”, Madrid 2006.
- RAGEL SÁNCHEZ, L.F. “*Comentario a la Sentencia de 22 de abril de 2010*” (Ponente: Sra. Doña. Encarnación Roca Trías.
- SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B. “*La intervención judicial en la gestión del patrimonio de menores e incapacitados.*” Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2006.
- SANMARTÍN ESCRICHE, F; LACALLE SERER, E. “*Comentarios a la Ley 15/2015, de la Jurisdicción Voluntaria.* Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2017.

ABREVIATURAS

AP Audiencia Provincial

art. artículo

arts. artículos

Cc. Código Civil.

DGRN Dirección General de los Registros y del Notariado

p. página

págs. páginas

p.ej. por ejemplo

RC. Registro Civil

S sentencia

SAP Sentencia Audiencia Provincial

STS Sentencia Tribunal Supremo

ss. siguientes

Ss. Sentencias

vid. véase

ANEXO II: COMENTARIO A LA SENTENCIA 56/2018

STC 56/2018

~ *Demandante:*

D. Consuelo (representante legal (tutora) de D. Ildefonso), después,

~ *Demandado:*

Invercasa S.L y el matrimonio, D. Narciso y D^a Trinidad

TRAMITACIÓN EN PRIMERA INSTANCIA

Ante el Juzgado de los mercantil nº 3 de Valencia...

El **31 de julio de 2013, D. Consuelo**, en calidad de tutora de su hermano declarado incapaz, D. Ildefonso, interpuso **demanda** de nulidad de escritura de permuta con fecha 24 octubre 2016, cancelación de las inscripciones registrales y restitución de dicha finca contra Invercasa S.L, por los siguientes motivos, y teniendo en cuenta que la autorización judicial es con fecha 16/02/2017:

- Se demanda la nulidad de la escritura concedente de la propiedad porque se establece que la autorización judicial es un elemento del acto de disposición que no puede obtenerse siempre.
- Se establece la nulidad del resto de escrituras, por considerarse conexas y coligadas.
- Se establece la nulidad de hipotecas sobre las fincas, porque se garantizó que estaban libres de cargas y la hipoteca se constituyó sin autorización judicial.

Invercasa S.L. contestó a la demanda solicitando la desestimación de la demanda y costas a la parte demandante.

Teniendo en cuenta que dicha empresa se encontraba en concurso en ese momento y cuyos solicitantes del concurso necesario frente a Invercasa S.L. fueron D. Narciso y D^a. Trinidad:

D. Narciso y D^a Trinidad se personaron en el procedimiento procediendo también a la contestación de la demanda, solicitando la desestimación de la demanda con condena en costas al demandante.

Tras seguirse los trámites correspondientes, el Juzgado de lo Mercantil dicto **Sentencia 30/2014** el 3 de febrero de 2014, estimando la demanda presentada por D^a.

Consuelo (declara la nulidad de la escritura de permuta con las consecuencias legales inherentes y la cancelación de los asientos registrales, por ser este un acto inexistente, ya que no ha quedado acreditada la autorización judicial para la enajenación de la finca) con condena en costas a la parte demandada y a los terceros que han comparecido en calidad de demandados y se han opuesto.

TRAMITACIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Ante la Audiencia Provincial...

La STC dictada en primera instancia fue recurrida en **apelación por D. Narciso y D^a. Trinidad e Invercasa S.L.**, que alegan:

1. Caducidad de la acción de anulación del negocio por haber transcurrido más de cuatro años desde su otorgamiento (24 de octubre de 2006) hasta la interposición de la demanda
2. Litispendencia y cosa juzgada por estar pendientes de casación en los que se insta la resolución de tal contrato de permuta por el resto de los copropietarios permutantes.
3. que se otorgó la autorización judicial con posterioridad al otorgamiento del contrato mediante auto 31 octubre de 2017, por lo que el acto queda confirmado

La Sección 9^a de la Audiencia Provincial de Valencia, dictó sentencia el 20 de mayo de 2015, **estimando el recurso de apelación** formulado por la parte demandada, con soporte de las costas a su instancia y las comunes por la mitad, y desestimando la demanda interpuesta por D^a. Consuelo, por lo siguiente:

1. Jurisprudencia base: STC TS 22 de abril de 2010 y completada por la sentencia del mismo TS de 28 de octubre de 2014 que parece que tiende a la anulabilidad de los actos realizados sin autorización judicial.

2. En el desenvolvimiento del contrato pueden incidir circunstancias que, pese al defecto existente, vengán a dotarlo de eficacia y perdurabilidad jurídica.

3. Circunstancias:

- El contrato suscrito ante notario, advierte la inexistencia de autorización judicial y es la propia tutora la que se obliga a solicitar la autorización judicial, es decir, existe un compromiso, una obligación de hacer, aunque incierta en el resultado.

- Aunque son dos fincas distintas, forman una unidad en la estructura económica del contrato.

- D. Consuelo cumplió su obligación de solicitar la autorización judicial y así se otorgó por el juzgado, aunque solo sobre una de las fincas. Por tanto, se entiende la autorización implícita para la enajenación de esta segunda finca.

- Se otorga en 24 de octubre de 2006 y la presente demanda se formula en 31 de julio de 2014 (transcurridos más de seis años). No se refiere al instituto de la caducidad, ya que este no procede, conforme al artículo 1301 CC “desde que salieren de la tutela”. Por este motivo no habría comenzado a computarse el plazo de caducidad.

- Es precisamente D^a. Consuelo la que denuncia el vicio. Lo habitual y propio es que la denuncia, en estas circunstancias, se haga por la parte que si que ha cumplido con sus obligaciones y ha actuado confiada en los compromisos adquiridos.

Proyectando sobre todo lo expuesto:

- Principio de buena fe.
- Principio de conservación de los actos y negocios jurídicos.

INTERPOSICIÓN Y TRAMITACION DEL RECURSO DE CASACIÓN

Ante el Tribunal Supremo...

D. Faustino (designado como nuevo tutor de D. Ildefonso después de fallecer D^a. Consuelo que había ejercido hasta entonces dicho cargo) interpone **recurso de casación** contra la STC dictada en apelación.

Este fundamentado en un único motivo, es el siguiente:

- Que la autorización judicial ha de ser previa al otorgamiento del contrato, esto como norma imperativa, cuyo incumplimiento, da lugar a la nulidad del acto.
- La stc recurrida infringe dichos preceptos.
- Al ser un acto nulo inicialmente, no se puede aplicar el plazo de cuatro años.

Finalmente, el Tribunal Supremo **desestima el recurso de casación** interpuesto por D. Faustino contra la STC de la Audiencia Provincial de Valencia, confirmando la STC recurrida, y condenando en costas y a la pérdida del depósito para recurrir al recurrente.
(*FALLO*)

Por las **razones** siguientes el recurso de casación se desestima:

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

Es por eso por lo que se debe ponderar, conforme a los criterios generales del derecho, cual es el tratamiento más adecuado para alcanzar un equilibrio entre la protección de los intereses de la persona sometida a representación legal y la seguridad jurídica.

2. La consideración del art 271 CC como una norma imperativa debe descartarse porque el que celebra el contrato sin contar con previa autorización no infringe una norma imperativa de las contempladas en el art 6.3 CC, sino que omite uno de los requisitos para la eficacia representativa de sus actos.

3. Se ha defendido la aplicación del artículo 1259 CC. a los actos del tutor sin autorización judicial en cuanto actos incompletos, por considerar que la representación legal no legitimada por una autorización judicial quedaría asimilada a una representación sin poder.

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

5. El mismo resultado de la ratificación del acto al amparo del artículo 1259 CC puede alcanzarse mediante la aplicación del régimen de anulabilidad, que da lugar a algunas consecuencias más ponderadas en atención a los intereses en juego:

i) el régimen de la anulabilidad excluye que el otro contratante revoque el contrato, aunque con las excepciones de dolo o error.

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

El plazo de los cuatro años que establece el artículo 1301 CC, que literalmente se refiere a los contratos celebrados por los menores e incapacitados, se computa, “desde que salieran de la tutela”, es decir, en la recuperación de la capacidad.

6. La aplicación del régimen de la anulabilidad viene además respaldado por el tenor del art 61 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria, que se refiere literalmente a la aprobación judicial para la validez de actos de disposición. Se establece como consecuencia necesaria de la falta de autorización judicial la anulabilidad, el texto refuerza la calificación del acto realizado por el tutor como inválido.

Para dar solución a los actos celebrados por el representante legal sin autorización judicial resulta necesario acudir, con las adaptaciones precisas, a la anulabilidad:

- Porque es el régimen de invalidez al que el legislador ha dotado la regulación más completa.
- Porque por las razones ya expuestas, los criterios aplicables a los contratos celebrados por los propios menores o incapacitados: el representante legal de la persona con la capacidad modificada judicialmente otorga el acto por ellos, en su lugar, en sustitución de los representados.

7. Ello permitiría su ratificación posterior, pero también la autorización judicial previa a la enajenación, considerando entonces que el acto obligatorio que sirve de título por la transmisión es válida.

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

Así, la STC 21/2010, de 16 de enero establece: “el art 166 CC exige para la disposición de los actos del menos concurra autorización judicial, pero nada impide otorgar un contrato que la exija antes de obtenerla, o bien mientras se están efectuando las gestiones para conseguirla cuando ello ocurra, el contrato se entenderá sometido a una condición suspensiva consistente en la obtención de la autorización aunque, como en el caso que nos ocupa dicha condición se configurara por las partes como resolutoria, lo que nada les impedía hacer.

Cabe añadir como doctrina que la permuta celebrada por la tutora sin previa autorización judicial no es nula de pleno derecho ni inexistente y que la autorización judicial obtenida después de la celebración del contrato impide que prospere la impugnación posterior