

Régimen jurídico de los actos realizados por un tutor sin la preceptiva autorización judicial. Comparativa del modelo español e italiano*

ANTONIO LEGERÉN MOLINA
Prof. Contratado-Doctor de Derecho civil
Universidad de A Coruña

RESUMEN

La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006) propugna la eliminación de la dualidad de status capacidad-incapacidad, a la vez que estimula la adopción de medidas de protección de los discapacitados que no conlleven la sustitución de su voluntad. De todas maneras, para los casos más severos siguen existiendo figuras tutelares que, en orden a la protección de las personas a ellas sujetas, establecen mecanismos de representación ante la falta de capacidad y que requieren que el tutor consiga una autorización judicial para poder realizar determinados negocios. En este artículo se examina la sanción que se anuda a la realización sin autorización judicial de los actos que la precisan tanto en el ordenamiento español –donde ha habido decisivos pronunciamientos del Tribunal Supremo– como en el italiano.

PALABRAS CLAVE

Discapacidad, autorización judicial, tutor, figuras tutelares.

ABSTRACT

The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities (2006) calls for the elimination of the dual status capacity-disability, and at the same time stimulates the adoption of measures for protecting the disa-

* Este artículo se enmarca en el Proyecto de Investigación del MINECO titulado «Entre la guarda y el apoyo en el ejercicio de la capacidad: la reforma del sistema legal de atención a personas con discapacidad y a menores» (DER2013-41566-R), cuyos investigadores principales son las Dras. doña Sofía de Salas Murillo y doña María Victoria Mayor del Hoyo.

bled people avoiding the replacement of their will. However, for the severe cases, there are tutelary figures that, in order to protect persons subject to them, establish mechanisms of representation for the lack of capacity and require that a judicial authorization to perform certain acts must be obtained by the guardian. In this paper, the penalty tied to the performance without judicial authorization of the acts that require it, is examined; at the Spanish system, where there has been decisive pronouncements given by Supreme Court, and at the Italian.

KEYWORDS

Disability, judicial authorization, tutor, tutelary figures

SUMARIO: 1. *Introducción.*—2. *El modelo español:* 2.1 La autorización judicial: concepto y naturaleza; 2.2 Diversas posibilidades de sanción ante el acto carente de autorización judicial; 2.3 Doctrina del Tribunal Supremo sobre la ineficacia del acto sin autorización judicial; 2.4 Valoración y juicio crítico.—3. *El modelo italiano:* 3.1 Introducción: visión general de las figuras tutelares italianas; 3.2 El régimen jurídico de los actos efectuados sin la preceptiva autorización judicial; 3.3 Valoración crítica.—4. *Conclusiones*

1. INTRODUCCIÓN

La aprobación en diciembre de 2006 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha supuesto cierta revolución en materia de capacidad e instituciones tutelares. Y es que, entre otras cosas, la Convención propugna la eliminación de la dualidad de status capacidad-incapacidad a la vez que estimula la adopción de medidas de protección de los discapacitados que no conlleven la sustitución de su voluntad.

A consecuencia de la ratificación del referido Tratado, los Estados firmantes se comprometen a implementar las medidas legislativas necesarias para adaptar las propias legislaciones al contenido de la Convención¹. Por lo que atañe a España, únicamente se ha

¹ A tal efecto, los apartados a) y b) del artículo 4 de la Convención disponen que los Estados Parte se comprometen a «adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la presente Convención» y a «tomar todas las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad». El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas, tras examinar el informe presentado por España para determinar el grado de cumplimiento de las obligaciones

efectuado una adaptación parcial, de manera que, a pesar de haberse aprobado dos leyes que desarrollan el contenido de la Convención, aun está pendiente una reforma de entidad en materia civil². Así, y como veremos a continuación, en España sigue existiendo el binomio capacidad-incapacidad a la vez que, legalmente, la modificación judicial de la capacidad de obrar sigue siendo aun la figura preponderante, que da lugar, como es conocido, a un mecanismo de sustitución general de la voluntad de la persona a ella sujeta.

Por su parte, en Italia, con anterioridad a la aprobación de la referida Convención se efectuó una reforma de calado en materia

contraídas en virtud de la Convención, aprobó el 23 de septiembre de 2011 una serie de observaciones. De entre ellas, ahora interesa destacar la recomendación a España de que revise las leyes que regulan la guarda y la tutela y que tome medidas para adoptar leyes y políticas por las que se reemplacen los regímenes de *sustitución* en la toma de decisiones por los de *asistencia* de modo que se respete más la autonomía, la voluntad y las preferencias de la persona. Se sugiere, además, que se proporcione formación sobre esta cuestión a todos los funcionarios públicos y otros interesados pertinentes (*cf.* Proposición no de Ley, publicada en *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, D-119, 29 de junio de 2012, p. 6).

² Las únicas normas de adaptación a la Convención aprobadas por España han sido la Ley 26/2011, de 1 de agosto –*BOE* n.º 184, de 2 de agosto– y el Real Decreto 1276/2011, de 16 de septiembre –*BOE* n.º 224, de 17 de septiembre– de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que recoge muchas de las sugerencias expuestas en el Informe elaborado a tal fin por el Consejo de Ministros el 30 de marzo de 2010. Ello es así a pesar del contenido de la Disposición Final 1.ª de la Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley del Registro Civil en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, que estableció que «*el Gobierno, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta Ley, remitirá a las Cortes Generales un Proyecto de Ley de reforma de la legislación reguladora de los procedimientos de incapacitación judicial, que pasarán a denominarse procedimientos de modificación de la capacidad de obrar, para su adaptación a las previsiones de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*». A pesar de que la Ley 1/2009 entró en vigor a los tres meses de su publicación –acaecida el 26 de marzo de 2009– todavía no se ha presentado el citado Proyecto de Ley de reforma. Igualmente, la Disposición Adicional 7.ª de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, también señalaba al Gobierno el plazo de un año desde su entrada en vigor para remitir «*a las Cortes Generales un Proyecto de Ley de adaptación normativa del ordenamiento jurídico para dar cumplimiento al artículo 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en lo relativo al ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones que las demás en todos los aspectos de la vida. Dicho Proyecto de Ley establecerá las modificaciones necesarias en el proceso judicial de determinación de apoyos para la toma libre de decisiones de las personas con discapacidad que los precisen*». El referido plazo se cumplió el 3 de agosto de 2012 sin que se remitiese el mencionado Proyecto de Ley. Ante ello, el 19 de diciembre de 2012 se aprobó una Proposición no de Ley donde el Congreso de los Diputados insta al Gobierno a remitir, en el plazo de tres meses, el referido Proyecto; a día de hoy tal remisión aun no se ha efectuado. Nos consta, sin embargo, la existencia de un proyecto articulado sobre el que se trabaja y que en breve será publicado por la *Fundación Aequitas* bajo el título «Proposición de ley relativa a la adaptación de nuestro Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil a la Convención de los Derechos Humanos de la ONU» (*cf.* «El notariado informa» p. 6, en *Escritura Pública*, n.º 79, Consejo General del Notariado, Madrid, 2013). Con todo, lo anterior no significa que el sistema de instituciones tutelares español no resulte acorde con la Convención. Sobre esta materia, *vid.* nota 4. Asimismo, sobre la influencia de la Convención en el Derecho civil español, *vid.*, recientemente, GARCÍA PONS, «El artículo 12 de la Convención de Nueva York de 2006 sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su impacto en el Derecho civil de los Estados signatarios: el caso de España», *Anuario de Derecho Civil*, LXVI-I, 2013, pp. 59-147.

tutelar que dio entrada a la figura de la *amministrazione di sostegno*. De este modo, dicho ordenamiento jurídico comenzó a superar el binomio capacidad-incapacidad estableciendo una figura de apoyo para los discapacitados que no presupone en todo caso la declaración general de incapacidad ni el establecimiento de un mecanismo global de sustitución de la voluntad; institución que ha servido de modelo para otros ordenamientos³.

Siendo lo anterior así, tanto en el ordenamiento jurídico español como en el italiano existen figuras que, en orden a la protección de las personas a ellos sujetos, establecen mecanismos de representación: en España, la tutela; en Italia, la *interdizione* y la *amministrazione di sostegno* con tal contenido. Y en ambos ordenamientos siguen existiendo una serie de actos para cuya realización el tutor –o en su caso, el *amministratore*– precisan eliminar de autorización judicial.

Así las cosas, el objetivo del presente artículo reside en examinar la consecuencia o sanción que se anuda a la realización sin autorización judicial de los actos que la precisan y no tanto en el estudio del contenido de cada uno de ellos. En primer lugar examinaremos esta cuestión en el ordenamiento jurídico español donde, según veremos, ha habido varios pronunciamientos del Tribunal Supremo decisivos sobre tal materia, y luego haremos lo propio con referencia al ordenamiento jurídico italiano. Finalmente, terminaremos este trabajo aludiendo a las conclusiones que se siguen del estudio comparado de ambos regímenes.

2. EL MODELO ESPAÑOL

2.1 LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL: CONCEPTO Y NATURALEZA

Según se ha avanzado, en España aún no se ha llevado a cabo una reforma en materia civil a fin de mejor adaptar la actual legislación al contenido de la Convención. Es por ello que las actuales figuras tutelares –la tutela y la curatela– son las que se siguen aplicando en la práctica judicial; máxime tras la confirmación realiza-

³ *Vid.*, en tal sentido, y a modo de ejemplo, los artículos 226-1 a 226-7 del Código civil de Cataluña. La mencionada en el texto es la razón que justifica la comparación que se contiene en este artículo: si aun está pendiente la reforma en materia civil para la mejor adaptación de nuestro ordenamiento al contenido de la Convención, es posible que se siga la pauta establecida en el Derecho civil italiano. De ser ello así, resulta interesante examinar la respuesta que dicho ordenamiento ofrece ante los actos realizados sin la autorización judicial prevenida.

da por el Tribunal Supremo de la compatibilidad de ambas con el contenido sustantivo de la Convención⁴. De entre ellas, la curatela es la figura que parece adecuarse mejor a la filosofía de la Convención. Pero, en lo que ahora interesa, la que puede suponer el establecimiento de mecanismos de sustitución de la voluntad es, principalmente, la tutela judicial ordinaria⁵. Y es en ella donde se exige autorización judicial para la realización de determinados actos que revisten una especial trascendencia.

En efecto, el artículo 271 del Código civil, en sede de tutela, establece que «*el tutor necesita autorización judicial*» para efectuar todos los actos que señala: renunciar derechos del tutelado, enajenar o gravar bienes inmuebles, hacer gastos extraordinarios en los bienes, etc⁶. La lectura del precepto evidencia que los actos

⁴ En tal sentido, es de obligada referencia la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 2009 (RJ 2009\2901) que expresamente reconoce la compatibilidad de las actuales instituciones tutelares con la Convención de la ONU de 2006. A este respecto, la referida resolución declaró que «de este modo, sólo esta interpretación hace adecuada la regulación actual con la Convención, por lo que el sistema de protección establecido en el Código civil sigue vigente, aunque con la lectura que se propone: 1.º Que se tenga siempre en cuenta que el incapaz sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que la incapacitación es sólo una forma de protección (...). 2.º La incapacitación no es una medida discriminatoria porque la situación merecedora de la protección tiene características específicas y propias». *Vid.*, asimismo, el comentario de la mencionada sentencia efectuado por DE PABLO CONTRERAS quien también defiende la compatibilidad de la regulación tutelar vigente con la normativa de la Convención (DE PABLO CONTRERAS, «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2009. La incapacitación en el marco de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad», en VVAA, *Comentarios a las Sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil*, vol. 3 –dir. YZQUIERDO TOLSADA–, Dykinson, 2009, pp. 555 a 580). En el mismo sentido, *vid.* la STS de 11 de octubre de 2012 (RJ 2012\9713) y el comentario efectuado por PÉREZ DE ONTIVEROS, «Incapacitación judicial. La curatela a la luz de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Comentario a la sentencia de 11 de octubre de 2012», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 92, 2013, pp. 351 a 369.

⁵ En el texto se indica que es «principalmente» la tutela ordinaria por cuanto en la doctrina se ha defendido la viabilidad de una curatela de incapacitados con función de representación, al modo de una «tutela mitigada o atenuada». *Vid.*, en tal sentido, GETE-ALONSO, «Comentarios al artículo 289 del Código civil», en VVAA, *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela* –dir. AMORÓS y BERCOVITZ–, Tecnos, Madrid, 1986, p. 701. En el ámbito legislativo no permite tal posibilidad el artículo 223-4 del Código civil de Cataluña y sí la admite el artículo 150.2 del Código del Derecho Foral de Aragón.

⁶ En concreto, el artículo 271 CC exige autorización judicial: «1.º Para internar al tutelado en un establecimiento de salud mental o de educación o formación especial. 2.º Para 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 Para renunciar derechos, así como transigir o someter a arbitraje cuestiones en que el tutelado estuviere interesado. 4.º Para aceptar sin beneficio de inventario cualquier herencia, o para repudiar ésta o las liberalidades. 5.º Para hacer gastos extraordinarios en los bienes. 6.º Para entablar demanda en nombre de los sujetos a tutela, salvo en los asuntos urgentes o de escasa cuantía. 7.º Para ceder bienes en arrendamiento por tiempo superior a seis años. 8.º Para dar y tomar dinero a préstamo. 9.º Para disponer a título gratuito de bienes o derechos del tutelado. 10.º Para ceder a terceros los créditos que el tutelado tenga contra él, o adquirir a título oneroso los créditos de terceros contra el tutelado». A este respecto, DE AMUNÁTEGUI (*Incapacitación y mandato*, La Ley, Madrid, 2008, p. 144), critica, de una parte, la necesidad casi constante de

para los que se exige tal requisito son de notable trascendencia personal o patrimonial. Y, a fin de procurar una mayor protección al tutelado, se establece como requerimiento la concesión de una autorización por parte del juez⁷.

A nuestro juicio, conocer la naturaleza de la referida autorización judicial resulta imprescindible para poder calificar el acto que, requiriéndola, se efectúe sin ella. En tal sentido, en la doctrina –pues nada señala el Código civil– se ha precisado que esta autorización legitima al representante legal –al tutor– para realizar un acto para el que carecía de legitimación. En efecto, por medio de la autorización el juez le atribuye al tutor un poder del que carecía para efectuar un acto; integra, por tanto, el poder de representación que aquél ostenta⁸. La consecuencia de lo anterior es que la autorización judicial constituye un requisito legal y no supone la suplantación o sustitución por el juez del consentimiento del tutor –ni mucho menos un asentimiento–: es una legitimación para realizar lo que sin ella no podría llevarse a cabo⁹. Si lo anterior es así, cabe calificar entonces la autorización como un elemento del negocio¹⁰.

acudir al juez para poder gestionar de manera eficaz el patrimonio del tutelado si éste es medianamente complejo, y que la lista transcrita entremezcle negocios de «gran trascendencia patrimonial –en los que el juez tan solo podrá pronunciarse sobre su licitud, pero no en cuanto a su oportunidad al carecer de criterio para ello– con otros de menor interés en los que la obtención de la previa autorización judicial tan solo implica un retraso inexplicable en un eficiente ejercicio de las funciones tutelares». Por su parte, TENA PIAZUELO («Comentarios al artículo 271 del Código civil», en VVAA, *Código civil comentado*, vol. I –coords. DE PABLO y VALPUESTA–, Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor, 2011, p. 1238) considera que la trascendencia de los actos para los que se exige autorización judicial avala una interpretación negativa respecto de la posibilidad de su dispensa por medio de los mecanismos de autodelación voluntaria de la tutela.

⁷ Es común conectar o fundamentar la necesidad de autorización judicial con el principio de salvaguardia judicial de la tutela *ex* artículo 216 CC, constituyendo, en consecuencia, una manifestación del control judicial sobre el tutor. De tal opinión y, por todos, *vid.* GIL RODRÍGUEZ, «Comentarios al artículo 271 del Código civil», en VVAA, *Comentario al Código civil* –dir. PAZ ARES y otros–, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 798. Por otra parte, la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad, recoge en su artículo 5.2 la necesidad de que las reglas de administración del patrimonio protegido prevean la obligatoriedad de la autorización judicial para los actos contenidos en los artículos 271 y 272 CC, aun cuando el apartado 5.3 permita excepciones en determinados supuestos, «en atención a la composición del patrimonio, las circunstancias personales de su beneficiario, las necesidades derivadas de su minusvalía, la solvencia del administrador o cualquier otra circunstancia de análoga naturaleza».

⁸ Cfr. BERROCAL LANZAROT, «Los actos realizados por los representantes legales sin autorización judicial. A propósito de las sentencias del Tribunal Supremo de 22 de abril y 8 de julio de 2010», *Aranzadi Doctrinal*, 9, 2012, p. 104.

⁹ Cfr. GARCÍA CANTERO, «El nuevo régimen jurídico de la tutela», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo XXVI, 1959, p. 437.

¹⁰ A este respecto, GUILARTE ZAPATERO («De nuevo sobre la ineficacia de los actos dispositivos de bienes de menores e incapaces realizados por sus representantes legales», *Actualidad civil*, III, 1992, p. 469) señala que «la ley no sólo requiere proteger los intereses de estas personas [menores y pupilos], si no que quiere hacerlo de determinada forma, también amparada ésta en la *ratio* de la norma y no sólo en su letra, imponiendo coactivamente el cumplimiento de determinados requisitos que, por lo mismo, adquierien la naturaleza de elementos esenciales y necesarios para la validez del acto». Según se advierte, la

El examen que realiza el juez en orden a decidir la concesión o no de tal autorización versa sobre la conveniencia del acto para el tutelado: su misión consiste en valorar la necesidad o utilidad de dicho acto, en dicho momento y para dicho tutelado, determinando el juicio positivo la concesión de la autorización y el negativo su denegación. Ahora bien, admitiendo la aplicabilidad al ámbito tutelar de los criterios de «utilidad o necesidad» que el artículo 166 CC exige para la autorización judicial en caso de disposición de bienes de menores por parte de sus progenitores –lo que, como veremos, es comúnmente aceptado–, se advierte que la valoración del juez no tiene carácter discrecional –ha de justificarse en tales criterios– ni, sobre todo, supone un examen de la validez del acto en sí mismo. No constituye, por tanto, tarea del órgano judicial efectuar un análisis global de los elementos que el acto precisa para ser válido¹¹. En consecuencia, es posible que un acto realizado por el tutor y para el que haya contado con autorización judicial sea impugnado posteriormente¹².

En lo atinente al momento en que se ha de obtener la autorización judicial, a pesar de que el artículo 271 CC no lo señala de manera expresa, se deduce –bien por analogía con lo establecido por el artículo 166 CC, bien por el contexto del precepto– que ha de ser con

conceptuación de la autorización judicial como elemento esencial conlleva necesariamente que su falta determine la nulidad radical del acto, que además no será sanable. Por tal motivo, y a la espera de lo que luego se dirá, en el texto aludimos a «elemento del negocio» sin precisar si goza o no de carácter esencial. Reconociéndole tal carácter *vid.* GIL RODRÍGUEZ, «Comentarios al artículo 271 del Código civil», *cit.*, p. 799. De otra opinión es FAJARDO FERNÁNDEZ («Comentario a la sentencia de 22 de abril de 2010», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 85, 2011, p. 401) quien reconoce que la autorización judicial es un elemento del negocio pero no constituye un requisito para su validez. La consecuencia que dicho autor extrae, lógicamente, es que su ausencia no impide la validez del negocio, precisando, más en concreto, que únicamente se trata de una «formalidad externa» necesaria para complementar una limitación de la facultad representativa.

¹¹ Sobre esta cuestión *vid.* AMORÓS GUARDIOLA, «Comentarios al artículo 271 del Código civil», en VVAA, *Comentarios a las reformas sobre nacionalidad y tutela* –dir. AMORÓS y BERCOVITZ–, Tecnos, Madrid, 1986, pp. 542 y 547 y LLAMAS POMBO, *El patrimonio de los hijos sometidos a la patria potestad*, Trivium, Madrid, 1993, p. 119. *Vid.* también los artículos 222-44.1 y 236-28.1 del Código civil de Cataluña y el artículo 18.1 del Código del Derecho Foral de Aragón.

¹² *Vid.*, por todos, GIL RODRÍGUEZ, «Comentarios al artículo 271 del Código civil», *cit.*, p. 799. Respecto de la viabilidad de la rescisión de un acto realizado por el tutor contando con la autorización judicial previa *vid.* CASTÁN VÁZQUEZ, «La enajenación de bienes de menores sometidos a patria potestad», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, LV, julio-agosto, 1979, n.º 533, pp. 1029-1030. De lo expuesto en el texto relativo a los criterios para autorizar o no un acto se colige que la autorización ha de solicitarse para un acto preciso y concreto, sin que pueda concederse una autorización de carácter general. A este respecto, GÓMEZ OLIVEROS («Comentarios a la Ley 13/1983, de 24 de octubre», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, LX, julio-agosto, 1984, n.º 563, p. 1440) señala que «si el juez autorizase de forma genérica la realización de actos o contratos de especie determinada (...) llevaría consigo tal actitud una delegación de competencias que iría en contra de la misma razón de ser de la intervención judicial». En el ámbito legislativo, los artículos 222-44.2 y 236-28.2 del Código civil de Cataluña y el artículo 18.2 del Código del Derecho Foral de Aragón reconocen de manera expresa la imposibilidad de que la autorización judicial se solicite y conceda de manera general.

anterioridad a la realización del acto, pues es entonces cuando el juez tiene mayor libertad para evaluar su utilidad o necesidad; además, de admitirse *a posteriori*, por una parte, tal autorización se convertiría en una «aprobación», y, por otra, su denegación supondría deshacer los efectos que ya se hubiesen producido¹³. De todos modos, esta cuestión no es pacífica en la doctrina habiéndose admitido –aunque de manera excepcional– la posibilidad de solicitar la autorización judicial una vez realizado el negocio jurídico de que en cada caso se trate¹⁴; pero sobre esta cuestión volveremos más adelante.

De lo expuesto se colige que la autorización judicial previa –cuando legalmente se requiere– constituye uno de los elementos del acto de que se trate y dota de legitimación al representante legal para su realización –de lo contrario, carecería de ella–, de manera que su inexistencia convierte dicho acto en irregular o ilegítimo.

2.2 DIVERSAS POSIBILIDADES DE SANCIÓN ANTE EL ACTO CARENTE DE AUTORIZACIÓN JUDICIAL

A pesar de contener un elenco numeroso –y cerrado– de actos para los que el tutor precisa autorización judicial, los artículos 271 a 273 CC

¹³ Son de esta opinión, entre muchos otros, GIL RODRÍGUEZ, «Comentarios al artículo 271 del Código civil», *cit.*, p. 799, GUILARTE ZAPATERO, «De nuevo sobre la ineficacia de los actos dispositivos de bienes de menores e incapaces realizados por sus representantes legales», *cit.*, p. 470, LLAMAS POMBO, *El patrimonio de los hijos sometidos a la patria potestad*, *cit.*, pp. 119-120, CUENA CASAS, «Comentarios a los artículos 259 a 275 del Código civil», en VVAA, *Comentarios al Código civil*, II, vol. 2 –coord. RAMS y MORENO FLÓREZ–, Bosch, Barcelona, 2000, pp. 1964 y 1985 quien señala que «la garantía de los intereses del tutelado se produce precisamente por el carácter previo de la autorización judicial» o TENA PLAZUELO, «Comentarios al artículo 271 del Código civil», *cit.*, p. 1238. *Vid.*, asimismo, GARCÍA CANTERO («El nuevo régimen jurídico de la tutela», *cit.*, p. 437 y 495) quien considera una corruptela que la autorización judicial se otorgue *a posteriori*. Un dato que corrobora lo defendido por tales autores es que cuando el legislador se refiere a la «aprobación» judicial posterior lo señala de manera expresa (*cf.*: art. 272 CC). Por otra parte, parece una opinión jurisprudencial pacífica la de que no cabe convalidar la nulidad del acto por medio de una autorización judicial posterior (*Vid.*, por todas, la sentencia de 2 de junio de 1989, RJ 1989\4283). Finalmente, no ha de olvidarse tampoco lo señalado por el Tribunal Supremo en la sentencia de 16 de febrero de 2010 (RJ 2010\1779) en relación con el artículo 166 CC y que, a nuestro juicio, también resulta aplicable al supuesto del artículo 271 CC: «el artículo 166 CC exige que para la disposición de los actos del menor concurra la autorización judicial, pero nada impide otorgar un contrato que la exija antes de obtenerla, o bien mientras se están efectuando las gestiones para conseguirla. Cuando ello ocurra, el contrato se entenderá sometido a una condición suspensiva consistente en la obtención de la autorización».

¹⁴ Entre otros, defiende la convalidación, ratificación o confirmación posterior del negocio realizado sin autorización judicial AMORÓS GUARDIOLA («Comentarios al artículo 271 del Código civil», *cit.*, p. 543) quien, a pesar de reconocer la conveniencia de que la autorización judicial sea previa para que el acto sea válido y eficaz, admite que el juez proceda a tal autorización «en presencia de un acto ya formalizado y en atención a los datos que en él ocurren». En tal caso, según dicho autor, el acto producirá efectos desde la autorización y no desde la realización. *Vid.*, en sentido parecido, GÓMEZ OLIVEROS, «Comentarios a la Ley 13/1983, de 24 de octubre», *cit.*, p. 1440 y 1447.

nada señalan respecto de la sanción atribuible al que, necesiéndola, carezca de ella¹⁵. En consecuencia, la respuesta a esta cuestión ha sido aportada tanto por la doctrina como por la jurisprudencia¹⁶.

Descartado que el acto sin autorización judicial se pueda incluir entre los que pueden ser objeto de rescisión *ex* artículo 1291.1 CC, tres han sido, fundamentalmente, las soluciones aportadas a esta cuestión¹⁷: la nulidad radical del acto, su carácter anulable, o la aplicación del criterio que el artículo 1259 CC contiene para los supuestos de exceso o falta de representación.

En primer lugar, la nulidad. No son pocos los autores que han defendido que el acto realizado por el tutor sin autorización judicial resulta nulo de pleno derecho; básicamente por dos razones. La primera se fundamenta en que a dicho acto le faltaría entonces uno de los elementos esenciales de todo negocio: el consentimiento. A la vista del carácter esencial que estos autores reconocen a la autorización judicial para la configuración del consentimiento negocial –no sería, por tanto, una mera cuestión de legitimación–, su falta determinaría la nulidad radical del acto. Y segunda razón: se entiende que el negocio es plenamente nulo por contravenir una norma imperativa cual es el artículo 271 CC (*arg. ex art. 6.3 CC*)¹⁸.

¹⁵ En cambio, en el Proyecto de GARCÍA GOYENA de 1851 sí se contemplaba una sanción específica para los actos realizados sin la autorización del Consejo de Familia: la nulidad (*cf.* art. 235).

¹⁶ Junto con la inexistencia de regulación específica, GUILARTE ZAPATERO («De nuevo sobre la ineficacia de los actos dispositivos de bienes de menores e incapaces realizados por sus representantes legales», *cit.*, p. 444) apunta otras dos causas que explican la diversidad de opiniones sobre la sanción aplicable al acto realizado sin autorización judicial: que la jurisprudencia en ocasiones se ha preocupado en exceso por la «justicia material» del caso concreto sin pretender formular una doctrina general y que la regulación de la ineficacia y sus especies en el Código civil dista mucho de ser precisa (sobre este último aspecto, *vid.* DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1967, p. 461).

¹⁷ En efecto, el supuesto a que aludimos no se puede encuadrar en la rescisión *ex* artículo 1291.1 CC al referirse éste a los contratos para los que el tutor está facultado para actuar solo y que, presuponiéndose válidos, en ellos se produce una lesión; supuesto –obviamente– diverso del que ahora examinamos. De la misma opinión es DE AMUNÁTEGUI, *Incapacitación y mandato*, *cit.*, p. 145 y la doctrina que allí se cita.

¹⁸ A este respecto, son muy ilustrativas unas palabras de GIL RODRÍGUEZ («Comentarios al artículo 271 del Código civil», *cit.*, p. 799) en las que indica que «la autorización judicial que se exige constituye un requisito esencial del negocio (...). La falta de autorización previa hace consecuente 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 del propio Código civil. (...) tanto la actuación vetada como la no autorizada es inexistente para la esfera del pupilo (...). Abrir el portillo de una posible convalidación o convalidación excepcional, supone volver sobre la exigencia de anterioridad de la autorización, trocándola en «aprobación». También defienden la nulidad radical del acto, GARCÍA CANTERO, «El nuevo régimen jurídico de la tutela», *cit.*, p. 495, DÍEZ PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, Tecnos, Madrid, 2001, p. 260 y CUENA CASAS, «Comentarios a los artículos 259 a 275 del Código civil», *cit.*, p. 1985. Y más recientemente, MARTÍNEZ RIPA, «Los negocios realizados por los padres sobre los bienes de los hijos sin autorización judicial. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2010 (RJ 2010, 2380)», *La Ley 2011-1*, p. 1605, quien considera que la autorización judicial es un requisito de forma que reviste el carácter de «solemne» o «esencial» del negocio.

La consecuencia lógica de admitir lo anterior es la imposibilidad de sanar o confirmar dicho acto, así como la posibilidad de que tal nulidad sea declarada en cualquier tiempo¹⁹. Este planteamiento, según se advierte, supondría declarar nulos todos los actos realizados sin la referida autorización judicial, aun cuando fuesen extremadamente beneficiosos para el tutelado.

Existe una segunda corriente doctrinal que pone de relieve las deficiencias de la tesis anterior y defiende que el tipo de invalidez adecuado a esta situación no es la nulidad radical sino la anulabilidad, al ser la solución que mejor protege los intereses del tutelado²⁰. Ello se justifica sobre la base de que en los actos a que aludimos el elemento esencial del consentimiento existe, aun cuando no es perfecto por la falta de autorización judicial²¹. Aunque el representante está investido de un poder general de representación del tutelado, la autorización judicial –cuando es requerida– constituye una medida complementaria de protección que ha de existir²². Entonces, no parece adecuado considerar que el acto sin autorización sea nulo de pleno derecho –que, además, en caso de serlo, impediría la convalidación– sino meramente anulable. El criterio de la anulabilidad, además, permitiría la confirmación del acto por el tutelado cuando ello sea posible; esto es, con posterioridad a la realización del acto cabría excluir las consecuencias jurídicas derivadas de la inexistencia de autorización previa²³. A juicio del tutelado se podría mantener un acto que a pesar de haberse realizado sin cumplir los requisitos legalmente previstos le resulte beneficioso o, en cambio, solicitar su nulidad si, a su juicio, no lo es. Un

¹⁹ Con todo, existen autores que, pese a reconocer el vicio de nulidad, admiten la convalidación o ratificación. Cfr. AMORÓS GUARDIOLA, «Comentarios al artículo 271 del Código civil», *cit.*, p. 545 o VENTOSO ESCRIBANO, *La representación y disposición de los bienes de los hijos*, Colex, Madrid, 1989, pp. 319-320.

²⁰ Entre otros, son partidarios de esta posibilidad CLAVERÍA GOSÁLBEZ, «Notas para una revisión general de la denominada ineficacia del contrato», en VVAA, *Invalidez e ineficacia de los actos jurídicos*, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 2006, p. 89, RAMS ALBESA, «Comentario al artículo 166 del Código civil», en VVAA, *Comentarios al Código civil*, II, vol. 2 –coord. RAMS y MORENO FLÓREZ–, Bosch, Barcelona, 2000, p. 1522 y DE AMUNÁTEGUI, *Incapacitación y mandato*, *cit.*, pp. 146 y ss. En el ámbito legal, es la solución que contemplan el Código civil de Cataluña (arts. 222-46.1, 236-31), el Código de Derecho Foral de Aragón (arts. 15, 16 y 19) o el *Codice civile* italiano (art. 412 *Codice civile*).

²¹ Asimismo, también se ha señalado que en el caso que comentamos no existe una «contradicción abierta» de normas imperativas o prohibitivas, tal y como exige el artículo 6.3 CC, pues los artículos 271 y 272 CC carecen de tal cualidad. Respecto de la relación existente entre la autorización judicial y la legitimación, *vid.* ARANDA RODRÍGUEZ, *La representación legal de los hijos menores*, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999, p. 83.

²² Cfr. BERROCAL LANZAROT, «Los actos realizados por los representantes legales sin autorización judicial. A propósito de las sentencias del Tribunal Supremo de 22 de abril y 8 de julio de 2010», *cit.*, p. 112.

²³ En nuestra opinión no cabe identificar la confirmación con la sanación de los vicios existentes sino con la exclusión de las consecuencias jurídicas de aquéllos.

problema que presenta este modo de razonar es que deja «en manos» del tutelado –cuando ello sea posible– la validez del acto, de manera que «minusvalora» o minimiza el requisito legal de la autorización judicial. En efecto, si el acto no es impugnado se mantendría la validez y los efectos –sean o no beneficiosos para el tutelado– producidos por un acto irregular al carecer de la autorización judicial que expresamente exige el artículo 271 del Código civil²⁴.

Y existe aun una tercera corriente doctrinal que, más allá de calificar al acto como nulo de pleno derecho o anulable, le aplica la doctrina de la representación; en concreto, el contenido del artículo 1259 CC que alude al contrato realizado sin legitimación²⁵. El texto del mencionado precepto dispone que: «ninguno puede contratar a nombre de otro sin estar por éste autorizado o sin que tenga por ley la 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». Según se advierte, un contrato realizado sin representación será un negocio efectuado por un representante más allá del ámbito de su legitimación –con extralimitación de poder– y, de acuerdo con el texto transcrito, «será nulo», no produciendo efectos en relación con el representado. Ello, salvo que dicho acto sea ratificado por el afectado «antes de ser revocado por la otra parte contratante». Sería, entonces, un acto cuya validez estaría condicionada a tal evento. En este sentido, es preciso distinguir entre los supuestos en que el representado –el tutelado– pueda en un futuro ratificar el negocio realizado y aquellos en que tal ratificación no sea posible, por ejemplo, por padecer una enfermedad que le incapacita y que no tiene un pronóstico de remisión o mejora²⁶. En el primer caso, las similitudes con el «*falsus procurator*» son mayores en atención a la mencionada posibilidad de ratificación. No sucede así en el segundo supuesto. Tal laguna podría quizá cubrirse con una autorización judicial posterior, lo que, según hemos visto, no parece muy coherente con el texto legal. En cualquier caso, se defiende que en ambos casos se trataría de un negocio «incompleto» pero suscepti-

²⁴ Junto con lo expuesto en el texto, como argumento a favor de la anulabilidad también se ha señalado que se protege un interés meramente privado –por lo que no resulta adecuado establecer la sanción de nulidad– y que tal situación vendría a ser similar a la de un acto realizado por quien carece de capacidad necesaria por faltarle un complemento (cfr. FAJARDO FERNÁNDEZ, «Comentario a la sentencia de 22 de abril de 2010», *cit.*, p. 403).

²⁵ *Vid.*, por todos, PALOMINO DÍEZ, *El tutor: obligaciones y responsabilidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 451

²⁶ Sobre este aspecto *vid.* GUILARTE ZAPATERO, «De nuevo sobre la ineficacia de los actos dispositivos de bienes de menores e incapaces realizados por sus representantes legales», *cit.*, p. 477.

ble de ratificación posterior, bien mediante la intervención del tutelado, bien mediante –en caso de admitirse– una aprobación judicial posterior de carácter excepcional²⁷.

Junto con las tesis expuestas que tratan de calificar jurídicamente el acto realizado por el representante –es un acto nulo de pleno derecho por falta de un requisito esencial o por ser contrario a norma imperativa; es un acto anulable y, por tanto, ratificable o confirmable; o que se trata de un negocio con eficacia condicionada de manera suspensiva a la ratificación del *dominus*– también se han aportado otras dos: que la actuación del «representante» es una oferta contractual que culminará, en su caso, con la ratificación del «representado» que equivaldría a la aceptación; y que se trata de un negocio imperfecto o en vías de formación, de manera que el representante que actúa sin autorización está actuando sin poder y precisa de ratificación para desplegar su eficacia²⁸. Lo anterior evidencia por sí mismo la ineficacia inicial que caracteriza al acto efectuado sin autorización judicial.

A la vista de las diversas tesis, lo que sí parece claro es que en tales casos el representado no quedará vinculado por el negocio concluido por el representante que actuó sin poder –por faltarle la autorización judicial–. Si el representante y el tercero conocían tal falta de poder y supeditaban la eficacia del acto a la ratificación del *dominus* será un negocio incompleto con una eficacia provisional supeditada a tal ratificación. Pero ¿y en los casos en que el tercero desconociese la falta de poder y buscase la eficacia inmediata para el representado? A lo que parece estaremos ante un acto irregular donde el representante será el responsable de los daños y perjuicios que se generen²⁹.

2.3 DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LA INEFICACIA DEL ACTO SIN AUTORIZACIÓN JUDICIAL

La variedad de soluciones doctrinales señalada en el epígrafe anterior tiene su eco en la jurisprudencia. Ahora bien, respecto de

²⁷ Cfr. DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit., p. 485 y AMORÓS GUARDIOLA, «Comentarios al artículo 271 del Código civil», cit., p. 545.

²⁸ Vid. el resumen de opiniones y las referencias bibliográficas que, sobre esta cuestión, facilita BERROCAL LANZAROT, «Los actos realizados por los representantes legales sin autorización judicial. A propósito de las sentencias del Tribunal Supremo de 22 de abril y 8 de julio de 2010», cit., pp. 115 a 117.

²⁹ Cabe referirse aquí también a otra opinión doctrinal mantenida por DE BUSTOS VALDÉS, *Estudios sobre incapacidad e instituciones tutelares*, ICAI, Madrid, 1984, p. 134: la autorización judicial es un requisito de perfección del acto y constituye un límite de la actuación representativa. Así, cuando el representante actúe sin poder, su actuación se asimilaría a la de un guardador de hecho, aplicándose entonces el artículo 304 CC.

ésta, conviene señalar que no pocas sentencias que versan sobre la sanción ante la falta de autorización judicial para realizar determinados actos han sido dictadas en sede de patria potestad, pues el artículo 166 CC la exige para que los padres puedan «*renunciar a los derechos de que los hijos sean titulares*» o para «*enajenar o gravar sus bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios*». La identidad de razón existente entre ambas autorizaciones permite aplicar a la exigida *ex* artículo 271 CC los razonamientos efectuados por la jurisprudencia respecto de la contenida en el artículo 166 del Código civil³⁰.

Así las cosas, es posible encontrar diversas resoluciones judiciales que apoyan o defienden cada una de las opiniones señaladas anteriormente e incluso otras que no se pronuncian de manera clara por ninguna de ellas³¹. En efecto, tal y como reconoce el Tribunal Supremo en la sentencia de 22 de abril de 2010 (RJ 2010\2380), «esta Sala no se ha pronunciado de forma uniforme sobre los efectos del acto efectuado» sin autorización judicial. Como se apunta en dicha resolución, ha habido sentencias que han optado por defender la nulidad radical del acto sobre la base de los argumentos que ya hemos señalado³²; otras que acuden al expediente de la anulabilidad para calificar tales actos³³, o, finalmente, un tercer grupo de sentencias que ha señalado que tales actos resultan nulos

³⁰ Así, según afirma GUILARTE ZAPATERO («De nuevo sobre la ineficacia de los actos dispositivos de bienes de menores e incapaces realizados por sus representantes legales», *cit.*, p. 469) ambos supuestos han de merecer un tratamiento idéntico. Por otra parte, el examen comparativo de los actos para los que ambos preceptos exigen autorización judicial evidencia la mayor desconfianza que el tutor suscita al legislador. En efecto, es notablemente inferior el número de actos para los que los padres precisan dicho requisito.

³¹ Sin mantener un criterio claro y diferenciable, *cfr.* las SSTS 21 de junio de 1943 (RJ 1944\980), 15 de marzo de 1945 (RJ 1945\280), 28 de febrero de 1949 (RJ 1949\549), 8 de marzo de 1965 (RJ 1965\1438) ó 19 de diciembre de 1977 (RJ 1977\4763).

³² Entre otras resoluciones mencionadas por la STS de 22 de abril de 2010 (RJ 2010\2380) cabe aludir a las de 25 de junio de 1959 (RJ 1959\2933), 28 de mayo de 1965 (RJ 1965\3083), 14 de marzo de 1983 (RJ 1983\1475), 17 de febrero de 1995 (RJ 1995\1105) ó 21 de enero de 2000 (RJ 2000\113).

³³ Defienden esta solución, entre otras, las SSTS de 30 de marzo de 1987 (RJ 1987\1839), 9 de mayo de 1994 (RJ 1994\3894), 23 de diciembre de 1997 (RJ 1997\8902) ó 3 de marzo de 2006 (RJ 2006\5772). De manera específica, la sentencia de 9 de mayo de 1994 (RJ 1994\3894) señala que «aun cuando existen otras sentencias (...) 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» siendo de esta última categoría el que se contiene en los artículos 166 y 271 CC. Y, por su parte, la sentencia de 3 de marzo de 2006 (RJ 2006\5772) califica a la autorización judicial de complemento de capacidad: «débese entender que se trata de anulabilidad, por asimilación del acto que realiza una persona —como el representante legal— sin la capacidad necesaria para ello, por faltarle el complemento de capacidad consistente en la autorización judicial, con la situación semejante (...) del incapacitado parcial sujeto a curatela que realiza un negocio jurídico que precisa de la intervención del curador sin ella (...) o al que realiza el tutor sin autorización judicial».

pero convalidables por haberse efectuado con extralimitación del poder³⁴.

Tras pasar revista a las diversas opiniones jurisprudenciales, la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2010 (RJ 2010\2380) –que resolvió un supuesto de disposición por un progenitor de bienes de sus hijos menores sin la autorización requerida *ex* artículo 166 CC– pretende sentar jurisprudencia en torno a la sanción aplicable a los actos realizados sin autorización judicial señalando que son negocios incompletos cuya eficacia provisional está pendiente de una ratificación que le conceda eficacia definitiva³⁵. De manera consecuente con lo que se ha apuntado anteriormente, la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de julio del mismo año (RJ 2010\6030) reafirmó la aplicabilidad de la doctrina contenida en la sentencia de 22 de abril de 2010 a los casos de falta de autorización judicial *ex* artículo 271 CC. En concreto, señaló que «esta doctrina (la de dicha resolución) debe aplicarse también a los casos de actuación del tutor sin autorización judicial, porque obedece a la misma finalidad que la ya explicada en relación a los padres titulares de la patria potestad». Ello justifica, entonces, que a continuación aludamos a los argumentos reseñados por tal sentencia.

Cuatro son las razones que avalan la sanción que el Tribunal Supremo reconoce a los actos efectuados sin la preceptiva autorización judicial. En primer lugar, el carácter imperativo del artículo 166 CC, de modo que, salvo ratificación, su incumplimiento determina la «nulidad» –argumentación referible al artículo 271 CC–. En segundo lugar, la finalidad protectora de la norma consistente en la salvaguardia del interés de los menores que no pueden contratar por sí mismos –en nuestro caso, de los tutelados–. En tercer lugar, que la actuación de los padres o tutores ha de perseguir en todo caso el mayor interés del menor o tutelado, no siendo, por tanto, la representación legal que aquéllos ostentan un derecho suyo sino de las personas a quienes protegen que les habilita para exigir que toda actuación persiga tal mayor interés. Y, finalmente,

³⁴ *Vid.*, en tal sentido, las SSTS de 9 de diciembre de 1953 (RJ 1954\284) ó 21 de mayo de 1984 (RJ 1984\2497). Esta última resolución señala en concreto que se trata, en definitiva «de un negocio incompleto o imperfecto, aunque no pueda calificarse con propiedad de anulable».

³⁵ El TS también ha apuntado que no cabe aplicar lo señalado por la citada sentencia de 22 de abril de 2010 (RJ 2010\2380) cuando existan normas específicas y expresas que resulten aplicables. Ello fue lo que ocurrió en la STS de 23 de septiembre de 2010 (RJ 2010\7136) que resolvió un caso de disposición de bienes gananciales de un tutelado sin las correspondientes autorizaciones judiciales: en tal supuesto habrá de aplicarse la norma específica existente contenida en el artículo 1322 CC. Sobre esta sentencia *vid.* RAGEL SÁNCHEZ, «Comentario a la Sentencia de 23 de septiembre de 2010» en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 86, 2011, pp. 1139-1157.

que el artículo 1259 CC –que resulta aplicable– permite la ratificación del acto realizado con extralimitación de representación.

Señalados los referidos argumentos, el Tribunal Supremo concluye afirmando que la autorización judicial tiene naturaleza imperativa y constituye un elemento básico del negocio a realizar, no limitándose a un mero complemento. En efecto, tal es la importancia de la referida autorización que sin ella los padres o tutores no pueden llevar a cabo válidamente el acto de que se trate. La consecuencia que el Tribunal Supremo deriva es que el acto realizado con falta de poder –sin la preceptiva autorización– «constituye un contrato o un negocio jurídico incompleto, que mantiene una eficacia provisional, estando pendiente de la eficacia definitiva que produzca la ratificación del afectado, que puede ser expresa o tácita». Asimismo, y a pesar de que el Tribunal Supremo utilice en su argumentación el término «nulidad», señala que no se trata de un acto viciado de nulidad absoluta –en cuyo caso no podría convalidarse– sino de un acto que «aun no ha logrado su carácter definitivo», que obtendrá por medio de la ratificación. Ahora bien, en caso de que no se produzca tal ratificación, apunta el Tribunal, «el acto será inexistente».

Según se advierte, el Tribunal Supremo opta por la tercera de las soluciones que doctrinal y jurisprudencialmente se han ofrecido respecto de los actos efectuados sin autorización judicial³⁶.

2.4 VALORACIÓN Y JUICIO CRÍTICO

Señaladas las diversas corrientes doctrinales y el criterio sentado por el Tribunal Supremo en las sentencias de 22 de abril de 2010 (RJ 2010\2380) y 8 de julio de 2010 (RJ 2010\6030), parece oportuno efectuar algunas valoraciones o precisiones. El presupuesto del que se parte es la exigencia de autorización judicial contenida en el artículo 271 CC –o, en su caso, en el artículo 166 CC–, lo que determina que tal licencia constituye uno de los elementos del acto a realizar. El problema reside, en primer lugar, en dilucidar si el referido elemento es esencial o no. Y es que la consecuencia parece clara: de serlo, su ausencia determinará la nulidad absoluta del acto sin que pueda ser convalidada; y, de no serlo, estaremos ante un acto con un vicio que puede ser sanable o cuyas consecuencias jurídicas puedan ser excluidas.

³⁶ Según señala RUBIO TORRANO («Ineficacia de los actos realizados por el representante legal sin autorización judicial», *Aranzadi Civil*, 5, 2010, p. 13), la doctrina establecida por el TS en la sentencia a que aludimos es, a su juicio, la más correcta.

En este aspecto el Tribunal Supremo caracteriza a la autorización judicial como «elemento del acto de disposición» sin que sea un «simple complemento del acto a realizar». Da la impresión de que tal autorización se configura como un elemento esencial sin que el Tribunal Supremo lo califique así por la consecuencia que de ello se derivaría, y que se juzga un tanto extrema. A nuestro juicio, la intencionalidad de eludir tal calificación resulta loable pues si el acto es beneficioso para el tutelado –finalidad protectora a que responde el artículo 271 CC– mediante la ratificación o la confirmación se podría sanar el acto viciado o excluir las consecuencias jurídicas que de tal hecho se derivan. En cambio, de calificarse como nulo de pleno derecho no sería posible tal convalidación o ratificación, aun cuando se tratase de un acto extraordinariamente beneficioso para aquél³⁷.

Descartada la nulidad absoluta, el Tribunal Supremo no acude al expediente de la anulabilidad al carecer la autorización judicial del carácter de «complemento de capacidad». Además, de este modo se evita la posibilidad de que el mero transcurso del tiempo sin impugnar el acto haga que se mantengan los efectos producidos; lo que, en el fondo, vendría a vaciar de contenido la exigencia misma de autorización. En efecto, un acto realizado sin ella finalmente sería válido de no procederse a su impugnación durante el plazo de tiempo previsto.

Visto que encuadrar la cuestión en el binomio nulidad-anulabilidad no resulta del todo satisfactorio, el Tribunal Supremo acude al criterio de la extralimitación en el poder. La falta de legitimación del representante no hace nulo de manera absoluta el negocio realizado pues no anula el consentimiento prestado. Cuestión distinta es que al carecer del requisito legalmente exigible constituya un negocio irregular y no produzca todos sus efectos –por ejemplo, respecto de los representados que no lo ratifiquen–. A lo que parece, en todos esos casos no falta el acto pero sí la representación. En consecuencia, dicho acto será, en términos de la sentencia, un acto en formación que precisará de la ratificación para su validez.

Esta argumentación que mantiene el Tribunal Supremo plantea un problema: los supuestos en que el tutelado no pueda ratificar posteriormente el acto por carecer de capacidad, por ejemplo, porque se trata de una persona que padece una enfermedad incapacitante.

³⁷ Lo que resulta sorprendente –y a nuestro juicio, erróneo– es que el Tribunal Supremo, al exponer el primer argumento, aluda al carácter imperativo de la autorización judicial de modo que su incumplimiento determine la nulidad. Sobre las diferencias entre convalidación y ratificación *vid.* BERROCAL LANZAROT, «Los actos realizados por los representantes legales sin autorización judicial. A propósito de las sentencias del Tribunal Supremo de 22 de abril y 8 de julio de 2010», *cit.*, p. 116, nota 55 y la doctrina que ahí se cita.

tante que no remitirá en el futuro. Ante esta situación, caben dos opciones: concluir que entonces no es posible la ratificación –lo que injustificadamente les haría de peor condición respecto de los menores, que sí podrían ratificar el acto efectuado sin autorización judicial una vez alcanzada la mayoría de edad, o respecto de las personas con capacidad de obrar judicialmente modificada en las que sea factible la reintegración de tal capacidad– o admitir, a pesar de que nada señale el precepto en cuestión, que resulta posible solicitar una autorización judicial posterior –a modo de aprobación– para evitar tal desprotección; solución que no creemos posible a la vista de que, efectivamente, nada se indica a tal efecto en los artículos 166, 271 y 272 CC. Lo anterior evidencia que la opción defendida por el Tribunal Supremo en la sentencia de 22 de abril de 2010 (RJ 2010\2380) deja sin resolver la cuestión relativa a la ratificación por parte de ciertos tutelados.

En la sentencia de 8 de julio de 2010 (RJ 2010\6030), el Tribunal analizó la objeción que comentamos indicando que «no es posible obligar al tutor a pedir una autorización *a posteriori* para convalidar un contrato nulo (...) ya que constituye un acto inútil, por no poder garantizarse en ningún caso la obtención de dicha autorización, ya que puede ser posible que el juez, a la vista de los intereses sometidos a tutela, no acceda a ella». En efecto, el criterio para conceder la autorización judicial es, como hemos mencionado, «*causas de utilidad o necesidad*» debidamente justificadas (*cf.* art. 166 CC). Pero, cerrando el paso a la obtención de tal autorización por «inutilidad» –tal y como parece realizar el Tribunal Supremo–, quedarían desprotegidos los tutelados ante la imposibilidad de ratificación. De este modo, a pesar de tratarse de supuestos similares, la sanción referible a los actos realizados sin autorización judicial sería diversa según se trate de menores o personas con capacidad de obrar judicialmente modificada. En el primer caso serían actos en formación que están pendientes de ratificación. En el segundo, si se trata de personas cuya enfermedad no tiene visos de remitir, serán actos nulos ante la imposibilidad –en muchos casos– de tal ratificación.

El problema reseñado es consecuencia de la falta de regulación expresa de la sanción aplicable a los actos realizados sin la preceptiva autorización judicial y de la aplicación del contenido del artículo 1259 CC a los supuestos que comentamos sin efectuarse matizaciones o precisiones. Así las cosas, en la doctrina se ha defendido, por ejemplo, la validez de una compraventa efectuada por un progenitor sobre los bienes de sus hijos menores sin la preceptiva autorización judicial, señalándose que se trata de una venta

de cosa ajena³⁸. La falta de representación no invalida en tal caso el contrato: éste se mantiene válido pero no produciría efectos *reales* en la relación representante-tercero al no tener ningún efecto en la relación representante-representado por no haber existido ratificación alguna. Pues bien, aun cuando ello puede ser así y el contrato en tal caso sea válido, no cabe extender tal solución –admisible en este caso al tratarse de una compraventa de cosa ajena– a todos los supuestos que incluye el artículo 271 CC pues son de diverso contenido –renuncia de derechos, etc.–. En todos esos casos no cabe defender, por tanto, la existencia de un contrato definitivamente válido pero parcialmente ineficaz ante la falta de ratificación.

A la vista de lo anterior, me parece que acierta el Tribunal Supremo al señalar que el acto llevado a cabo sin la preceptiva autorización judicial es un «negocio en formación» que está pendiente de la ratificación para su validez definitiva. Quizá también podría ser oportuno reconocer una vía de impugnación específica sujeta o no a plazo en lugar de aplicar –como hacen numerosas resoluciones judiciales– el previsto para la anulabilidad, pues, como hemos visto, no es un criterio que resulte plenamente aplicable. Pero esto ya es una tarea que debe abordar el legislador.

Por último, cabe aludir a una segunda cuestión menor atinente a la calificación realizada por el Tribunal Supremo como «inexistente» del acto que no sea ratificado posteriormente –lo que en caso de los incapacitados parece en muchos casos una consecuencia ineludible–. A nuestro juicio, tal calificación resulta contradictoria con la argumentación sostenida en la resolución en la que el Tribunal Supremo se mueve con categorías tales como «negocio en formación» o «negocio jurídico incompleto, que mantiene una eficacia provisional, estando pendiente de la eficacia definitiva». En efecto, es conocido que la inexistencia constituye un supuesto de hecho contractual que resulta útil para salir de las discusiones sobre las causas o supuestos de nulidad absoluta o anulabilidad y que se aplica cuando no concurren los elementos esenciales del negocio ni existe apariencia del mismo³⁹. Y el Tribunal –hemos visto– admite la convalidación excluyendo la nulidad absoluta y no califica la autorización como elemento esencial habida cuenta de la consecuencia que de ello se deriva. Según se advierte, se pretende buscar una solución que intente proteger todos los intereses en liza pero sin conseguirse de manera acabada. Expuesto lo anterior, veamos qué sucede en el ordenamiento jurídico italiano.

³⁸ *Vid.*, FAJARDO FERNÁNDEZ, «Comentario a la sentencia de 22 de abril de 2010», *cit.*, p. 401 quien también incluye otras posibilidades.

³⁹ *Cfr.* PASQUAU LIAÑO, *Nulidad y anulabilidad del contrato*, Civitas, Madrid, 1997, p. 172.

3. EL MODELO ITALIANO

3.1 INTRODUCCIÓN: VISIÓN GENERAL DE LAS FIGURAS TUITIVAS ITALIANAS

Con carácter previo al examen del concreto régimen de los actos efectuados sin autorización judicial en el ordenamiento jurídico italiano y a fin de enmarcar tal cuestión, resulta pertinente efectuar una breve explicación del modelo tuitivo existente en dicho país.

El panorama general de las figuras de protección ha sido profundamente alterado con la aprobación de la Ley 6/2004, de 9 de enero, que, a la vez que introdujo la *amministrazione di sostegno* como medida tuitiva de las personas que estén privadas de autonomía o la tengan reducida, supuso un rediseño de las figuras hasta entonces existentes. Esto último por cuanto al ser la finalidad de la citada ley proteger a tales personas originando la mínima limitación posible en su capacidad de obrar, con ella se eliminó la dualidad hasta entonces existente entre situaciones de capacidad e incapacidad⁴⁰. En efecto, hasta el año 2004 los dos «status» en que podía encontrarse una persona eran ser plenamente capaz o plenamente incapaz. La supresión de la citada dualidad motivó que actualmente la declaración global de incapacidad se reserve únicamente para los casos extremos y también que si hasta 2004 cabía decir que la incapacidad era la norma, desde entonces constituye la excepción: en todo caso se parte de la presunción de capacidad de la persona para todos los actos, salvo los que la resolución expresamente señale. E incluso, aún existiendo una limitación expresa en la capacidad relativa a esos concretos actos, sigue vigente la presunción de capacidad sin que se torne en una presunción de incapacidad⁴¹.

⁴⁰ En efecto, por medio de apoyos temporales o permanentes se pretende que el «sacrificio» de capacidad sea el menor posible (cfr. SPALLAROSSA, «*Amministrazione di sostegno, interdizione, inabilitazione: un quadro generale*», en VVAA, *L'amministrazione di sostegno nella realtà ospedaliera* –GABRIELLI y CARDINALE, a cura di–, Giappichelli editore, Torino, 2008, p. 10). En palabras de CENDÓN («*Le origini dell'amministrazione di sostegno*», en VVAA, *Persona e danno*, vol. II, Giuffrè, Milano, 2004, p. 1395) el objetivo de esta normativa es «*assicurare all'infermo la libertà possibile e indispensabile; dare all'infermo la protezione che è necessaria; togliere all'infermo la protezione che è superflua, dannosa o ingiusta*». Entre muchos otros, alude a la superación del binomio capacidad-incapacidad BORTOLUZZI, *L'amministrazione di sostegno. Applicazioni pratiche e giurisprudenza*, Utet, Torino, 2005, p. 145.

⁴¹ En el ordenamiento jurídico español, aun no se ha superado la mencionada dualidad capacidad-incapacidad, a pesar de que tras la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006 sean cada vez más las voces que postulan su eliminación. Como ello no ha tenido lugar, parece que tras la declaración de incapacitación –actualmente denominada como modificación judicial de la capacidad de obrar (cfr. nota 2)– la presunción de capacidad hasta entonces existente se torna en presunción de incapacidad (cfr. LEÑA FERNÁNDEZ, «El tráfico jurídico negocial y el discapacita-

Así pues, la *amministrazione di sostegno* es una figura que, presumiendo capaz a la persona, le nombra a un asistente para complementar su voluntad en los actos que pueda realizar por sí mismo pero no por sí solo: la persona sujeta a la *amministrazione* –tendencialmente capaz aunque padezca alguna discapacidad– únicamente necesita un «*sostegno*», un suplemento de autonomía y no una sustitución global de la voluntad (cfr. art. 404 *Codice civile*)⁴². Lo anterior no impide que junto con tal labor de asistencia o complemento también quepa incluir entre las funciones del *amministratore* las de sustitución de la voluntad –representación– para ámbitos concretos y determinados, sin que ello presuponga la sustitución general de la voluntad del sujeto (arg. ex art. 409 *Codice civile*)⁴³.

La introducción de la *amministrazione di sostegno* en el ordenamiento jurídico italiano no ha supuesto la derogación –aunque sí la modificación profunda y su menor aplicación– de las otras dos figuras tuitivas en él existentes: la *interdizione* (cfr. art. 414 *Codice civile*) y la *inabilitazione* (cfr. art. 415 *Codice civile*)⁴⁴. Ambas institu-

do», en VVAA, *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*, Civitas, Madrid, 2000, p. 191; de todos modos, la anterior afirmación no es pacífica en la doctrina: a modo de ejemplo, vid. ÁLVAREZ LATA y SEOANE, «El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad. Una revisión de los modelos de representación y guarda a la luz de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad», *Derecho Privado y Constitución*, 24, enero-diciembre, 2010, pp. 34 y 35). A ello ha de añadirse que, desgraciadamente, a pesar de que el artículo 760 LEC disponga que la sentencia que declare la incapacitación ha de graduar la incapacidad, en la práctica son pocas las resoluciones judiciales que así proceden. Pero es que además –y esto es, quizá, lo de mayor relevancia– aunque la sentencia graduase la capacidad, parte del presupuesto de la declaración *global* de incapacitación.

⁴² Algunas de las características de la *amministrazione di sostegno* son su flexibilidad –no tiene un contenido predeterminado–, proporcionalidad –se establece la medida que específicamente necesite el sujeto–, su adaptabilidad a las diversas situaciones o el carácter central de la persona (respecto de esto último, vid. ZANCAN, «*La riforma dell'interdizione e dell'inabilitazione*», in «*Familia*» *Quaderni*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 3; y, recogiendo las características apuntadas vid. SPALLAROSSA, «*Amministrazione di sostegno, interdizione, inabilitazione: un quadro generale*», cit., p. 13). Por otra parte, el artículo 404 del *Codice civile* dispone que «*la persona che, per effetto di una infermità ovvero di una menomazione fisica o psichica, si trova nella impossibilità, anche parziale o temporanea, di provvedere ai propri interessi, può essere assistita da un amministratore di sostegno, nominato dal giudice tutelare del luogo in cui questa ha la residenza o il domicilio*».

⁴³ «*Il nuovo istituto della amministrazione di sostegno si differenzia notevolmente dai tradizionali istituti a protezione dei disabili, là dove questi ultimi attribuivano al soggetto una qualità giuridica (status) privando il soggetto totalmente o parzialmente della capacità di agire. Conseguenza del riconoscimento dell'assoluta o parziale incapacità della persona era la nomina del tutore o del curatore. Diversamente, la nomina dell'amministratore di sostegno non ha come presupposto la privazione del soggetto della capacità di agire, il quale conserva la propria capacità per gli atti che non richiedono la rappresentanza esclusiva o l'assistenza dell'amministratore di sostegno*» (CASSANO, *L'amministrazione di sostegno, questioni sostanziali e processuali nulli analisi della giurisprudenza*, Matelica: Halley Editrice, 2006, p. 1).

⁴⁴ Y, por la misma razón, el régimen de invalidez aplicable a los actos realizados por el *amministratore* o el beneficiario convive con el de los actos realizados en el ámbito de la *interdizione*, la *inabilitazione* o la mera incapacidad natural. Respecto de las diferencias entre las figuras mencionadas en el texto vid. VENCHIARUTTI, «*Amministrazione di sosteg-*

ciones están recogidas en el *Codice civile* y su aplicación depende de la gravedad de la patología psíquica que se padezca⁴⁵. En los casos más graves se declara la *interdizione* y se le priva al sujeto de la capacidad de obrar, necesitando entonces la intervención del representante que actuará en su nombre⁴⁶. En el resto de casos se establece la *inabilitazione*, que implica reconocer la incapacidad del sujeto para realizar actos de administración extraordinaria, en los que, desde entonces, resultará necesaria la intervención del curador, que integra la voluntad que a aquél le falta (*cf.* art. 427 *Codice civile*)⁴⁷.

De todos modos y aun cuando la *interdizione* se aplique en los supuestos en que el sujeto sea incapaz de proveer a sus propios intereses, declarándosele incapaz de obrar, no resulta sencillo establecer una línea de separación clara entre las personas a quienes, en teoría, beneficia más esta figura en lugar de la *amministrazione di sostegno*⁴⁸. Y es que la adaptabilidad característica de esta última institución parece que permite su aplicación a los potenciales destinatarios de la *interdizione*⁴⁹. Ante la imposibilidad de delimitar *a priori* la tipología de situaciones característica de cada figura, será misión del juez

no, *interdizione e inabilitazione. Un primo confronto dopo l'entrata in vigore della L. 9 gennaio 2004, n. 6*», *Vita notarile*, 2005, y «*Il discrimen tra amministrazione di sostegno, interdizione e inabilitazione al vaglio della Corte Costituzionale*», *Nuova Giurisprudenza Civile commentata*, 2006, pp. 1005 y ss.

⁴⁵ La ley prevé, asimismo, la posibilidad de pasar de la *interdizione* y de la *inabilitazione* a la *amministrazione di sostegno* (art 416.1 y 418 *Codice civile*) y viceversa (art. 413 *Codice civile*).

⁴⁶ La *interdizione* es, por tanto, una institución similar a la incapacitación y tutela del ordenamiento jurídico español. Supone una representación o sustitución general de la voluntad del *interdetto* y se reserva para los casos más extremos –piénsese, por ejemplo, en una persona mayor con un deterioro cognitivo profundo o una enfermedad mental–. En tales casos, las medidas de asistencia o representación puntuales resultarían insuficientes siendo preciso, a fin de protegerle, establecer el mecanismo de sustitución general de la voluntad. En relación a esta figura se ha criticado su carácter «clonante» –las personas sujetas a ella «son todas iguales»– a diferencia de lo que sucede en la *amministrazione di sostegno* que «son distintas» al ser diversos los ámbitos en los que actúa el administrador nombrado (SPALLAROSSA, «*Amministrazione di sostegno, interdizione, inabilitazione: un quadro generale*», *cit.*, p. 13). Otras críticas efectuadas a esta figura pueden verse en CARBONE, «*Libertà e protezione nella riforma dell'incapacità d'agire*», *Nuova Giurisprudenza civile commentata*, 2004, II, p. 548. Por último, y de acuerdo con el *Codice civile* los potenciales destinatarios de esta medida protectora son «*il maggiore di età e il minore emancipato, i quali si trovano in condizioni di abituale infermità di mente che li rende incapaci di provvedere ai propri interessi, sono interdetti quando ciò è necessario per assicurare la loro adeguata protezione*» (art. 414 *Codice civile*).

⁴⁷ *Cfr.* BULGARELLI, «*Commentario al artículo 427 CC*», en VVAA, *Commentario al Codice civile* –CENDÓN, a cura di–, Giuffrè, Milano, 2009, pp. 1146-1147.

⁴⁸ Resulta interesante destacar que la *interdizione* sólo se aplicará cuando la *amministrazione di sostegno* «*non possa realizzare nella situazione specifica, adeguata protezione*» (SPALLAROSSA, «*Amministrazione di sostegno, interdizione, inabilitazione: un quadro generale*», *cit.*, p. 13). De ello se colige la existencia de una preferencia de aplicación de la *amministrazione di sostegno* de modo que se puede considerar la medida ordinaria y la *interdizione* la alternativa (PAZÉ, *L'amministrazione di sostegno* en www.altalex.com n 2.2).

⁴⁹ Según MORELLO («*L'amministrazione di sostegno; dalle regole ai principi*», *Notariato*, 2004, p. 226), la *amministrazione di sostegno* es una medida que, por sus supuestos, finalidad y flexibilidad, representa un «*strumento di effettiva protezione in quasi*

decidir, en cada caso y a la vista del supuesto concreto, la aplicación de una u otra en función de cual sea el mejor instrumento para dar la «*adeguata protezione*» (art. 414 *Codice civile*)⁵⁰.

Algo similar sucede respecto de la *inabilitazione*: los potenciales destinatarios que el *Codice civile* señala –personas «*maggiore di età infermo di mente*» que no están en una situación tan grave como para estar sujetos a la *interdizione* (art. 415 *Codice civile*)⁵¹– también pueden tener cabida dentro de la figura de la *amministrazione di sostegno*⁵². Lo expuesto, unido a la reticencia a declaraciones globales de incapacidad, ha originado que en la práctica tanto la *interdizione* como la *inabilitazione* estén cayendo en desuso y pierdan importancia frente a la *amministrazione di sostegno*⁵³. Por ello, en el epígrafe siguiente únicamente examinaremos la sanción aplicable a los actos efectuados por el *amministratore* sin la autorización judicial que en su caso se requiere.

tutte le situazioni di ridotta o limitatissima autonomia della persona e nei casi di stati di dipendenza che comportino menomazioni psichiche».

⁵⁰ Con todo, y según se ha dicho, parece que los redactores de la ley han optado por configurar la *interdizione* como un instituto destinado a caer en desuso pues no han articulado de manera adecuada su normativa. Además, el corte patrimonial de tal figura, unido a la tradicional inadmisibilidad de que el discapaz psíquico pueda realizar actos personalísimos, hacen que en la doctrina se prefiera la *amministrazione di sostegno*, llegándose a afirmar que «*in Italia no ha più senso interdire*» (BACCARANI, *L'amministrazione di sostegno*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 62).

⁵¹ Junto con tales personas, el artículo 415 *Codice civile* también indica que «*possono anche essere inabilitati coloro che, per prodigalità o per abuso abituale di bevande alcoliche o di stupefacenti, espongono sé o la loro famiglia a gravi pregiudizi economici. Possono infine essere inabilitati il sordo e il cieco dalla nascita o dalla prima infanzia, se non hanno ricevuto un'educazione sufficiente, salva l'applicazione dell'articolo 414 quando risulta che essi sono del tutto incapaci di provvedere ai propri interessi*».

⁵² Cfr. SPALLAROSSA, «*Amministrazione di sostegno, interdizione, inabilitazione: un quadro generale*», cit., p. 8. Entre otros supuestos que señala el citado autor tomados de la jurisprudencia (p. 21 y 22), resulta posible acudir a la *amministrazione di sostegno* cuando se trate de una persona anciana que se encuentre en las primeras fases de deterioro cognitivo o de pérdida de autonomía, o que, a pesar de no padecer el referido deterioro, no pueda realizar algunas funciones de la vida cotidiana; o de una persona con una patología de «*discapacidad intelectual*» a consecuencia, por ejemplo, de un ictus o hemorragia cerebral; o de un sujeto con grave sintomatología depresiva que le impida manifestar su voluntad o proveer a sus propios intereses. Asimismo, en la jurisprudencia también ha habido supuestos de nombramiento de *amministratore* para personas totalmente privadas de autonomía: un joven en coma vegetativo fruto de un accidente, un mayor de edad en coma vegetativo a consecuencia de una parada cardiorrespiratoria, un anciano con Alzheimer, demencia senil o arterioesclerosis difusa, o, en fin, personas con psicosis esquizofrénica. Ahora bien, en todos estos casos, si el patrimonio del beneficiario es amplio o complejo parece más adecuado acudir a la *interdizione* que a la *amministrazione di sostegno* pues ofrece mayores garantías procesales (cfr. FERRANDO, «*Introduzione*» en VVAA, *L'amministrazione di sostegno. Una nuova forma di protezione dei soggetti deboli* –FERRANDO, a cura di– Giuffrè, Milano, 2005, p. 6).

⁵³ Y es que, de entrada, el modelo basado en la *interdizione* y la *inabilitazione* descansa en la «*jaula conceptual capacidad-incapacidad*» (cfr. PESCARA, «*Tecniche privatistiche e istituti di salvaguardia dei disabili psichici*», en VVAA, *Trattato di diritto privato – RESCIGNO, a cura di–*, vol. IV, Torino, 1997, p. 761). Además, en la doctrina se ha propuesto como algo necesario abrogar la *interdizione* y la *inabilitazione* con la consiguiente adecuación de la regulación de 2004.

3.2 EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS ACTOS EFECTUADOS SIN LA PRECEPTIVA AUTORIZACIÓN JUDICIAL

Según quedó dicho, la flexibilidad que ofrece la *amministrazione di sostegno* permite que entre las funciones del *amministratore* haya tanto de representación como de asistencia, aun cuando en ambos casos se circunscriba a actos concretos (*cfr.* art. 405 *Codice civile*)⁵⁴. En consecuencia, el juez, en el decreto de nombramiento ha de señalar los actos que el beneficiario puede cumplir con la asistencia del *amministratore*, los que éste puede realizar en nombre y por cuenta de aquél (*cfr.* art. 405.3 y 4 *Codice civile*) y aquellos en que el beneficiario conserva plena capacidad sin necesidad de asistencia ni representación⁵⁵. Especificar los actos de esta última clase es un hecho cada vez más frecuente en la práctica aun cuando no resulte obligatorio. Ello por cuanto el artículo 409 *Codice civile* reconoce que «*il beneficiario conserva la capacità di agire per tutti gli atti che non richiedono la rappresentanza esclusiva o l'assistenza necessaria dell'amministratore di sostegno*», así como puede cumplir todos los actos necesarios «*a soddisfare le esigenze della propria vita quotidiana*»⁵⁶.

Expuesto lo anterior, el artículo 412 del *Codice civile* es el que contiene el régimen jurídico aplicable a los actos realizados por el *amministratore di sostegno* o por el beneficiario vulnerando las disposiciones legales o lo establecido por el juez en el momento de constituir esta figura. En lo que a los actos realizados por el *amministratore* se refiere –que es lo que a nosotros ahora importa–, el párrafo primero del citado precepto dispone que «*gli atti compiuti dall'amministratore di sostegno in violazione di disposizioni di legge o in eccesso rispetto all'oggetto dell'incarico o ai poteri con-*

⁵⁴ «*L'amministrazione di sostegno può determinare una incapacità del soggetto totale (atti per i quali occorre la rappresentanza esclusiva dell'amministratore) o parziale (atti per i quali occorre l'assistenza dell'amministratore), ma pure sempre settoriale relativa*» (CASSANO, *L'amministrazione di sostegno...*, cit., p. 2).

⁵⁵ En el antiguo artículo 357 *Codice civile*, y a diferencia de lo que ahora sucede, se señalaba que para la tutela de los menores y los *interdetti* el tutor les representaba «*in tutti gli atti civili*» sin distinción alguna. Respecto de la tendencia clara a señalar también en el decreto *di nomina* los actos para los que el beneficiario conserva plena capacidad sin necesidad de asistencia ni representación *vid.* SPALLAROSSA, «*Amministrazione di sostegno, interdizione, inabilitazione: un quadro generale*», cit., p. 18. El encargo de *amministratore* puede recaer tanto en los parientes del beneficiario como en personas de los servicios socio sanitarios (art. 408 CC), en otras personas idóneas, o en asociaciones y fundaciones (art. 408 CC).

⁵⁶ De todos modos, no han faltado autores que consideran excesiva la enumeración detallada de los concretos actos que se pueden o no realizar. En tal sentido, recomiendan y defienden la referencia a ellos por medio de categorías tales como actos de disposición, de administración ordinaria, etc. (*cfr.* CALÒ, *L'amministrazione di sostegno*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 125).

feritigli dal giudice, possono essere annullati». Por tanto, cabe anular todos los actos realizados por el *amministratore* que vulneren las disposiciones legales o que realice extralimitándose en el objeto del encargo o el poder conferido por el juez.

El modo más frecuente de vulnerar las «*disposizioni di legge*» es la que el propio artículo 412 *Codice civile* señala, a modo de especificación: «*eccesso rispetto all'oggetto dell'incarico o ai poteri conferitigli dal giudice*»⁵⁷. O dicho en otras palabras: cuando el *amministratore* se extralimita en su función o actúa en determinados ámbitos sin tener poder para ello⁵⁸. Pero además, también constituye una vulneración de las disposiciones de la ley –en este caso, el contenido, objetivos, límites, deberes del tutor y características establecidos por la Ley de 9 de enero de 2004– el supuesto en que el administrador realiza un acto sin informar al beneficiario o sin su consentimiento o sin tener en cuenta sus aspiraciones (*cf.* art. 410 *Codice civile*)⁵⁹.

En lo que a nosotros ahora interesa, también constituye un modo de «*violazione di disposizioni di legge*» la realización de

⁵⁷ *Cfr.* CORTELLONI, «*Commentario al artículo 412 CC*», en VVAA, *Commentario al Codice civile* –CENDÓN, a cura di–, Giuffrè, Milano, 2009, p. 876.

⁵⁸ El exceso que permite anular el acto ha de valorarse respecto del contenido del decreto de nombramiento. A juicio de la mayoría, también cabe incluir en el acto realizado «en exceso» de los poderes el realizado «de menos», al apartarse del encargo asignado (BORTOLUZZI, *L'amministrazione di sostegno...*, *cit.*, p. 181); y también el efectuado más allá del encargo aun cuando cuente con la autorización del juez quien, en el momento de conceder la autorización, habrá de verificar el contenido objetivo del encargo incluido en el decreto (*cf.* CASSANO, *L'amministrazione di sostegno...*, *cit.*, p. 10). Por otra parte, en el concepto de acto realizado «en defecto de poder» se encuadra el que resulta totalmente extraño al contenido del encargo conferido al *amministratore* y entra dentro del ámbito de la plena capacidad de obrar del beneficiario. En tales casos, resulta posible la posterior ratificación por el beneficiario cuando tenga capacidad de discernimiento del significado del acto y sus efectos.

⁵⁹ Si el *amministratore* tiene funciones de representación y el beneficiario no tiene capacidad de discernimiento respecto del acto de que en cada caso se trate, su disenso no impedirá la realización de aquel ni tampoco será anulable. En cambio cuando esté dotado de cierta capacidad, el *amministratore* ha de informar del disenso existente al juez, antes de la realización del acto (*cf.* art. 410 *Codice civile*). El juez valorará el disenso así como la capacidad del beneficiario y proveerá lo adecuado (*cf.* CORTELLONI, «*Commentario al artículo 412 CC*», *cit.*, p. 878). Si no dispone nada, el acto en principio habrá de entenderse válido. De otra parte, cuando el *amministratore* solo tenga funciones de asistencia parece que en caso de disenso será necesaria la remisión de la cuestión al juez para que provea lo oportuno, incluyéndose entonces en la previsión del artículo 410 CC. En caso de realización del acto con la negativa del beneficiario –se entiende que capaz– el acto será en «*violazione di disposizioni di legge*» y será anulable. Sobre la posibilidad de nombramiento de un «*curatore speciale*» en el sentido del artículo 395 *Codice civile* en caso de que permanezca el «*disenso*» *vid.* DELLE MONACHE, «*Prime note sulla figura dell'amministrazione di sostegno: profili di diritto sostanziale*», *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2004, II, p. 49. De todos modos, no es una cuestión uniforme en la doctrina (*cf.* CORTELLONI, «*Commentario al artículo 412 CC*», *cit.*, p. 880). Por último, la posibilidad de anulación de un acto por el incumplimiento de cualquier deber resultaría, a nuestro juicio, a nuestro juicio, una sanción excesiva. En tal sentido, en la doctrina se ha aludido a que exista un «*aperto e stridente contrasto*» con los deberes del artículo 410 *Codice civile* y, de manera especial, se apunta que cabrá tal anulación cuando el administrador desatienda tales deberes de manera sistemática y continua o genere un grave daño a los intereses de la persona o del patrimonio del beneficiario (*cf.* BORTOLUZZI, *L'amministrazione di sostegno...*, *cit.*, p. 177).

determinados actos sin la autorización judicial que debe pedir el *amministratore*. De todos modos, ello únicamente tendrá lugar cuando la *amministrazione* sea de representación –no de asistencia– y el *amministratore* realice el acto por cuenta y en nombre del beneficiario⁶⁰. En concreto, del texto del *Codice civile* se deriva que se requiere autorización previa para la realización de los actos contenidos en los artículos 374, 375 y 376 *Codice civile*, en sede de tutela, cuando en el decreto de nombramiento se incluya entre las funciones del *amministratore* la posibilidad de realizar tales actos en el sentido del artículo 405 *Codice civile*⁶¹.

La autorización judicial a que aluden los preceptos señalados ha de ser previa, tal y como es admitido comúnmente por la doctrina –nada señala al respecto el *Codice civile*–⁶². Y es que es entonces cuando el juez podrá determinar con libertad y a la vista de todos los datos relativos al acto que se va a llevar a cabo si concede o no tal autorización. Así las cosas, el *Codice civile* no recoge en sede de *amministrazione di sostegno* criterio alguno a que deba

⁶⁰ En los casos en que se trate de *amministrazione* de solo asistencia se discute si el *amministratore* debe o no contar con la autorización prevista en los actos de los artículos 374 y 375 CC. Ciertamente, con el que disintimos, entiende que debe tenerse preventivamente, mientras que otros creen que la ausencia de referencia en materia de curatela excluye la aplicación de esta normativa por vía analógica (entre otros, parece opinar así, CASSANO, *L'amministrazione di sostegno...*, cit., p. 10).

⁶¹ Con todo, no ha de olvidarse que el beneficiario conserva intacta la capacidad de obrar y de realizar de manera autónoma los actos no expresamente señalados en el decreto de nombramiento. Finalmente, a lo que parece, el decreto también ha de señalar el régimen de las eventuales autorizaciones del juez tutelar ex artículos 374 y 375 *Codice civile* (cfr. MORELLO «*L'amministrazione di sostegno; delle regole ai principi*», cit., 2004, p. 226). Así, el artículo 374 *Codice civile* establece que «*il tutore non può senza l'autorizzazione del giudice tutelare: 1) acquistare beni, eccettuati i mobili necessari per l'uso del minore, per la economia domestica e per l'amministrazione del patrimonio; 2) riscuotere capitali, consentire alla cancellazione di ipoteche o allo svincolo di pegni, assumere obbligazioni, salvo che queste riguardino le spese necessarie per il mantenimento del minore e per l'ordinaria amministrazione del suo patrimonio; 3) accettare eredità o rinunciare, accettare donazioni o legati soggetti a pesi o a condizioni; 4) fare contratti di locazione d'immobili oltre il novennio o che in ogni caso si prolunghino oltre un anno dopo il raggiungimento della maggiore età; 5) promuovere giudizi, salvo che si tratti di denunce di nuova opera o di danno temuto, di azioni possessorie o di sfratto e di azioni per riscuotere frutti o per ottenere provvedimenti conservativi*». Por su parte, el artículo 375 *Codice civile* dispone que «*il tutore non può senza l'autorizzazione del tribunale: 1) alienare beni, eccettuati i frutti e i mobili soggetti a facile deterioramento; 2) costituire pegni o ipoteche; 3) procedere a divisioni o promuovere i relativi giudizi; 4) fare compromessi e transazioni o accettare concordati. L'autorizzazione è data su parere del giudice tutelare*». Y, finalmente, el artículo 376 *Codice civile* apunta que «*nell'autorizzare la vendita dei beni, il tribunale determina se debba farsi all'incanto o a trattative private, fissandone in ogni caso il prezzo minimo. Quando nel dare l'autorizzazione il tribunale non ha stabilito il modo di erogazione o di reimpiego del prezzo, lo stabilisce il giudice tutelare*».

⁶² Vid., por todos, BONILINI, «*L'invalidità degli atti posti in essere in violazione di disposizioni di legge o del giudice*», en BONILINI-CHIZZINI, *L'amministrazione di sostegno*, Cedam, Padova, 2004, p. 215 quien afirma que «*no si possa ammettere né un'autorizzazione tardiva, né una successiva approvazione od omologazione del negozio da parte della stessa autorità che avrebbe dovuto autorizzarlo, ché l'utilità del controllo sussiste solo se l'autorizzazione sia concessa prima del compimento dell'atto*».

ajustar el juez tal decisión, de modo que únicamente valorará los intereses personales y patrimoniales del beneficiario⁶³. Por otra parte, parece que únicamente se admitirá autorización ulterior cuando la necesidad de realización del acto de los que incluyen los artículos 375 y 376 *Codice civile* sea sobrevenida respecto del conferimiento del encargo y de la redacción del decreto⁶⁴.

Sea ello como fuere, el artículo 412 *Codice civile* establece expresamente una sanción para los actos realizados en vulneración de la legislación –entre los que hemos incluido la realización de actos sin la autorización judicial cuando sea preceptiva–: la posibilidad de ser anulado –«*possono essere annullati*»– (art. 412 *Codice civile*). Según se advierte, el *Codice civile* establece el criterio de la anulabilidad para tales actos a fin de conceder protección al beneficiario. Viene, por tanto, a confirmar la sanción que el artículo 377 *Codice civile* señala para los actos que, necesitando autorización judicial en sede de tutela de menores, se realizan sin ella⁶⁵.

Asimismo, el artículo 412 *Codice civile* indica que están legitimados para impugnar el acto realizado sin autorización judicial por el *amministratore di sostegno*, él mismo, el Ministerio Fiscal y el beneficiario o sus herederos o causahabientes⁶⁶. En este punto, ha de señalarse que la legitimación del Ministerio Fiscal ha suscitado un interesante debate en la doctrina italiana relativo a la existencia o no de un interés público superior en tales casos; interés que no existe en los supuestos comunes de anulabilidad en los que, en consecuencia, no se legitima al Ministerio Fiscal para el ejercicio de la acción⁶⁷.

⁶³ Cfr. BORTOLUZZI, *L'amministrazione di sostegno...*, cit., p. 148. De todos modos, no estaría de más que señalase de manera expresa la aplicabilidad del criterio de la utilidad o necesidad como sucede en otros ámbitos.

⁶⁴ Cierta doctrina entendía viciado de nulidad por vulneración del orden público –y no de mera anulabilidad– el acuerdo entre el *amministratore* y el tercero por el que el primero se compromete a obtener autorización posterior del tribunal para hacer válido el acto ya realizado con él. La autorización, para ser tal, debe ser siempre anterior y, en caso negativo, el acto realizado debe entenderse anulable en el sentido del artículo 412 CC.

⁶⁵ En particular, el artículo 377 *Codice civile* dispone que «*gli atti compiuti senza osservare le norme dei precedenti articoli possono essere annullati su istanza del tutore o del minore o dei suoi eredi o aventi causa*». De contenido similar es el artículo 322 *Codice civile* que, en sede de potestad parental, establece que «*gli atti compiuti senza osservare le norme dei precedenti articoli del presente titolo possono essere annullati su istanza dei genitori esercenti la potestà o dei suoi eredi o aventi causa*».

⁶⁶ Respecto de los actos realizados por el beneficiario, el artículo 412 *Codice civile* contiene la misma legitimación señalada en el texto con la única diferencia de la exclusión del Ministerio Fiscal. A lo que parece, en el primer caso se permite su intervención por la dimensión pública del encargo al *amministratore*, mientras que el acto realizado exclusivamente por el beneficiario carece de esa dimensión, siendo eminentemente privado. Con todo, no faltan autores que entienden que el Ministerio Fiscal también tiene legitimación en este último caso, siendo la ausencia de referencia expresa un mero olvido del legislador (cfr. CORTELLONI, «*Commentario al articolo 412 CC*», cit., p. 899).

⁶⁷ Negando la existencia de ese interés público en el caso de los actos realizados por el *amministratore* Vid., por todos, BORTOLUZZI, *L'amministrazione di sostegno...*, cit., p. 188. Sea ello como fuere, lo que sí parece claro es que el Ministerio Público nunca

3.3 VALORACIÓN CRÍTICA

Reseñada la sanción que en el ordenamiento jurídico italiano se impone a los actos realizados por el *amministratore di sostegno* sin la preceptiva autorización judicial, cabe efectuar dos valoraciones.

De una parte, resulta un acierto que el *Codice civile* señale expresamente la sanción aplicable a tales actos, lo que, lógicamente, ha impedido la existencia de las diversas y contrapuestas soluciones jurisprudenciales que han tenido lugar en España. Ahora bien, a nuestro juicio, y al consistir la autorización en una legitimación al representante que actúa, la anulabilidad no resulta la sanción más adecuada. Y es que al señalar que el acto es anulable parece reconducir el defecto de la autorización a una cuestión de capacidad y, sobre todo –y esto es lo más importante– permite el mantenimiento del acto anulable en caso de que no se impugne. Esto último conlleva minusvalorar o eliminar *de facto* tal requisito de la autorización. Ciertamente se trata de un acto claudicante durante el plazo para el ejercicio de la acción, pero se convierte en definitivo –a pesar de carecer de la autorización judicial que expresamente se exige– tras dicho lapso de tiempo.

De otra parte, en mi opinión, no resulta del todo adecuado ni que eliminar no se recoja de manera expresa el carácter previo de la autorización judicial ni que se conceda legitimación al Ministerio Público para impugnar el acto. Y es que existen otros modos de defender los intereses en juego sin hacer intervenir al Ministerio Fiscal, habida cuenta de la inexistencia de un interés público superior en este ámbito.

4. CONCLUSIONES

Una vez efectuado el examen de la sanción aplicable para el acto realizado por un tutor o un *amministratore di sostegno* sin la preceptiva autorización judicial tanto en el ordenamiento jurídico español como en el italiano cabe extraer una serie de conclusiones.

podría convalidar los actos a que aludimos, pues, en ningún caso, reuniría la condición de «*contraente*» ex artículo 1444 CC, que dispone que «*il contratto annullabile può essere convalidato dal contraente al quale spetta l'azione di annullamento, mediante un atto che contenga la menzione del contratto e del motivo di annullabilità, e la dichiarazione che s'intende convalidarlo. Il contratto è pure convalidato, se il contraente al quale spettava l'azione di annullamento vi ha dato volontariamente esecuzione conoscendo il motivo di annullabilità. La convalida non ha effetto, se chi l'esegue non è in condizione di concludere validamente il contratto*».

En primer lugar, y aunque no referido de manera concreta a la sanción a que aludimos, entiendo que en España es preciso efectuar una adaptación de la legislación para adecuarla al contenido de la Convención de Naciones Unidas de 2006 sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad introduciendo alguna figura tuitiva –o modificando alguna existente– que permita dar protección sin que exista una declaración global de incapacidad y sin una sustitución general de la voluntad de la persona. Lo anterior, en modo alguno exige la eliminación de la figura de la modificación judicial de la capacidad de obrar o incapacitación –quizá sí un cambio terminológico– pues resultará de utilidad para los casos más extremos –piénsese, por ejemplo, en ancianos con Alzheimer avanzado–. Ahora bien, tal adaptación puede seguir las pautas del ordenamiento jurídico italiano donde, como se ha dicho, se ha eliminado la dualidad ya referida de capacidad-incapacidad.

En segundo lugar, entiendo que resultaría adecuado que el ordenamiento jurídico español estableciese de manera expresa tanto el carácter previo de la autorización judicial en los casos en que sea preceptiva como la sanción aplicable a los actos realizados sin ella. En tal sentido, creo más adecuado el criterio jurisprudencial español que el régimen legal italiano que considera anulable tal negocio. En efecto, resulta más adecuado concebir al negocio realizado sin autorización judicial como un negocio en formación por asimilación a la figura del efectuado por el *falsus procurator*, antes que como un negocio que resulta anulable. Quizá la modificación legal del Código civil español para introducir estas cuestiones sea la ocasión para repensar el régimen de la invalidez e ineficacia o, si se quiere, de perfilar su regulación legal. En tal sentido, algún autor ha defendido que no estaría de más el reconocimiento como categoría específica de ineficacia distinta de la nulidad y anulabilidad la impugnación aplicable a los contratos válidos pero que adolecen de representación, como el del supuesto que comentamos⁶⁸.

Y, finalmente, cabe concluir también que la solución de concebir el acto efectuado sin autorización judicial como incompleto pero susceptible de ratificación, no enerva el problema relativo a la imposibilidad del tutelado de efectuarla cuando padezca una enfermedad que no tenga visos de remitir. Así las cosas, el legislador habría de habilitar un remedio que permita sortear tal dificultad, como podría ser, por ejemplo, una autorización judicial *a posteriori* de carácter excepcional.

⁶⁸ Vid. FAJARDO FERNÁNDEZ, «Comentario a la sentencia de 22 de abril de 2010», *cit.*, pp. 405 y ss.