

El nuevo artículo 1387 CC: su interpretación a la luz de la regulación de la discapacidad de la Ley 8/2021 y propuestas de *Lege Ferenda*¹

MARÍA TERESA MARTÍN MELÉNDEZ

Profesora Titular de Derecho civil

Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid

RESUMEN

El presente trabajo tiene como finalidad analizar el alcance de la modificación que la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, ha llevado a cabo de forma particular sobre el artículo 1387 CC, referido a la atribución automática de la administración de la sociedad de gananciales en caso de discapacidad de un esposo y nombramiento de curador con facultades de representación plena del otro, así como la incidencia en el mismo de la nueva regulación de la discapacidad en general. Para ello se estudia tanto el supuesto de hecho de la norma como su consecuencia jurídica, cuya regulación se perfila en el artículo 1389 CC, precepto que se aborda también desde esta perspectiva. Se concluye con un listado de conclusiones y unas propuestas de lege ferenda, como aportación para una mejora de la regulación de esta materia en el futuro.

¹ Este estudio, cerrado el 24 de junio de 2021, se enmarca dentro de la actividad del Grupo de Investigación Reconocido, «Nuevo Derecho de la persona, de los contratos y de daños», cuyo Coordinador es Santiago Hidalgo García.

Por otra parte, el lector ha de tener en cuenta que, dado que la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, se ha publicado muy recientemente, en este trabajo se ha utilizado bibliografía referente al Anteproyecto (publicado en el Punto de Acceso a los trámites de consulta pública previa y de audiencia e información pública del Ministerio de Justicia, el 26 de septiembre de 2018), al Proyecto de la misma (BOCG, Congreso de los Diputados, 17 de julio de 2020) o al Informe de la Ponencia de Congreso sobre dicho Proyecto, tal y como se recoge en su Anexo (BOCG, Congreso de los Diputados, 18 de marzo de 2021), texto que fue el definitivamente aprobado, además de obras referidas a la situación legislativa anterior. Todo ello, aparte, como es obvio, de la bibliografía referente a la sociedad de gananciales y otras materias.

PALABRAS CLAVE

Discapacidad, Sociedad de gananciales, Administración, Disposición, Curador con facultades de representación plena, Autorización judicial, Nullidad, Anulabilidad, Artículos 1387, 1388, 1389 y 1393 CC.

The new article 1387 of the Civil Code: its interpretation related with the disability regulation of Law 8/2021 and *Lege Ferenda* proposals

ABSTRACT

The purpose of this work is to analyze the scope of the reform that Law 8/2021, of June 2nd, which reforms civil and procedural legislation to support people with disabilities in the exercise of their legal capacity, has carried out in a particular way on article 1387 CC, referring to the automatic attribution of the administration of the community of property in case of disability of a spouse and designation of a curator with powers of full representation of the other, as well as the incidence in this article on the new regulation of disability in general. For this, both the factual assumption of the norm and its legal consequence, whose regulation is outlined in article 1389 CC, are studied. This precept is also studied from this perspective. It concludes with a list of conclusions and some lege ferenda proposals, as a contribution to improving the regulation of this matter in the future.

KEY WORDS

Disability, Community property, Administration, Disposition, Curator with powers of full representation, Judicial authorization, Nullity, Voidability, Articles 1387, 1388, 1389 and 1393 CC.

SUMARIO: I. *Introducción.*–II. *El artículo 1387 CC.* 1. Generalidades y planteamiento. 2. Supuesto de hecho: elementos constitutivos. 2.1. Que el cónyuge de la persona con discapacidad haya sido nombrado su curador. A) *Discapacidad anterior o posterior al matrimonio.* B) *Curador distinto del cónyuge: ¿cabe la aplicación del artículo 1388 CC?* 2.2. Que la resolución judicial haya determinado que el esposo con discapacidad requiere, como medida de apoyo, curatela con «facultades de representación plena». A) *Delimitación del significado de la expresión «facultades de representación plena».* B) *Alcance de las «facultades de representación plena» del cónyuge curador del artículo 1387 CC: ámbi-*

tos patrimonial y personal. C) Cónyuge curador con facultades de representación de carácter limitado. D) ¿Podrá el esposo curador sin «facultades de representación plena» o sin facultades de representación, acudir al artículo 1388 CC para que se le atribuya la «administración» de la sociedad de gananciales? E) Supuesto de nombramiento de dos o más curadores. F) Otras medidas de apoyo: en especial los poderes preventivos que atribuyen «facultades de representación plena» al cónyuge. G) La autocratela: propuesta en favor del cónyuge o de un tercero. 2.3. El supuesto del cónyuge representante legal de su consorte declarado ausente. 3. Consecuencia jurídica: la transferencia de la administración y la disposición de los bienes de la sociedad de gananciales. 3.1. Generalidades. 3.2. Alusión al artículo 1388 CC. 3.3. La concentración de la administración y la disposición en el cónyuge curador. 3.4. Alcance de las facultades de administración y disposición del patrimonio ganancial conferidas al esposo curador. A) «Cautelas y limitaciones» establecidas por el Juez «en interés de la familia». B) La autorización judicial. a) Casos en los que se requiere. b) Consecuencias de la falta de autorización cuando ésta es necesaria y el acto de disposición es a título oneroso: la anulabilidad del acto. c) Consecuencias de la falta de autorización judicial cuando el acto de disposición es a título gratuito. C) Posibilidad de obligar el patrimonio privativo del cónyuge con discapacidad. D) Otros aspectos relevantes.—III. Conclusiones.—IV. Propuestas de Lege Ferenda.—Bibliografía.—Jurisprudencia.—Resoluciones de la Dirección General de los Registros y el Notariado.

I. INTRODUCCIÓN

La Ley 8/2021, de 2 de junio, *por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica*², en el cumplimiento de su objetivo de culminar la adaptación de nuestro ordenamiento jurídico a la *Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*, hecha en Nueva York de 13 de diciembre de 2006³ y ratificada por España en Instrumento de 23 de noviembre de 2007 (BOE 23.4.2008)⁴, modifica varias Leyes pri-

² BOE 3 de junio de 2021.

³ Tal y como nos recuerda TORRES GARCÍA, *RDC*, 2018, p. 1: «El Comité para los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas, el 11 de octubre de 2011, tras examinar las acciones desarrolladas por España, recomendaba “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 adopción de decisiones por una asistencia para la toma de decisiones que respete la autonomía de la voluntad y las preferencias de la personas”».

⁴ Desde su ratificación por España, se han publicado varias Leyes dirigidas a adaptar nuestra legislación a dicho convenio. Es el caso de la Ley 26/2011, de adaptación normati-

mordiales en nuestro ordenamiento jurídico (Ley del Notariado, Código Civil, Ley Hipotecaria, Ley de Enjuiciamiento civil, Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, Ley del Registro Civil, Ley de Jurisdicción Voluntaria, Código Penal y Código de Comercio), siendo la más importante, como no podía ser de otra manera, la modificación que opera en el Código Civil, dado su carácter sustantivo y que es la sede fundamental de la regulación de la capacidad de las personas⁵, tal y como se ocupa de destacar la propia Exposición de Motivos de la Ley, al decir que «La reforma que... introduce en el Código Civil es la más extensa y de mayor calado, pues sienta las bases del nuevo sistema basado en el

va a la convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley general de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, la Ley Orgánica 1/2017, de 13 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, para garantizar la participación de las personas con discapacidad sin exclusiones, y la Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, para la modificación de la Ley Orgánica 5/1985, del régimen electoral general, para garantizar el derecho de sufragio a todas las personas con discapacidad.

Sobre la adaptación de otros Derechos civiles españoles distintos del común, a la Convención de Nueva York y refiriéndose en especial al Derecho aragonés, *vid.* MAYOR DEL HOYO, *RCDI*, 2020, pp. 3372 y ss., y MAYOR DEL HOYO, *Diario La Ley*, 2021, pp. 1 y ss.

⁵ Ya con anterioridad, la jurisprudencia del Tribunal Supremo había declarado la necesidad de aplicar nuestra legislación interpretándola a la luz de la Convención de Nueva York, siendo hito de ello la STS 29.4.2009 (RJ 2009\2901, Ponente Excmo. Sra. D.^a Encarnación Roca Trías) a la que siguen otras que optan por la curatela como medida flexible frente a la tutela, considerando que puede afectar, no sólo a la estera patrimonial del sujeto sino también a la personal y que el curador puede ostentar funciones no simplemente asistenciales, sino también, en su caso, representativas. Como ejemplo de esta tendencia, podemos citar: STS 11.10.2012 (RJ 2012\9173, Ponente Excmo. Sr. D. Mariano de Oro-Pulido López); STS 24.6.2013 (RJ 2013\3948, Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana); STS 20.10.2014 (RJ 2014\5610, Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana); STS 27.11.2014 (RJ 2014\6032, Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana); STS 29.4.2015 (RJ 2015\2208, Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz); STS 13.5.2015 (RJ 2015\2023, Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo); STS 20.10.2015 (RJ 2015\4900, Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz); STS 14.10.2015 (RJ 2015\4755, Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana); STS 3.6.2016 (RJ 2016\2311, Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana); STS 16.5.2017 (RJ 2017\2207, Ponente Excmo. Sra. D.^a María de los Ángeles Parra Lucán); STS 27.9.2017 (RJ 2017\5913, Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana); STS 11.10.2017 (RJ 2017\4290, Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo); STS 8.11.2017 (RJ 2017\4760, Ponente Excmo. Sra. D.^a María de los Ángeles Parra Lucán); STS 7.3.2018 (RJ 2018\934, Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz); STS 15.3.2018 (RJ 2018\1090, Ponente Excmo. Sra. D.^a María de los Ángeles Parra Lucán); STS 15.6.2018 (RJ 2018\2449, Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz); STS 17.9.2019 (RJ 2019\3610, Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg); STS 19.2.2020 (RJ 2020\392, Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas); STS 3.12.2020 (RJ 2020\4815, Ponente Excmo. Sra. D.^a María de los Ángeles Parra Lucán). *Id.*, en general, sobre esta labor del Tribunal Supremo: PARRA LUCÁN, *AAMN*, 2019, pp. 471-494. Sobre la utilidad de la jurisprudencia anterior a la reforma, pero dictada a la luz de la Convención de Nueva York, *vid.*: SEIJAS QUINTANA, *RPT*, 2020, pp. 1 y ss.; DE LA IGLESIA MONJE, 2020, pp. 155 y ss.

respeto a la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad, el cual informa toda la norma y se extrapola a través de las demás modificaciones legales al resto de la legislación civil y la procesal».

Con esta Ley se trata de plasmar en la legislación española en general y en el Código Civil en particular⁶, las que se han llamado «ideas fuerza» del artículo 12 de la Convención que, tal y como ha puesto de manifiesto García Rubio, serían las siguientes: 1. La idea de «capacidad jurídica» como comprensiva de las tradicionalmente llamadas, capacidad jurídica y capacidad de obrar. Esta distinción, se entiende, propiciaba un sistema como el anterior, en el que se podía discriminar a la persona con discapacidad, negándole esta última y decretando su sustitución en la toma de decisiones en los casos de «discapacidad cognitiva de cierta entidad», sistema calificado de « eminentemente paternalista, basado en una concepción médica de la discapacidad y transido de la idea del mejor interés de la persona que la padece » y, por todo ello, « radicalmente incompatible » con el artículo 12 de la Convención, la cual exige la instauración de un « modelo social de la discapacidad basado en la dignidad de la persona y de los derechos humanos que le son inherentes »⁷. 2. « El modelo sustitutivo en la toma de decisiones » ha « de ser reemplazado por el de apoyo a la persona con discapacidad en la toma de sus propias decisiones », entendiéndose por « apoyo », no « simplemente la medida de autoridad institucionalizada y reglada en un Código o en otra norma del rango y naturaleza que sea », sino « un término mucho más amplio que a veces puede encontrarse en realidades puramente fácticas y que en otras requerirá una más acabada construcción técnico-jurídica »⁸. 3. Establecimiento en el

⁶ Vid., sobre la trascendencia del cambio en la regulación exigido por la Convención de Nueva York, LINACERO DE LA FUENTE, *LN*, 2020, pp. 84 y ss., la cual lleva a cabo una minuciosa crítica del Proyecto de Ley de 2020.

⁷ Vid., GARCÍA RUBIO, *AAMN*, 2018, pp. 151, 152 y 153. Contra este « modelo social » se muestra beligerante parte de la doctrina; por ejemplo, ALEMANY, 2021, p. 43-44, declarando: « La concepción biomédica de la enfermedad y de la discapacidad, la concepción científica, no se opone a la concepción social de la enfermedad y la discapacidad (piénsese en la disciplina de la medicina social), se opone al denominado « modelo social ». Y la defensa de este tan discutible modelo parece requerir del refuerzo de la coacción de lo políticamente correcto »; este mismo autor, en 2021, pp. 21 y ss., se posiciona a favor del « paternalismo jurídico justificado » frente a lo que considera « antipaternalismo desproporcionado ».

⁸ Vid., GARCÍA RUBIO, *AAMN*, 2018, p. 153, que añade: « apoyo es un término amplio que engloba todo tipo de actuaciones, que pueden ir desde el acompañamiento amistoso, la ayuda técnica en la comunicación de declaraciones de voluntad, la ruptura de barreras arquitectónicas y de todo tipo, el consejo, o incluso la toma de decisiones delegadas por la persona discapacitada ». Por su parte, señala PAU PEDRÓN, *RDC*, 2018, pp. 8 y 9, que no se trata de un « apoyo paternalista » que se produzca de arriba hacia abajo, sino de un « apoyo atento » (a la voluntad, a los deseos y a las preferencias de la persona), que se produce de abajo hacia arriba.

ordenamiento jurídico de los Estados, de «todas las «medidas de salvaguarda» que sean adecuadas y efectivas para que este modelo se respete», de modo que, no sólo se garantice «la toma de decisiones por la persona con discapacidad, con los apoyos que sean necesarios», sino también, que impidan que la persona que preste el apoyo « ejerza una influencia indebida (presiones, amenazas, agresión, manipulación, etc.) sobre la persona discapacitada»⁹.

Conforme a todo lo anterior, la modificación esencial y mollar que realiza la Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad, es la que se lleva a cabo a través de la nueva redacción de los Títulos IX («De la tutela y la guarda de los menores»), X («De la mayor edad y la emancipación»), XI («De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica») y XII («Disposiciones comunes») del Libro I del Código Civil, que parte, tal y como se desprende de su Exposición de Motivos, de que nadie puede verse privado de su capacidad jurídica, ni sufrir su modificación¹⁰, por ser ésta un rasgo inherente a la dignidad humana y, su ejercicio, una cuestión de derechos humanos; de ahí que también pase a ser piedra angular de la reforma, el *respeto a la voluntad, a las preferencias y a los deseos de la persona con discapacidad*, que es lo que constituye ahora, según parte de la doctrina, el verdadero y mejor interés de la misma¹¹.

⁹ Vid., GARCÍA RUBIO, *AAMN*, 2018, pp. 154 y 155. Tal y como dice la autora, en la citada p. 154: «se trata de que se dispongan las garantías que sean necesarias para asegurar el reconocimiento *tout court* de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en el ejercicio de sus derechos y en la toma de sus propias decisiones».

¹⁰ Como señala SEIJAS QUINTANA, *RPT*, 2020, p. 3, la condición de persona con discapacidad, no deriva de una resolución judicial que prive o modifique la capacidad de la persona, sino que serán personas con discapacidad, conforme al artículo 1 de la Convención de Nueva York, las «personas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás».

¹¹ Vid., GARCÍA RUBIO, *AAMN*, 2018, p. 173, que añade: «Este planteamiento de base se hace en la inteligencia de que, como regla general, es la persona con discapacidad y sólo ella quien puede considerarse encargada de decidir cuál es su mejor interés, incluso aunque se equivoque, pues las personas con discapacidad tienen el mismo derecho a equivocarse que todas las demás». No obstante, en nuestra opinión, el interés de la persona con discapacidad ha de seguir siendo la guía de cualquier establecimiento de apoyos o actuación, sin perjuicio de que haya de atenderse, en primer lugar, para determinar cuál sea éste, a la voluntad, deseos y preferencias de la persona, debiéndose prescindir de ello cuando, de no hacerlo, se cause un perjuicio a la persona con discapacidad. En esta línea, vid., PETIT SÁNCHEZ, *RDC*, 2020, pp. 265-313, que expone la problemática y posturas al respecto y aboga (p. 306) por un equilibrio «entre la autonomía de la voluntad y la adecuada protección de la persona en la toma de decisiones que le afecten personal o patrimonialmente». Por su parte, SERRANO GARCÍA, 2020, pp. 82 y ss., además de mostrarse crítico con la reforma propuesta en el Anteproyecto y romper una lanza en favor de la tutela como medida representativa no necesariamente sustitutiva (p. 85), se muestra muy crítico (p. 86) con la existencia de un «derecho a equivocarse» y advierte sobre los perjuicios que puede conllevar para el propio sujeto con discapacidad y de que «la equivocación de la persona que precisa de apoyos puede multiplicar las acciones de anulación de contratos celebrados

Este punto de partida lleva a la sustitución del sistema anterior, basado en la idea de «incapacitación», por otro basado en la idea de «apoyo» a la persona con discapacidad, de modo que han de ponerse a disposición de ésta todos los que precise para poder ejercer su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás, eliminando las barreras que se lo impiden, conforme a lo previsto por el a. 12 de la Convención¹². Desde esta perspectiva, se entiende que se

por las personas con discapacidad». Por su parte, MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, *DLL*, 2021, p. 8, ha puesto de manifiesto que, a pesar del papel central de la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, existen preceptos en los que subyace la idea, no de protección frente a los abusos en establecimiento y actuación de las medidas de apoyo (propia de la Convención y de la reforma), sino en el sentido de protección de la persona con discapacidad frente a su propia voluntad y en alguno, aparece expresamente esta idea (arts. 261 CC y 762 LEC). Por otra parte, en todo caso, tal y como señala MUNAR BERNAT, 2021, p. 183, cuando nos hallemos ante personas que no hayan podido manifestar su voluntad y preferencias en ningún momento y, por tanto, no sea posible descubrir cuáles sean éstas, quien preste el apoyo deberá actuar orientado por lo que él entienda que es el interés de esa concreta persona con discapacidad.

¹² Por nuestra parte, creemos que muchas de las insuficiencias derivadas de la regulación surgida de la Ley de 24 de octubre de 1983, no procedían de ella misma, sino de la forma en que se ha aplicado, muchas veces, por la falta de medios materiales y humanos de nuestros juzgados y por la falta de especialización en la materia de quienes han de intervenir en el procedimiento, con una u otra función. Igualmente, hemos de decir que estamos de acuerdo con las críticas que ALEMANY, *RPT*, 2020, pp. 1 y ss., hace al «modelo social» de la discapacidad derivado de la interpretación a la Convención de Nueva York que ha realizado el Comité de la Naciones Unidas de los Derechos de las Personas con Discapacidad, el 19 de mayo de 2014; interesantes y atinadas nos parecen también sus reflexiones en ALEMANY, 2021, pp. 21 y ss. Ofreciendo otras posibles interpretaciones al artículo 12 de la Convención de Nueva York, que se separan de la de la Observación del citado Comité, dándole un sentido más pegado a la realidad y más compatible con conceptos básicos que tradicionalmente han estado presentes en nuestro ordenamiento jurídico: ATIENZA RODRÍGUEZ, *RIV*, 2016, núm. 53, pp. 262-266; PEREÑA VICENTE, *RDP*, 2014, pp. 16 y ss., siendo también destacable que, en pp. 11 y 12, tras señalar que «La Convención no proscribiera la representación. Todo lo contrario, es una exigencia de la misma cuando las circunstancias la hagan necesaria», añade, creemos que con toda la razón: «La Convención nos brinda una oportunidad única para mejorar, para revisar nuestra legislación y, sobre todo, nuestra práctica. Porque, si el marco legal español, aunque necesitado de ajuste, no está muy alejado de sus principios, la realidad es que la práctica, como ha ocurrido en los países de nuestro entorno, lo ha desvirtuado y nuestro sistema vulnera muchos de los principios y objetivos de la Convención porque ni siquiera respeta los propios principios y objetivos que consagró la reforma del Código Civil» de 1983; a partir de la Convención, de lo que se trata es de «cómo potenciar la autonomía de la persona protegida». MAGARIÑOS BLANCO, *RDC*, 2018, p. 202, criticaba que el artículo 248 CC del Anteproyecto, no determinara en el párrafo 1, las causas que podrían justificar las medidas de apoyo, tema éste al que se ha tratado de hacer frente con el texto definitivo del artículo 249 CC (que se refiere a la «ausencia o insuficiencia de la voluntad de la persona») pero, como dice MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, *DLL*, 2021, p. 3, utilizando una «formulación, fragmentaria, confusa e insuficiente» que parece realizada «de forma un poco vergonzante». En esta línea, *vid.*, también, denunciando la inseguridad jurídica que generaba la regulación del Proyecto de 2020, que en muchos puntos puede predicarse también del texto definitivo, PALLARÉS NEILA, *AC*, 2020, pp. 1 y ss., o, criticando en dicho Proyecto la no contemplación de la diversidad de las causas de discapacidad y su falta de concreción legal (que, finalmente, se ha tratado de corregir), la indeterminación de los casos de curatela representativa, la omisión del interés de la persona con discapacidad como guía de la actuación del curador representativo o la posibilidad de abusos derivados del sistema de apoyos, cuestiones todas ellas que siguen siendo planteables ante el texto definitivamente aprobado, SÁNCHEZ GÓMEZ, *RDC*, 2020, pp. 413 y ss., especialmente, pp. 417 y ss. Por su parte, ROGEL VIDE,

otorgue un papel fundamental a las medidas preventivas, es decir, a aquellas que el propio interesado puede tomar con vistas a una futura necesidad de apoyo (poderes y mandatos preventivos –arts. 256 a 262 CC– y autocuratela –arts. 271 a 274 CC–), hasta el punto de que se determina que las medidas «de origen legal o judicial sólo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate» (art. 249, p. 1 CC y en sentido similar, art. 255, último párrafo, CC) y que se regule, como la principal de ellas, la curatela, la cual se configura como medida judicial y «formal» de carácter asistencial, para las personas que necesiten apoyo continuado (art. 250, p. 5 CC) aunque en situaciones excepcionales, pueda llegar a tener carácter representativo, de modo que, en cada caso, tendrá el contenido y amplitud que requiera la persona con discapacidad, conforme a los principios de necesidad, proporcionalidad (art. 249, p. 5 CC) y revisión periódica (art. 268, p. 2 y 3 CC)¹³.

Por otra parte, como «efectos colaterales» de la reforma¹⁴, la tutela queda limitada a los menores no emancipados en situación de desamparo y a los menores no emancipados no sometidos a patria potestad (art. 199 CC); desaparecen la patria potestad prorrogada y rehabilitada; los emancipados, en los casos en que requieran el asentimiento de otras personas para realizar determinados actos, en defecto de progenitores, recibirán éste de un defensor judicial (arts. 247 y 248 CC), sin perjuicio de que pueda acudir-se al nombramiento de esta última figura, con carácter general, como medida de apoyo judicial, cuando se necesite el mismo de

RGLJ, 2021, pp. 7 y ss., critica con dureza tanto la Convención y como el Proyecto de Ley, del que dice que «pone patas arriba, destroza el entramado, la esencia misma de los conceptos y categorías esenciales del derecho de la persona, no en beneficio de los más débiles..., sino en su perjuicio, al desaparecer o disminuir la protección y las garantías pensadas para ellos, que hacen tránsito... de las potestades, controladas por el Juez, a las ambiguas “medidas de apoyo”». *Vid.*, la crítica que hace el ya citado MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAS, *DLL*, 2021, pp. 1 y ss., al texto definitivo, tratando de destacar también los aciertos de la reforma. Por último, la STS 29.4.2009 (RJ 2009/2901, Ponente Excm. Sra. D.^a Encarnación Roca Trías), declaró que la incapacitación era sólo una forma de protección de los discapacitados, no una medida discriminatoria de la persona. La siguieron, por ejemplo, la STS 11.10.2012 (RJ 2012/9713, Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana) o la STS 24.6.2013 (RJ 2013/3948, Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana).

Por otro lado, TORRES GARCÍA, 2015, p. 408, puso de manifiesto la posibilidad de que la Convención de Nueva York sólo afectara a la discapacidad que requiriese de curatela, pero no a la incapacitación que requiriese de tutela.

¹³ En este sentido, dice claramente SEIJAS QUINTANA, *RPT*, 2020, p. 4: «Sin duda, la curatela es el mejor instrumento de apoyo a estas personas... Ahora bien, la curatela es la excepción y no la regla... La autoridad judicial, dice el artículo 267 CC (Anteproyecto), constituirá la curatela cuando no exista otra medida de apoyo suficiente para la persona con discapacidad, correspondiendo a la autoridad judicial determinar los actos para las personas que requieran la intervención del curador, atendiendo a sus concretas necesidades de apoyo».

¹⁴ Así los denomina MUNAR BERNAT, *RDC*, 2018, p. 130.

forma «ocasional» en los supuestos del art. 295 CC; y, por último, la remisión cuya finalidad sea completar la regulación de otras medidas de apoyo a la persona con discapacidad, se hace, en cuanto figura central, a la curatela (arts. 223 y 224 –tutela–, art. 297 –defensor judicial– CC), ya no a la tutela. Por otro lado, se suprime la regulación de la prodigalidad «como institución autónoma» (que sí se regulaba en el Proyecto -arts. 300 y 301-, sometiendo el pródigo a «asistencia»), dado que, tal y como declara la Exposición de Motivos, se estima «que los supuestos contemplados por ella encuentran encaje en las normas sobre medidas de apoyo aprobadas con la reforma». Por último, se da gran importancia al papel de la guarda de hecho (arts. 263 a 267 CC), medida «informal» de apoyo (art. 250, p. 4 CC), reconociéndose su gran labor en la vida real, lo que lleva a transformarla en «una propia institución jurídica de apoyo, al dejar de ser una situación provisional cuando se manifiesta como suficiente y adecuada para la salvaguarda de los derechos de la persona con discapacidad» (Exposición de Motivos).

No obstante, al reformar el Código civil, el legislador no podía detenerse en la consideración de las normas que directamente habían de regular todo lo relativo a la capacidad de las personas dando por terminada su labor con la modificación del Libro I en los Títulos expresados, dado que, en otros muchos de sus preceptos, tanto dentro, como fuera del citado Libro, se ven implicadas cuestiones relativas a ésta, lo que le ha obligado a introducir alteraciones también en ellos. Entre estos otros artículos, se encuentran, incardinados en la regulación de la sociedad de gananciales (Libro IV, Título III, Capítulo IV, Sección 4.^a y 5.^a, respectivamente), los artículos 1387 y 1393.1 CC, los cuales, a pesar de su modificación, siguen manteniendo la misma relación que tenían antes de la reforma en lo referente a la discapacidad¹⁵ puesto que, como en la redacción surgida de la Ley de 13 de mayo de 1981, si bien en todos los casos previstos en el artículo 1387 CC será de aplicación el inciso primero del ordinal 1.º, del párrafo 1.º del artículo 1393 CC, no en todos los cubiertos por este último será aplicable el artículo 1387 CC al seguir siendo éste más exigente al configurar su supuesto de hecho que aquél; igualmente, ambos son coherentes con el espíritu o filosofía que inspira la reforma ya que, como veremos, el artículo 1387 CC reduce los supuestos en los que, por causa de discapacidad, un esposo puede verse privado totalmente de la facultad de gestionar el patrimonio ganancial, y el

¹⁵ Decimos «en lo referente a la discapacidad» porque el artículo 1387 CC ya no se refiere al «representante legal», con lo que ya no es aplicable a los casos de ausencia declarada de un esposo, mientras que éstos siguen contemplándose en el artículo 1393, p. 1, ord. 1 CC.

artículo 1393, p. 1, ord. 1.º, inciso primero, CC aminora, a su vez, los casos en los que el otro, unilateralmente, puede pedir judicialmente, sin contar con su cónyuge afectado por la discapacidad, la disolución de la sociedad.

Nosotros vamos a dedicar este trabajo a estudiar el alcance de la reforma realizada en el artículo 1387 CC, tanto por la modificación directa de su texto, como a consecuencia de la transformación de la regulación de la discapacidad en general, no deteniéndonos sólo en su supuesto de hecho, sino tratando también sus consecuencias jurídicas, establecidas en el artículo 1389 CC. Todo ello nos exigirá traer a colación los preceptos reformados a lo largo del Libro I del Código Civil, junto con otros de la Ley de Jurisdicción Voluntaria o de la Ley de Enjuiciamiento Civil, también modificadas, poniéndolos en relación con el resto de los artículos que regulan la sociedad de gananciales y el régimen económico matrimonial primario, no afectados por la nueva Ley, lo que exigirá llevar a cabo un complejo ejercicio de interpretación jurídica. Terminaremos nuestra exposición con las conclusiones del estudio y unas consideraciones *de lege ferenda* con vistas a una futura modificación de la regulación de los regímenes económicos matrimoniales.

II. EL ARTÍCULO 1387 CC

I. GENERALIDADES Y PLANTEAMIENTO

El nuevo artículo 1387 CC, *igual que antes de su modificación*, supone una excepción a la regla o principio general de la administración y disposición conjunta por parte de los cónyuges respecto al patrimonio ganancial, establecida en el artículo 1375 CC. Otros preceptos también atribuyen a un esposo la posibilidad de realizar actos de administración e, incluso, de disposición, por sí sólo, sobre ciertos bienes o en ciertos momentos (arts. 1381, 1382, 1384, 1385, 1386 CC), ya sea para facilitarle la administración de su propio patrimonio, ya por tratarse de bienes que están en su poder o figuran a su nombre, ya por estar en situaciones urgentes que exigen actuar de la misma manera (individualmente), sin poder esperar a obtener el consentimiento del otro esposo; pero, frente a ellos, el artículo que nos ocupa (al igual que el art. 1388 CC), supone la «transferencia», en general, de la administración y la disposición (el art. 1388 CC, en su tenor literal, la «administración»¹⁶) sobre

¹⁶ Más adelante aludiremos al alcance del artículo 1388 CC.

todo el patrimonio ganancial y con previsiones de continuidad en el tiempo¹⁷. Pues bien, el artículo 1387 CC, como consecuencia de la reforma de la Ley 8/2021, ha pasado de decir: «La administración y disposición de los bienes de la sociedad de gananciales se transferirá por el ministerio de la Ley al cónyuge que sea tutor o representante legal de su consorte», a establecer: «La administración y disposición de los bienes de la sociedad de gananciales se transferirá por el ministerio de la Ley al cónyuge nombrado curador de su consorte con discapacidad cuando le hayan sido atribuidas facultades de representación plena».

Como puede apreciarse, la *diferencia* entre la antigua redacción (surgida de la reforma del Código Civil realizada por la Ley de 13 de mayo de 1981) y la nueva radica en que, en la antigua, la administración y la disposición de los bienes gananciales se transfería, por ministerio de la Ley, al cónyuge que fuese «tutor o representante legal de su consorte», mientras que, en la regulación actual, esa transferencia opera únicamente en favor del cónyuge que haya sido nombrado curador de su esposo con «facultades de representación plena». Por tanto, el artículo *sigue exigiendo* que el consorte no

¹⁷ En el Código del Derecho Foral de Aragón (Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas), al tratar del consorcio conyugal, en la Compilación del Derecho civil Foral de Navarra (Ley 1/1973 de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, en su redacción proveniente de Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo), al tratar del régimen matrimonial de conquistas, y en el Código Civil de Cataluña (Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia), al tratar el régimen de comunidad de bienes, también se regula la atribución general de la gestión a un solo cónyuge con carácter continuado en el tiempo. El Código del Derecho Foral de Aragón lo hace en sus artículos 240 y 242 (art. 240: «Atribución de la gestión a uno solo de los cónyuges. El cónyuge cuyo consorte se encuentre *imposibilitado* para la gestión del patrimonio común podrá *solicitar del Juez* que se la confiera a él solo. El Juez podrá acceder a lo solicitado y señalar *límites o cautelas* a la gestión concedida, según las circunstancias»; artículo 242: «Concreción automática de facultades. La gestión del patrimonio común *corresponderá* al cónyuge del *incapacitado o declarado ausente*. Necesitará, no obstante, *autorización* del Juez o de la Junta de Parientes de su cónyuge para los actos de disposición sobre inmuebles o establecimientos mercantiles»). La Compilación del Derecho civil Foral de Navarra, en su Ley 94, p. 2, apartado 1, no otorga la administración o disposición de forma continuada («Cuando uno de los cónyuges se hallare impedido para prestar su consentimiento sobre uno o varios actos de administración o disposición de bienes de conquista, o se negare injustificadamente a otorgarlo, resolverá el juez»), pero sí lo hace el apartado 4, de la misma Ley y párrafo («La administración y disposición se transferirán *por ministerio de la Ley* al *tutor o representante legal* del cónyuge que tenga *modificada su capacidad de obrar*», lo que quiere decir que, si lo es el otro esposo, éste concentrará en su persona todas esas facultades, pero si es un tercero, éste y el cónyuge se ocuparán de la gestión). El Código Civil de Cataluña lo hace en el artículo 232-33.4 («En caso de *falta de capacidad de uno de los cónyuges o de imposibilidad de gestión conjunta*, la autoridad judicial *puede* conferir la administración de la comunidad y la disposición de los bienes comunes a uno solo de los cónyuges. También puede autorizar que uno solo haga actos dispositivos, en interés de la familia o si se produce otra justa causa, si el otro no da el consentimiento»).

afectado por la discapacidad *sea representante legal*¹⁸ del otro, si bien ahora como curador (ya que, como hemos señalado más arriba, la tutela ha desaparecido como medida de apoyo a las personas con discapacidad, pasando a referirse, exclusivamente, a «los menores no emancipados en situación de desamparo» o a «los menores no emancipados no sujetos a patria potestad» –art. 199 CC–), pero como la curatela se configura, en principio, como medida asistencial, se especifica que ha de contener esas facultades representativas. Desaparecen, así, las dudas que la redacción derogada suscitaba respecto a si también se transferiría la administración y la disposición de la sociedad al esposo que no fuera tutor, sino curador de su cónyuge, lo cual se planteaba por ser posterior la reforma del Código Civil en materia de tutela, que introdujo la curatela (Ley 13/1983, de 24 de octubre), a la de los regímenes económicos matrimoniales (Ley 11/1981, de 13 de mayo) de la que derivaba la redacción del artículo 1387 CC (ahora modificada por la Ley 8/2021) que, por esa razón (es decir, porque todavía no se había introducido la curatela), no podía hacer alusión expresa a ésta. Tal debate se resolvió inclinándose la mayoría de la doctrina por la exclusión de la curatela¹⁹, solución con la cual estamos de acuerdo, tanto porque, en nuestra opinión, así derivaba de la equiparación que hacía el tenor literal del propio precepto, entre el «tutor» y el «representante legal», al colocarlos al mismo nivel («tutor o representante legal de su consorte»), como del hecho de que si la voluntad del legislador hubiera sido que el artículo 1387 CC fuera aplicable también al esposo curador, así debería haberlo establecido, incluyéndolo en su texto aprovechando la reforma de 1983. Por otra parte, la desaparición, en la redacción actual, de la referencia expresa al «representante legal de su consorte», que antes ofrecía la posibilidad de aplicar la norma al menos en los casos en que, habiendo sido declarado ausente uno de los esposos, el otro hubiera sido nombrado su representante legal, deja en el aire qué ocurrirá a partir de ahora con ellos, aspecto que también abordaremos más adelante.

¹⁸ Utilizamos esta expresión en su acepción clásica que la contrapone a la representación voluntaria.

¹⁹ Vid. GUILARTE MARTÍN-CALERO, 2019, p. 141, que entiende que en los casos de curatela habría que aplicar la misma solución que daba el anterior artículo 324 CC a los actos de disposición sobre los bienes comunes siendo uno de los cónyuges menor emancipado, es decir, entender que el consentimiento del curador como titular del bien ganancial, es suficiente para completar la limitada capacidad del cónyuge incapacitado. Contra, SERRANO GARCÍA, *BMJ*, 1992, p. 5962, que estima que la curatela sí que está comprendida en el artículo 1387 CC porque, a pesar de que sólo se mencione al tutor, ello es consecuencia de la «desarmonía» entre las reformas de 1981 y de 1983, destacando que, mientras el curador del cónyuge no tiene la administración de sus bienes [privativos], pues su función es asistencial, no representativa (la iniciativa la tiene el incapacitado que actúa por sí mismo, aunque no por sí solo), sin embargo, sí que tiene la administración de los bienes gananciales; en sentido semejante, GUILARTE GUTIÉRREZ, 2010a, p. 1529.

Para tratar del verdadero alcance de estas modificaciones, comenzaremos por determinar el supuesto de hecho de aplicación del artículo 1387 CC y continuaremos con un estudio de sus efectos o consecuencias.

En cuanto a lo primero, parece ser sencillo, puesto que se trata simplemente de que, ante la situación de discapacidad de uno de los esposos, el otro sea nombrado curador con «facultades de representación plena». Sin embargo, varios son los interrogantes que se nos abren ante ello: ¿cuándo un curador tiene «facultades de representación plena»?; ¿este precepto es aplicable también a los casos de existencia de varios curadores?; y, ¿lo será a la autocratela cuando el esposo, todavía apto para ello, designe curador al otro? o, ¿qué ocurrirá con los poderes y mandatos preventivos dispuestos por el propio sujeto necesitado de apoyo cuando todavía no lo requería?; y, por último, ¿es posible aplicar este precepto a otros casos en los que el cónyuge pueda ostentar la representación de su consorte, aunque, no por razones de discapacidad, sino por otros motivos, como ocurre en los supuestos de ausencia o, incluso, según algunos, de simple desaparición, tal y como permitía entender la redacción anterior?

Una vez respondidas estas preguntas, continuaremos con la consecuencia jurídica que acarrea esta disposición, cual es la transferencia, por ministerio de la Ley, de la administración y disposición de los bienes de la sociedad de gananciales al esposo curador, lo que obligará a determinar el momento en que ésta se produce, a compararla con la prevista para los casos del artículo 1388 CC, y a traer a colación, puesto que en él se concreta su extensión, el artículo 1389 CC.

2. SUPUESTO DE HECHO: ELEMENTOS CONSTITUTIVOS

El primero de los problemas que se nos plantea a la hora de interpretar este precepto es el de delimitar su supuesto de hecho. En efecto, aunque éste, como hemos dicho más arriba, aparentemente es sencillo y claro, a poco que nos detengamos en su tenor literal, nos percataremos de que eso no es así.

En términos generales, cabe decir que el supuesto de hecho de la norma requiere:

1. Que uno de los cónyuges sea una persona con discapacidad.
2. Que se haya solicitado la provisión de medidas judiciales de apoyo.

3. Que el auto²⁰ que haya puesto fin al «expediente de provisión de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad» (Capítulo III bis del Título I LJV) o, en caso de haberse formulado oposición en éste o el mismo no haya podido resolverse (art. 756.1 I LEC), la sentencia que con la que culmine el proceso judicial contencioso «sobre la adopción de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad»²¹, haya determinado que aquél requiere, como medida de apoyo, dada su «situación» o «circunstancias» (art. 250, p. 5 CC) y «defecto o insuficiencia de voluntad» (art. 249, p. 1 CC), un curador con «facultades de representación plena».

4. Que la persona designada como tal, sea el otro esposo, lo cual puede ocurrir: a) porque lo hubiera propuesto el propio cónyuge necesitado de apoyo en escritura pública otorgada en previsión de su futura discapacidad (arts. 271, p. 1 y 276, p. 1 CC) o la persona en la que éste hubiera delegado (arts. 274 y 276, p. 1 CC); b) subsidiariamente, porque haya sido designado directamente por el Juez en defecto de dicha propuesta o cuando, existiendo ésta, sin embargo, concorra alguna de las circunstancias del artículo 272, p. 2 o del artículo 275 CC (art. 276, p. 1, *in fine*, CC), por aplicación de artículo 276, p. 2, ap. 1.º CC que coloca en el primer lugar, a los efectos de ser nombrado curador, al esposo con discapacidad²².

En este punto, es importante destacar, por un lado, el carácter *subsidiario* de la vía judicial para la determinación de las medidas de apoyo y el nombramiento de la persona que deba prestar el mismo, ya que sólo podrá acudir a ella en «defecto o insuficien-

²⁰ Nuevo artículo 42 bis c, LJV.

²¹ Tal y como lo denomina, tras la reforma de la Ley 8/2021, la nueva rúbrica del Libro IV, Título I, Capítulo II de la LEC, que pasa de denominarse «De los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores», a tener por nombre «De los procesos sobre la adopción de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad». Por su parte, el nuevo artículo 760.1 LEC dice que «las medidas que adopte el Juez en la sentencia deberán ser conformes a lo dispuesto sobre esta cuestión en las normas de derecho civil que resulten aplicables». Señala CAMPO IZQUIERDO, AC, 2020, p. 21, que: «En este nuevo procedimiento, si bien se debe valorar en qué medida la discapacidad que tiene esa persona, puede afectar al ejercicio y cumplimiento de esos derechos y deberes, nada se debe acordar en cuanto a la posible limitación o anulación de su capacidad, al ser contrario a la Convención de Nueva York. Lo único que se debe acordar en esa sentencia o auto de complemento es: a) si para ese ejercicio necesita o no de algún apoyo; y b) en caso afirmativo, concretar cuáles son los apoyos concretos que esa persona necesita (un traje a medida), quién ejercerá esos apoyos, sus controles y posibles límites en el actuar de quien ejerza el apoyo», lo cual puede mantenerse para el texto definitivo de la Ley.

²² No obstante, el Juez no está vinculado por el orden de prelación del artículo 276 CC ya que, según el mismo, en sus dos últimos párrafos: «La autoridad judicial podrá alterar el orden del apartado anterior, una vez oída la persona que precise apoyo. / Cuando, una vez oída, no resultare clara su voluntad, la autoridad judicial podrá alterar el orden legal, nombrando a la persona más idónea para comprender e interpretar su voluntad, deseos y preferencias».

cia de la voluntad de la persona de que se trate», es decir, de medidas voluntarias (art. 249, p. 1 CC), las cuales podrán convivir con las judiciales; y, por otro, que aun procediendo la vía judicial, el Juez está vinculado, en principio (art. 272, p. 1 CC²³), por la designación realizada por el propio sujeto necesitado de apoyo en escritura pública (art. 255, p. 1 CC) o por la persona en la que éste hubiera delegado para ello (art. 274 CC), lo que supone insistir en lo subsidiario del carácter judicial, esta vez, de la elección de la persona del curador dentro de la misma vía judicial de adopción de medidas. Tal subsidiariedad, desde ambas perspectivas, está en armonía con el principio de que ha de atenderse «*en todo caso*, a la voluntad, deseos y preferencias» de la persona con discapacidad, tal y como dispone expresamente, al referirse a la forma de proceder de la autoridad judicial en el procedimiento de provisión de apoyos, el artículo 268 CC²⁴.

Igualmente, se aplicaría el artículo 1387 CC si «tras la tramitación de un proceso sobre la adopción de medidas judiciales de apoyo a una persona con discapacidad», es «procedente el nombramiento de un nuevo curador, en sustitución de otro removido o fallecido» (art. 44.2 LJV, que se remite para ello al expediente que regula en su art. 45 LJV), y la persona que resulta designada para sustituirlo es el esposo de la persona con discapacidad²⁵.

²³ Dice el nuevo artículo 272 CC, en sus dos párrafos: «La propuesta de nombramiento y demás disposiciones voluntarias a que se refiere el artículo anterior vincularán a la autoridad judicial al constituir la cuartela. / No obstante, la autoridad judicial podrá prescindir total o parcialmente de esas disposiciones voluntarias, de oficio o a instancia de las personas llamadas por Ley a ejercer la curatela o del Ministerio Fiscal y, siempre mediante resolución motivada, si existen circunstancias graves desconocidas por quien las estableció o alteración de las causas expresadas por él mismo o que presumiblemente tuvo en cuenta en sus disposiciones». Igualmente, el artículo 42 bis c, ap. 1 LJV establece: «Las medidas que se adopten en el auto que ponga fin al expediente deberán ser conformes a lo dispuesto en la legislación civil aplicable sobre esta cuestión...». Por su parte, el artículo 760.1 LEC determina: «Las medidas que adopte la autoridad judicial en la sentencia deberán ser conformes a lo dispuesto sobre esta cuestión en las normas de derecho civil que resulten aplicables».

²⁴ *Vid.*, destacando esta subsidiariedad, MUNAR BERNAT, *RDC*, 2018, pp. 137 y 138, muestra, como prueba de ello, que «en el momento de la admisión de la demandada, ex artículo 758.1 LEC debe solicitarse del Registro Civil certificación sobre las medidas de protección inscritas», recordando, en la nota 41, que «en este sentido, el artículo 4.10.º de la Ley del Registro Civil, al que se da una nueva redacción, declara como actos inscribibles: los poderes y mandatos preventivos, la propuesta de nombramiento de curador u otro prestador de apoyo, y las medidas de apoyo previstas por una persona respecto de sí misma y de sus bienes». Hemos de advertir, respecto al artículo 758.1 LEC, que MUNAR BERNAT hace este comentario sobre el texto del Proyecto de Ley de 2020 y que en la Ley 8/2021 aprobada dicho precepto dice: «El letrado de la Administración de Justicia recabará certificación del Registro Civil y, en su caso, de otros Registros públicos que considere pertinentes sobre las medidas de apoyo inscritas».

²⁵ La reforma ha llevado a cabo, de este modo, una importante modificación en cuanto al procedimiento judicial a seguir para la designación del curador, ya que, hasta la misma, el tutor o el curador se designaba en la sentencia que ponía fin al procedimiento de incapacitación, siempre que así se hubiera solicitado en la demanda, con lo que, en este caso, dicha

En definitiva y simplificando, el supuesto de hecho que origina la aplicación del artículo 1387 CC y que, por tanto, se transfiera la administración y la disposición de la sociedad de gananciales, en bloque, a uno de los esposos, está constituido por dos elementos básicos:

1. Que se haya determinado que uno de los cónyuges requiere, como medida de apoyo más adecuada a sus circunstancias de discapacidad, de curatela con «facultades de representación plena».
2. Que haya sido nombrado curador, el otro.

Veamos ambos elementos, comenzando por el segundo por ser, al menos relativamente, el más breve y sencillo.

2.1 Que el cónyuge de la persona con discapacidad haya sido nombrado su curador

Este elemento del supuesto de hecho concurrirá por regla general, tal y como resulta, según hemos visto, del orden de preferencia establecido por el artículo 276, p. 2, ap. 1.º CC, según el cual, el esposo será, en principio, designado por el Juez en defecto de otra propuesta que hubiera podido realizar el cónyuge necesitado de apoyo conforme al artículo 271, p. 1 CC o cuando, habiendo pro-

sentencia, además de declarar la incapacitación, su extensión y límites y el régimen de guarda (tutela o curatela), determinaba la persona que ejercería el cargo que correspondiera (arts. 759.2 y 760.2 LEC), pero, si no se había pedido tal nombramiento en el procedimiento de incapacitación, el tutor o el curador sería designado posteriormente en procedimiento de jurisdicción voluntaria (arts. 231 CC y 45 LJV). *Vid.* en este sentido, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 2019, p. 134, con cita de la STS 20.5.2003 (RJ 2003/5294, Ponente Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil). Frente a ello, tras la reforma de 2021, tanto el auto que ponga fin al expediente de provisión de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad, como, en caso de haberse formulado oposición en éste, por la persona con discapacidad, el Ministerio Fiscal o cualquiera de los interesados en las medidas (art. 42, bis, b, 5 LJV y art. 756.1 LEC) o no haberse podido resolver (art. 756.1 LEC), la sentencia que ponga fin al juicio contencioso, además de determinar de forma precisa las medidas de apoyo y, concretamente, los actos para los que la persona con discapacidad requerirá asistencia o representación, designarán a la persona del curador, todo ello conforme a los artículos 268 y ss. CC, se haya hecho propuesta de una determinada o no. Desde este punto de vista, es significativo que, tras la Ley 8/2021, la LEC pase de regular un procedimiento «de incapacitación» o «de modificación de la capacidad de las personas», a regular un proceso «sobre la adopción de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad» (tal y como reza la nueva rúbrica del Libro IV, Título I, Capítulo II LEC), al igual que la Ley de Jurisdicción Voluntaria regula, con un nombre similar, el «expediente de provisión de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad» (Capítulo III bis del Título I), poniéndose así de manifiesto que, en estos procedimientos no se trata de declarar la discapacidad de la persona, sino, una vez acreditada ésta y su alcance, fijar las medidas de apoyo necesarias para que ésta pueda ejercer su capacidad jurídica en igualdad de condiciones que los demás, entre las que está la determinación de quién haya de ejercer el cargo de curador. Igualmente, hay que resaltar que, conforme al artículo 42, bis, b, 5, LJV, a los efectos de poner fin al proceso de jurisdicción voluntaria, «no se considerará oposición... la relativa únicamente a la designación como curador de una persona concreta».

puesto éste a otra persona, se diera la situación prevista por el artículo 272, p. 2 CC o algunas de las circunstancias del artículo 275 CC²⁶.

A) *Discapacidad anterior o posterior al matrimonio.*

No es necesario que el matrimonio haya tenido lugar antes de que sobrevenga la discapacidad de uno de los cónyuges y de que el otro haya sido nombrado su curador con «facultades de representación plena» ya que, como la resolución judicial que determine los apoyos en ningún caso puede incluir la «mera privación de derechos» a la persona con discapacidad (art. 269, último párrafo CC), cabe que ésta contraiga matrimonio con quien sea su curador con «facultades de representación plena»²⁷, cumpliendo los requisitos del artículo 56, el cual, en su redacción actual, derivada de la Disposición Final 1.^a, 9, de la Ley 15/2015, de 2 de julio (modificada por la Ley 4/2017, de 28 de junio) y en vigor desde el 30 de abril de 2021, dispone en su segundo párrafo: «El Letrado de la Administración de Justicia, Notario, el Encargado del Registro Civil o funcionario que tramite el acta o expediente, cuando sea necesario, podrá recabar de las administraciones o entidades de iniciativa social de promoción y protección de los derechos de las personas con discapacidad, la provisión de apoyos humanos, técnicos y *materiales* que faciliten la emisión, interpretación y recepción del consentimiento del o los contrayentes. Sólo en el caso excepcional de que alguno de los contrayentes presentare una condición de salud que, de modo evidente, categórico y sustancial, pueda impedirle prestar el consentimiento matrimonial pese a las medidas de apoyo, se recabará dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento». Es cierto que, en los casos de curatela con «facultades de representación plena», puede ser que la persona con discapacidad no pueda llegar a prestar consentimiento matrimonial, pero en el caso de que pudiera prestarlo y el matrimonio fuera a regirse por el régimen de sociedad de gananciales, siendo el otro esposo la persona encargada de prestar tal apoyo, estimamos que el artículo 1387 CC se aplicaría *ab initio*, es decir, desde el primer momento de la unión matrimonial. Igualmente, si contrajera matrimonio con su curador pero éste pasara a tener «facultades de representación plena» después de la celebración del matrimonio, el 1387 CC no se aplicaría hasta el momento en que se le atribuyeran tales facultades.

²⁶ No obstante, el Juez no está vinculado por el orden de prelación del artículo 276 CC, tal y como se deriva de sus dos últimos párrafos.

²⁷ *Vid.* sobre el matrimonio de las personas con discapacidad, GUILARTE MARTÍN-CALERO, *DPyC*, 2018, pp. 55 y ss., en especial, pp. 78 y ss. La redacción anterior del artículo 56, p. 2 CC, decía: «Si alguno de los contrayentes estuviere afectado por deficiencias o anomalías psíquicas, se exigirá dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento».

B) Curador distinto del cónyuge: ¿cabe la aplicación del artículo 1388 CC?

Si el esposo necesitado de apoyo es sometido a curatela pero no es el otro, sino un tercero, el designado curador con «facultades de representación plena», no se aplicará el artículo 1387 CC, y la sociedad deberá ser gestionada por el cónyuge que no tiene la discapacidad –que mantendrá intactas sus facultades de administración y disposición sobre los mismos– y el curador actuando como representante del necesitado de apoyo²⁸. En estos casos deberán aplicarse las normas generales relativas a la gestión de los bienes gananciales, sustituyéndose el consentimiento del cónyuge con discapacidad por el de su curador que, a su vez, habrá de someterse en su actuación relativa a los bienes gananciales, a las normas de la curatela en general y, en especial, como curador representativo, a la necesidad de autorización judicial de los artículos 287 y ss. CC. Conforme a lo anterior, si se pretende realizar uno de los actos comprendidos en dichos artículos afectando a bienes gananciales se exigirá: 1. El consentimiento del tercero curador; 2. Que éste haya obtenido la autorización judicial previa requerida por la regulación de la curatela; 3. El consentimiento del esposo no afectado por la discapacidad²⁹. Todo ello, sin perjuicio de la posibilidad del cónyuge no necesitado de apoyo, de instar la disolución de la sociedad si no está conforme con la intromisión de un tercero en la gestión de la misma o con el entorpecimiento de ésta

²⁸ En la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra se reconoce expresamente la posibilidad de que un tercero gestione el patrimonio común junto con el otro cónyuge, cuando éste no ha sido designado su tutor o su representante legal, tal y como se desprende de su Ley 94, p. 2, apartado 4, cuando dice: «La administración y disposición se transferirán por ministerio de la ley al tutor o representante legal del cónyuge que tenga modificada su capacidad de obrar».

²⁹ *Vid.* la RDGRN 12.7.1999 (RJ 1999/4756) que, en un supuesto en el que la hija tutora de su madre, actúa en representación de ésta y como representante voluntaria de su padre (esposo de aquélla), en la venta de un inmueble ganancial sin autorización judicial, aunque no sigue nuestra postura, reconoce que puede mantenerse al declarar lo siguiente: «... No hay norma que expresamente contemple la enajenación de bienes gananciales en el supuesto de incapacidad de un cónyuge no confiriéndose la tutela al consorte. Ahora bien, no es menos cierto que todos los preceptos legales que contemplan supuestos de disposiciones a título oneroso de bienes gananciales cuando no concurre el consentimiento de ambos cónyuges (bien porque lo negase o estuviese impedido para prestarlo, bien porque estuviese incapacitado siendo su tutor el consorte, bien porque la administración del consorcio se haya concedido por el Juez a uno solo de los cónyuges) presuponen la pertinente autorización judicial y prevén, además, que en el Juez al concederla podrá, en interés de la familia, establecer las cautelas o limitaciones que considere convenientes (cfr. arts. 1377.2, 1387 y 1388 CC); y que aun cuando se estimase que tales normas contemplan la enajenación por la sola voluntad de un cónyuge, de modo que no serían aplicables a la venta de bienes gananciales por el cónyuge capaz y por el tutor del consorte incapacitado, tampoco se podría prescindir en este supuesto de la oportuna autorización judicial pues conforme al artículo 271.2 CC, el tutor la necesitaría para la realización de actos dispositivos susceptibles de inscripción; todo lo cual, en conjunción con los términos de la autorización ahora concedida... y con la limitación de la calificación registral cuando de decisiones judiciales se trata..., conlleva a la necesaria confirmación...».

que conlleva la necesidad de solicitar dicha autorización, tal y como le permite el artículo 1393.1 CC («También concluirá por decisión judicial la sociedad de gananciales, a petición de uno de los cónyuges... 1.º Si respecto del otro cónyuge se hubieran dispuesto judicialmente medidas de apoyo que impliquen facultades de representación plena en la esfera patrimonial»).

No creemos que en estos supuestos en los que un tercero es nombrado curador del necesitado de apoyo, el cónyuge no nombrado curador pueda solicitar, con base en el artículo 1388 CC, que se le transfiera la administración del patrimonio ganancial³⁰, por varias razones, algunas suministradas por la propia reforma de la discapacidad:

1. Que, en general, si el Juez no ha considerado conveniente nombrar curador al esposo no necesitado de apoyo, a pesar de estar el primero en el orden de preferencia del nuevo artículo 276, p. 2 CC, lo más lógico y probable es que tampoco sea la persona adecuada para ostentar la gestión de los bienes comunes.

2. Porque este precepto (art. 1388 CC), tal y como considera la mayoría de la doctrina³¹, atiende a situaciones de carácter fáctico, no judicialmente declaradas, igual que lo son las otras dos que expresamente contempla: el haber abandonado, uno de los cónyuges, a la familia o el existir separación de hecho. No obstante, también se ha entendido, en opinión que no compartimos, que este artículo 1388 CC con la expresión «imposibilidad de prestar consentimiento», se refiere a cualquier caso en el que uno de los esposos esté imposibilitado para prestar el consentimiento del artículo 1375 CC (no necesariamente con visos de permanencia, pero sí con previsión de que cierta duración

³⁰ Tal y como hace REBOLLEDO VARELA, 2013b, p. 9790, para evitar parálisis de la gestión de la sociedad que supondría el tener que estar recurriendo constantemente a la autorización judicial.

³¹ *Vid.*, por ejemplo: SERRANO GARCÍA, *BMJ*, 1992, p. 5959; PRETEL SERRANO, 199b, p. 750; REBOLLEDO VARELA, 2013b, p. 9790; GUILARTE GUTIÉRREZ, 2010b, p. 1530; ATIENZA NAVARRO, 2016b, pp. 1037 y 1038; GONZÁLEZ GARCÍA, 2017, p. 194. Por su parte, RAMS ALBESA, 1992, p. 317, entiende que: «Los artículos 1387 y 1388 tienen como presupuestos fácticos el primero situaciones jurídicas declaradas judicialmente como son la incapacidad sobrevenida a un cónyuge o la ausencia, y el segundo los estados de pendencia en tanto se procede al nombramiento de tutor o de representante legal del ausente, así como los de abandono de familia o separación de hecho hasta el momento en que se establezca la situación prevista en el artículo 1387 o se proceda a la disolución judicial de la sociedad de gananciales prevista en los casos 1.º y 3.º del artículo 1393». En esta misma línea, GUILARTE MARTÍN-CALERO, 2019, p. 141, juzga positivamente a este artículo 1388 CC, ya que puede usarse como «alternativa al proceso de modificación judicial de capacidad, para aquellos casos en que uno de los cónyuges tenga discapacidad mental», como casos de alzheimer o demencia senil, y «ofrece un sistema ágil y flexible, sin las cargas e implicaciones que comporta la constitución de un régimen tutela», lo que «es una seria ventaja para el entorno familiar de la persona con discapacidad. Si la persona está atendida y su patrimonio es esencialmente ganancial, la transferencia de sus facultades patrimoniales al otro cónyuge constituye... una respuesta adecuada y proporcional con las salvaguardas oportunas».

y estabilidad³²), distinto del de haber sido nombrado (en términos adaptados a la normativa actual) curador con «facultades de representación plena» el otro cónyuge, prevista ya en el artículo 1387 CC; esos casos podrían derivar: de la discapacidad de un esposo que le impida prestar válidamente ese consentimiento, pero a la que se ha puesto solución en la práctica a través de los apoyos prestados por el otro que hace las funciones de guardador de hecho, de la imposibilidad surgida, por ejemplo, de un largo viaje o de la emigración de un esposo..., pero también de una situación jurídica formalmente declarada, como puede ser que se haya designado curador con «facultades de representación plena» a un tercero. Por tanto, para esta posición y frente a la nuestra, el artículo 1388 CC sería una especie de cajón de sastre en el que cabrían tanto supuestos de discapacidad o «inhabilidad» para prestar consentimiento³³ (discapacidad), como supuestos de dificultad por parte del cónyuge que ha quedado al frente de la unidad familiar, de comunicarse con el esposo que no está en contacto con los bienes, por las más variadas razones³⁴.

3. Porque creemos que ni siquiera se daría el supuesto de hecho del artículo 1388 CC, puesto que el esposo con discapacidad *puede prestar consentimiento* a través de su representante que es el tercero curador con «facultades de representación plena», sobre todo si tenemos en cuenta que el artículo 249, p. 3, segunda parte CC, establece que cuando la institución de apoyo asuma funciones representativas «en el ejercicio de esas funciones se deberá tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que hubiera adoptado la persona en caso de no requerir representación», a lo que se une el propio principio derivado del artículo 12 de la Convención de Nueva York, inspirador de la reforma de la discapacidad, que entiende que la persona con disca-

³² Tal y como entiende, entre otros, LÓPEZ RICHART, 2005 p. 514, si así no fuera, habría que acudir a los artículos 1376 y 1377 CC. Por su parte, SERRANO GARCÍA, *BMJ*, 1992, p. 5964, en este sentido, manifiesta que, en principio, la transferencia del artículo 1388 CC, no reviste caracteres de permanencia, sino que puede estar limitada a una determinada época, aquella en la que estén latentes los problemas que impulsaron al cónyuge o a los esposos a solicitar el traspaso de la gestión de los bienes gananciales.

³³ En expresión utilizada por SERRANO GARCÍA, *BMJ*, 1992, p. 5959.

³⁴ No entienden que el artículo 1388 CC se refiera solamente a situaciones de hecho, abriéndose a incluir otros supuestos: DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, 1984b, p. 1776, que, a la luz de la normativa sufrida de la reforma de 1981, entiende que las causas de la imposibilidad de consentir, «pueden ser hechos que determinen al mismo tiempo una limitación de la capacidad de obrar, siempre que no hayan determinado una incapacitación en la que el cónyuge sea tutor»; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, 1989, nota 167, p. 276, que, refiriéndose a la regulación anterior a la reforma del CC en materia de discapacidad de 2021, afirma que el artículo 1388 CC: «Comprende los casos de incapacitación absoluta y los de desaparición o ausencia, cuando el cónyuge no sea el tutor o el representante legal. Asimismo, comprende los casos de incapacidad de hecho».

pacidad ha de ejercer su capacidad jurídica en igualdad de condiciones de los demás a través de los correspondientes apoyos, con lo que deberíamos concluir que el cónyuge que actúa representado por el curador no está imposibilitado para prestar consentimiento, puesto que ya cuenta con el apoyo que lo sitúa en las mismas condiciones que el resto, tal y como expresamente se dice ahora, y, por tanto, con el apoyo, puede consentir como los demás.

2.2 **Que la resolución judicial haya determinado que el esposo con discapacidad requiere, como medida de apoyo, curatela con «facultades de representación plena»**

A) *Delimitación del significado de la expresión «facultades de representación plena».*

En cuanto al primero de los elementos constitutivos del supuesto de hecho del artículo 1387 CC, ha de observarse que, frente al segundo (que el cónyuge sea nombrado curador), dentro del conjunto de la regulación de la reforma y de la propia filosofía que le sirve de base, se planteará como algo excepcional, tal y como resulta de los artículos 249, p. 3 y 269, p. 3 CC. Lo normal, desde esa perspectiva, es que se designe al esposo no afectado por la discapacidad como curador, pero sin facultades de representación y, si las circunstancias lo exigen, con facultades representativas, pero no plenas³⁵. Pues bien, si el

³⁵ Al comentar el Proyecto de Ley por la que se reforma de la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad de 17 de julio de 2020, CAZORLA GONZÁLEZ, *RGLJ*, 2020, pp. 379 y ss., con relación al artículo 249, p. 2 CC, y pp. 400 y ss., en referencia a los artículos 268 y ss. CC (todos ellos proyectados), rechaza de plano la existencia de medidas de apoyo con funciones representativas, por totalmente contrarias al espíritu y principios del Convenio de Nueva York, abogando por su supresión en la regulación definitiva y calificando al curador con facultades de representación, como un «tutor camuflado» (p. 405).

Por su parte, el Tribunal Supremo, aplicando la normativa derivada de la reforma de 1983, en ocasiones, ha sostenido, de forma directa o indirecta, que el curador nunca podrá tener facultades representativas, puesto que éstas corresponden al tutor [STS 29.4.2009 (RJ 2009/2901, Ponente Excm. Sra. D.^a Encarnación Roca Trías), STS 17.7.2012 (RJ 2012/8362, Ponente Excm. Sra. D.^a Encarnación Roca Trías), STS 24.6.2013 (RJ 2013/3948, Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana), STS 1.7.2014 (RJ 2014/4518, Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo), STS 11.10.2017 (RJ 2017/4290, Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo)], pero otras veces, interpretando dicha normativa a la luz de la Convención de Nueva York, ha afirmado la posibilidad de una curatela con funciones representativas. En este último sentido, la STS 8.11.2017 (RJ 2017/4760, Ponente Excm. Sra. D.^a María de los Ángeles Parra Lucán), declaró que «lo que importa, por encima de la denominación de la institución de guarda, es la delimitación adecuada de los ámbitos en los que la persona puede actuar por sí, de los actos para los que necesita un apoyo y de aquellos en los que es necesaria la decisión por otro. También es cierto que precisamente la necesidad de atender a las circunstancias personales del incapacitado puede aconsejar que, limitada la capacidad de una persona, necesite la función de asistencia para determinados actos que pueda hacer por sí, pero no sólo, y la función de representación para otros. La doctrina del Código Civil admite una curatela con funciones de representación y expresamente se recono-

esposo es nombrado curador sin «facultades de representación plena» no tendrá lugar la transferencia del artículo 1387 CC, sino que habrá que combinar las normas de la curatela y las de la sociedad de gananciales, tal y como veremos más adelante.

Ahora bien, ¿qué quiere decir curador con «facultades de representación plena»? Ha de destacarse que, literalmente, lo que se califica de «plena» es la «representación», no las «facultades». Si se hablara de «plenas facultades de representación», podríamos pensar directamente que se está refiriendo a un curador que puede actuar representando a su consorte en todo tipo de actividad, circunstancia o situación, salvando la necesidad de autorización judicial para realizar aquéllos actos que haya determinado la resolución y, en todo caso, los que se recogen en el artículo 287 CC. Pero, de lo que habla el artículo 1387 CC es de «representación plena», lo que justificaría que estimáramos que está diferenciando unos supuestos de «representación plena» y otros de «representación menos plena» o «no plena». Pues bien, desde este punto de vista (es decir, desde el de la representación), el adjetivo «plena» debería aludir a la intensidad o alcance de los efectos de la misma, de modo que, si estuviéramos en otro ámbito u otra hipótesis, podríamos llegar a asimilar la «representación plena» a la representación «directa» y, la «representación menos plena» a la «indirecta»; sin embargo, tal asimilación carece de sentido en esta sede, puesto que, en todo caso, el curador facultado para realizar actos en representación del esposo necesitado de apoyo, lo será para llevarlos a cabo con los efectos de la representación directa, de donde se

ce esta posibilidad en otros Derechos civiles españoles, como el catalán (arts. 223-4 y 223-6 CCCAT) y el aragonés (art. 150.1 y 2 CDFR). Lo que importa en esencia, es dotar al incapacitado de un sistema de guarda flexible adaptado a su concreta situación y necesidad de representación en unos casos y mera asistencia en otros, con independencia del nombre que se asigne al cargo, a la institución tutelar, en sentido amplio».

Por nuestra parte, creemos que esta curatela con funciones representativas sólo con un gran esfuerzo interpretativo puede incardinarse en la regulación del Código Civil surgida de la reforma de 1983, esfuerzo que podría estar «justificado» desde el momento en que la Convención de Nueva York forma parte de nuestro ordenamiento jurídico, pero no antes. En puridad, de la reforma de 1983 lo que se desprende es que, dado que la tutela es la institución en torno a la cual gira el sistema que se establece y a cuya regulación ha de recurrirse subsidiariamente, siempre que la incapacitación requiera representación, ha de acudir a ésta (a la tutela), independientemente de que el ámbito representativo sea mayor o menor, debiéndose acudir a la curatela sólo cuando el incapacitado requiera exclusivamente funciones de asistencia, de modo que el tutor podrá tener funciones representativas y asistenciales, pero el curador únicamente tendrá estas últimas; a la misma conclusión se llega a través del criterio lógico de que «quien puede lo más (representar), puede lo menos (asistir)», no al contrario. Por ello, consideramos acertada la postura de GUILARTE MARTÍN-CALERO, 1997, pp. 148 y ss., especialmente, cuando concluye lo siguiente en p. 159: «La curatela tiene un carácter indefectiblemente asistencial, la tutela puede abarcar una esfera de representación legal, una esfera de asistencia y una esfera de plena capacidad, variando el contenido de cada una de ellas en atención al grado de discernimiento que presente e incapacitado».

deduciría que todo cónyuge nombrado curador de su consorte al que se le hubieran dado poderes de representación para celebrar uno, varios o todo tipo de actos, para realizar éstos, tendría «facultades de representación plena», lo que haría totalmente inútil la inclusión de tal adjetivo, puesto que no sería posible la existencia de un curador con facultades de representación que no fuera plena. Estas reflexiones nos llevan concluir en lo erróneo de la expresión tal y como ha sido formulada por el legislador y a buscar otro significado para ella que no sea el derivado de la aplicación de las reglas de la sintaxis.

De este modo, en definitiva, creemos que el problema deriva de que, *por una parte*, el adjetivo «plena» no es adecuado y el sustantivo al que debería referirse es a las «facultades», pero, *por otra*, también deriva de que en el artículo 1387 CC el Código parece dar por determinada una clasificación de los tipos de curatela que él mismo no realiza³⁶. En efecto, el Código distingue, aunque no los configure expresamente como categorías o clases, entre un curador que se limita a intervenir o asistir a la persona con discapacidad, lo que sería la regla general (arts. 250, p. 2 y 269, p. 2 CC) y un curador que, excepcionalmente, lo representa (fundamentalmente, arts. 249, p. 3 y 269, p. 3 CC; también los arts. 285, 287 y 289 CC; fuera del Título XI del Libro I CC, otros como los arts. 22; 1060; 1291.1; 1299, p. 2; 1387; 1393, p.1.1; 1699.5; 1701.3; 1811 y 1903 CC), pero no determina tipos o clases de este último. Sin embargo, la Exposición de Motivos del Anteproyecto sí que distinguía entre una curatela «asistencial», una curatela con «funciones representativas» y, dentro de ésta, «de manera excepcional y ante casos especialmente graves de discapacidad», una curatela con «funciones representativas de alcance general» que se colocaría, frente a aquella que no lo es, por referirse sólo a ciertos actos o supuestos³⁷. Esta alusión a la curatela con «funciones representativas de alcance

³⁶ Se queja de esta situación, comentando el Anteproyecto, MAGARIÑOS BLANCO, *RDC*, 2018, p. 201, diciendo: «La nueva regulación del Anteproyecto acoge, dentro del ámbito de la curatela, todos los supuestos de discapacidad, desde el que necesita apoyo más intenso, que incluye la sustitución de la voluntad del discapacitado, hasta el que necesita una mera asistencia para poder comunicarse o relacionarse, o la dificultad de movilidad. Sin distinguir de modo sistemático, como lo hacen otros ordenamientos, como el suizo, las diversas clases o tipos de curatela, según la intensidad del apoyo... Tal configuración de la curatela con un contenido amplísimo, no va seguida de una regulación diferenciadora de los diversos supuestos, especialmente de aquellos que requieren de mera asistencia a personas que conservan sus facultades de decisión».

³⁷ Decía la Exposición de Motivos del Anteproyecto de 2018 en su apartado III: «... como principio de actuación y en la línea de excluir en lo posible las figuras de naturaleza representativa, la curatela será, primordialmente, de naturaleza asistencial. No obstante, en los casos en los que sea preciso, será posible atribuir al curador funciones representativas, que sólo de manera excepcional y ante casos especialmente graves de discapacidad podrán tener alcance general».

general» ya no está presente en la Exposición de Motivos definitiva, pero creemos que nos puede servir de pista para ayudarnos a determinar qué ha de entenderse por curador con «facultades de representación plena», dado que al mismo se refería igualmente el Anteproyecto distinguiéndolo del que no las tiene. A la vista de ello, podríamos considerar que el «curador con facultades de representación plena» es el curador con «funciones representativas de alcance general», lo que nos indicaría que el adjetivo «plenas» debe referirse a las «facultades» (igual que en la Exposición de Motivos del Anteproyecto describía a las «funciones») y que, a lo que hace realmente alusión, es a lo general de esas facultades y de su ámbito de actuación. En definitiva, este «curador con facultades de representación plena» debería asimilarse con el curador con «representación genérica derivada de la situación de absoluta falta de capacidad de entender, querer o decidir de una persona con discapacidad», del que habla García Rubio al tratar del artículo 1291.1 CC³⁸ o al referirse al artículo 1732.2.º CC³⁹ del Anteproyecto, que esta autora limita a los «casos más extremos, como puede ser un coma permanente o una discapacidad cognitiva tan grave que anule completamente la conciencia y la voluntad del sujeto afectado»⁴⁰, o con el que, en el Derecho suizo, ejerce una «curatela de alcance general» («curatelle de portée générale»), definida por el artículo 398 de su CC, como aquella que «abarca todos los ámbitos de la asistencia personal, de la gestión del patrimonio y de las relaciones jurídicas con los terceros»⁴¹, debiéndose tener presente que ello no será óbice para que, tal y como expresa el artículo 269, p. 4 de nuestro CC, «los actos en los que el curador deba prestar el apoyo deberán fijarse de manera precisa, indicando, en su caso, cuáles

³⁸ Vid. GARCÍA RUBIO, *RDC*, 2018b, p. 183, que entiende que eso es lo que hay que entender por «curadores con facultad de representación».

³⁹ Vid. GARCÍA RUBIO, *RDC*, 2018a, p. 55, al tratar de la posible convivencia de medidas preventivas, voluntarias, y medidas no voluntarias (legales o judiciales).

⁴⁰ Vid. GARCÍA RUBIO, *RDC*, 2018b, p. 190. Por su parte, TORRES GARCÍA, 2015, p. 398, como ya apuntamos, entendía, tras la ratificación por España de la Convención de Nueva York, que la tutela debería quedar limitada a atender «aquellos supuestos en los que la carencia total de autogobierno le impide [a la persona afectada] tanto desde el aspecto personal como patrimonial gobernarse por sí mismo».

⁴¹ Vid. PAU PEDRÓN, *RDC*, 2018, p. 21, que nos da cuenta de las cuatro clases de curatela que determina el CC suizo, en sus artículos 393, 396 y 398: «curatela de acompañamiento», «curatela de representación», «curatela de cooperación» y «curatela de alcance general». Respecto a esta última, establece el artículo 398 de dicho CC: «*Une curatelle de portée générale est instituée lorsqu'une personne a particulièrement besoin d'aide, en raison notamment d'une incapacité durable de discernement. Elle couvre tous les domaines de l'assistance personnelle, de la gestion du patrimoine et des rapports juridiques avec les tiers*». De esta curatela de alcance o carácter general, dice PEREÑA VICENTE, *RDP*, 2014, p. 15: «... en realidad en el Derecho suizo, no ha desaparecido la tutela. Sólo ha cambiado de nombre: la antigua tutela ahora es la curatela de carácter general». Vid. sobre los tipos de curatela en el Derecho suizo, TORRES GARCÍA, 2015, p. 402.

son aquéllos donde debe ejercer la representación». Esta conclusión es coincidente con la que derivaría si atendiéramos al significado del adjetivo «plena» aplicado a la capacidad de obrar, tal y como se ha entendido hasta la reforma de la discapacidad operada por la Ley 8/2021; es decir, si según el anterior artículo 322 CC, «el mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por este Código» (*vid.* hoy, art. 246 CC), y tenía por ello capacidad de obrar «plena», igualmente, el que tiene «representación plena» tendrá facultades para representar a la persona con discapacidad en todos los ámbitos y tipos de actos (sin perjuicio de su determinación específica), que serían todos o casi todos, siempre con las limitaciones establecidas por dicha resolución o por la Ley (arts. 287 y ss. CC). Ahora bien, aunque la curatela con «facultades de representación plena», para conceptuarla como tal globalmente o en general, ha de afectar tanto al ámbito patrimonial como al personal, también podría hablarse de representación plena limitándola a uno u otro ámbito, siempre que así se hiciera expresamente, y eso es lo que hace, dentro de la regulación de la sociedad de gananciales, el nuevo artículo 1393, p. 1, ordinal 1, CC, al referirse a la adopción judicial de «medidas de apoyo que impliquen facultades de representación plena en la esfera patrimonial», como causa que justifica la petición de disolución de la sociedad al Juez por parte de uno de los cónyuges, cuestión esta sobre la que volveremos más adelante.

Por último, cabría entender que el calificativo «plena», realmente no tiene ningún significado especial con respecto a la naturaleza de la «representación», sino que simplemente serviría para recalcar que se trata de facultades de representación y no de mero carácter asistencial, pero creemos que ha de rechazarse esta alternativa porque con hablar de «facultades de representación» bastaría, ya que la diferencia entre asistencia y representación está en su concepto y no deriva de un adjetivo que pueda añadirse a esta última, tal y como deriva de que en la mayoría de las ocasiones no acompañe al término «representación»; a ello se añade, en nuestro ámbito, que no se entendería su insistencia al repetirlo en el artículo 1393, p. 1, ordinal 1 CC.

De todo lo aquí apuntado deriva el carácter absolutamente excepcional del artículo 1387 CC, ya que: 1. Implica una excepción al principio de gestión conjunta de la sociedad de gananciales del artículo 1375 CC; 2. Sólo cabrá designar curador, en caso de defecto o insuficiencia de medidas de naturaleza voluntaria (art. 255 CC); 3. La figura del curador con poderes de representación supone una excepción dentro de la curatela que, en principio,

se configura con carácter asistencial (arts. 249, p. 3; 250, p. 2 y 269, p. 3 CC) y, 3. Dentro de las situaciones excepcionales en que la curatela puede ser representativa, se refiere a las más extremas que son las que justifican el carácter general o pleno de la representación en todos los ámbitos (dado que no se distingue, ni se especifica nada más).

B) Alcance de las «facultades de representación plena» del cónyuge curador del artículo 1387 CC: ámbitos patrimonial y personal.

Ahora bien, sentado lo que hay que entender por curador con «facultades de representación plena» y cuándo podremos encontrarlos con tal medio de apoyo, nos surge un nuevo escollo a la hora de determinar su significado específico en el artículo 1387 CC, el cual se deriva de poner en relación el precepto que estudiamos con el nuevo artículo 1393, p., 1, ordinal 1 CC. En efecto, este último artículo, al establecer los casos en los que un cónyuge puede solicitar al Juez la disolución de la sociedad de gananciales, se refiere, en primer lugar, al de adopción judicial, respecto del otro, de «medidas de apoyo que impliquen facultades de representación plena en la esfera patrimonial», de modo que no es necesario que éstas se extiendan también al ámbito personal⁴². ¿Quiere decir esto que en el artículo 1387 CC basta también que las facultades de representación plena o genérica se limiten a esa «esfera patrimonial» del esposo con discapacidad y no afecten a la personal?

La verdad es que es difícil decantarse por una postura afirmativa o negativa, puesto que ambas podrían argumentarse. Así, cabría pensar que, puesto que las normas de la sociedad de gananciales tienen carácter patrimonial, los problemas derivados de la discapacidad de uno de los esposos en relación con su aplicación, se darán cuando la misma afecte a dicho ámbito, de modo que bastará con que la discapacidad sea general en el mismo (aunque no afecte a la esfera personal), para que los obstáculos a la aplicación de las normas de la sociedad de gananciales pensadas para situaciones de normalidad, sean también generales y esté, por tanto, justificada la atribución de la gestión del patrimonio común al otro cónyuge. Desde esta perspectiva, el artículo 1393.1 CC vendría a aclarar el

⁴² La regulación de la curatela surgida de la reforma de 1983 propició una controversia respecto a si la misma, en cuanto tal, debía restringirse al ámbito patrimonial o si podía afectar al personal. *Vid.* sobre ella, GUILARTE MARTÍN-CALERO, 1997, pp. 116 y ss., la cual, con la mayoría de la doctrina, se decantaba por su restricción al ámbito patrimonial. Por su parte, la STS 16.5.2017 (RJ 2017/2207, Ponente Excm. Sra. D.^a María de los Ángeles Parra Lucán), declaró que la curatela podía afectar a ambos ámbitos cuando su causa era la discapacidad de la persona, mientras que, en los casos de emancipación y prodigalidad, sólo afectaría a la esfera patrimonial.

verdadero significado del artículo 1387 CC. Por tanto, la aplicación de un criterio lógico, como de uno sistemático, podría llevar a entender que basta para que pueda aplicarse el artículo 1387 CC, con que las «facultades de representación plena» se refieran sólo a la esfera patrimonial.

Sin embargo, frente a ello, cabría alegar:

1. Que esos dos artículos (arts. 1387 y 1393 CC) están demasiado cercanos como para que el legislador no hubiera caído en la cuenta de que en uno se obviaba limitar las facultades de representación plena a la esfera patrimonial y, en el otro, tal limitación se determinaba de forma expresa. Tal circunstancia (la proximidad) unida a la inclusión de tal alusión en un caso y no en el otro, debe llevar a concluir que el alcance de los poderes de representación que se exige en cada uno para producir el efecto correspondiente, es diferente.

2. Que a ello se une un argumento de carácter histórico: la regulación de la sociedad de gananciales surgida de la reforma de 1981 y también tras la reforma que sufre el artículo 1393 CC en 1996 (posterior, por tanto, a la de 1983), era mucho más exigente a la hora de determinar la incapacitación que daría lugar a la transferencia de la administración y la disposición por ministerio de la Ley (art. 1387 CC), que a la de establecer la incapacitación que podría llevar a la disolución de la sociedad de gananciales por decisión judicial a petición de uno de los cónyuges (art. 1393, p. 1, ord. 1 CC), puesto que el artículo 1387 CC exigía que la incapacitación llevara al sometimiento a tutela y el artículo 1393, p. 1, ordinal 1 CC consideraba suficiente cualquier incapacitación, independientemente de que acarrearla la tutela o la curatela⁴³. Ante ello, podemos sostener que lo que pretende la nueva redacción del artículo 1393, p. 1, ordinal 1 CC al decretar que basta con que la medida de apoyo implique «facultades de representación plena *en la esfera patrimonial*», frente a la del nuevo artículo 1387 CC, que exige curatela con «facultades de representación plena» sin limitar éstas a dicho ámbito, es mantener una relación entre ambos artículos semejante a la que entre ellos existía según la redacción anterior, de modo que el supuesto de hecho del artículo 1387 CC siga siendo más exigente que el del artículo 1393, p. 1, ord. 1 CC en lo que se refiere a la discapacidad. En esta misma línea, podríamos añadir el significado mismo que hemos defendido para la expresión «curador con facultades de representación plena» que, puesto que no concreta nada más, se extendería al ámbito patrimonial y personal.

⁴³ Así lo entendía la doctrina. *Vid.* GARCÍA URBANO, 1991, p. 762.

3. Que el artículo 269, p. 5 CC establece que la «resolución judicial» que determine los apoyos que ha de prestar el curador «en ningún caso podrá incluir... la mera privación de derechos» y, frente a ello, en el supuesto del artículo 1387 CC, el nombramiento del esposo como curador con «facultades de representación plena», supone (como veremos) la privación de un derecho del necesitado de apoyo (el de administrar y disponer de los bienes gananciales) pues a partir de entonces sólo será titular de tal facultad el cónyuge no afectado por la discapacidad (el curador), el cual, cuando gestione la sociedad, no lo hará en representación de su esposo, sino únicamente en su nombre. Este efecto no contradice el artículo 269, p. 5 CC porque no deriva de ninguna «resolución judicial», sino de la Ley pero, aunque sigue siendo el mismo que antes de la reforma de 2021 (momento en que ya era grave), resulta más grave aún después de ella, dados sus principios inspiradores. Bajo a legislación actual, por tanto, consecuencias de tanta gravedad sólo pueden justificarse si se dan circunstancias también especialmente graves o, mejor dicho, las más graves, y éstas son las que pueden originar una curatela con facultades de representación plena en el ámbito patrimonial y en el personal (no sólo en uno u otro).

Por todas estas razones, nos inclinamos por esta última interpretación, es decir: las facultades de representación plena han de afectar a las dos esferas, y no sólo a la patrimonial sino también a la personal, cuando se trata de aplicar el artículo 1387 CC.

Al hilo de todo ello, es interesante destacar también que el artículo 1387 CC es más exigente en la configuración de su supuesto de hecho en la redacción actual que en la anterior, ya que, en la derogada, bastaba con que el cónyuge hubiera sido nombrado tutor, pero sin exigir que la representación se extendiera a todos los ámbitos de la esfera personal y patrimonial del afectado⁴⁴. De esta forma, el actual artículo 1387 CC (según lo acabamos de interpretar), se manifiesta mucho más respetuoso con las personas con discapacidad, ya que limita los supuestos en los que éstas pueden verse expulsadas de la gestión de la sociedad de gananciales, lo que resulta coherente con las exigencias de la Convención de Nueva York. Esto significa que, a partir de la entrada en vigor del nuevo artículo 1387 CC, nos encontraremos supuestos en los que, para gestionar la sociedad, seguirá siendo necesario el consentimiento del esposo que presenta la discapacidad (ya sea prestado por él asistido de su

⁴⁴ Lo que sí que quedaba excluido de la aplicación del artículo 1387 CC, era el caso de que el incapacitado se le hubiera sometido a curatela, por no ser ésta una figura de carácter representativo, al menos, en principio. En este sentido *vid.*, REBOLLEDO VARELA, 2013a, p. 9786.

curador o actuando éste en su representación) junto con el del cónyuge sin discapacidad, a pesar de que antes de la reforma se les habría aplicado el artículo 1387 CC y, por consiguiente, se habría entregado a este último la administración y la disposición en exclusiva. Algo parecido cabe decir del nuevo artículo 1393, p. 1, ordinal 1 CC, que pasa de requerir simplemente la incapacitación, con independencia de que conlleve la tutela (representación) o la curatela (asistencia), a exigir que la discapacidad justifique medidas de apoyo «con facultades de representación plena en la esfera patrimonial», lo que, conforme a la reforma de 1983, sólo cabría si la modalidad de guarda acordada hubiera sido la tutela.

C) Cónyuge curador con facultades de representación de carácter limitado.

Continuando con el comentario del precepto que nos ocupa, ¿qué pasaría si el cónyuge fuera nombrado curador con facultades representativas en ambas esferas, pero no genéricas o plenas, es decir, si sólo se le otorgaran *algunas* facultades de representación concretas o se le atribuyeran facultades representativas sólo en la esfera patrimonial, algunas o todas? Pues que:

1. No se aplicaría el artículo 1387 CC, sino las reglas generales sobre la administración y la disposición de los bienes gananciales, siendo sustituido el consentimiento del que tiene la discapacidad por el de su cónyuge curador, cuando se trate de actos para los que éste puede representar a aquél y, limitándose el curador a prestar su asistencia en la toma de decisiones, cuando se trate de actos para los que el cónyuge afectado sólo requiera de ésta por estar en condiciones de prestar personalmente su consentimiento, teniendo en cuenta que, en caso de conflicto de intereses, deberá nombrarse un defensor judicial al consorte necesitado de apoyo, el cual sustituirá al esposo curador.

2. Las normas de la sociedad de gananciales deberán combinarse con las de la curatela, de modo que, cuando se quiera realizar algún acto previsto en los artículos 287 y ss. CC que tenga por objeto un bien ganancial, siempre que se trate de ámbitos para los que el cónyuge curador tenga la representación del esposo con discapacidad, habrá de obtenerse previamente la autorización judicial. Obsérvese que, en estos casos, el cónyuge curador sin «facultades de representación plena» no actuaría como órgano unipersonal de gestión de la sociedad (a diferencia de lo que ocurre en los de aplicación del art. 1387 CC), sino que los actos referentes a la misma que estuvieran dentro de su «competencia» como representante del necesitado de apoyo, los llevaría a cabo (en cumplimiento de las

reglas generales relativas a la gestión de la sociedad que exigen el consentimiento de ambos esposos –art. 1375 CC– y siempre que no hubiera conflicto de intereses), en su propio nombre y en el de su cónyuge, siendo eso lo que explica, por lo que respecta a éste último, que se apliquen las normas de la curatela y se requiera, en su caso, la autorización judicial.

3. Sólo la aplicación del artículo 1387 o del artículo 1388 CC, en relación con el artículo 1389 CC, puede desplazar a las normas de la curatela, de modo que, fuera del ámbito de aplicación de esos dos artículos, cuando el curador es el esposo no afectado por la discapacidad que actúa con facultades de representación no se puede traer a colación, para defender la no necesidad de autorización judicial, el nuevo artículo 248 CC (que sustituye, en cuanto a su contenido, al anterior art. 324 CC) en su primera parte que, refiriéndose al menor emancipado casado, prescinde de aquélla al determinar que para «enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles u objetos de extraordinario valor que sean comunes, basta si es mayor el otro cónyuge, el consentimiento de los dos...» (es decir, el consentimiento prestado personalmente por el menor emancipado y el prestado por su esposo). Por tanto, si el curador es el cónyuge, se requerirá su consentimiento (que dará en su propio nombre y en el de su consorte) y haber obtenido previamente la autorización judicial del artículo 287 CC.

D) ¿Podrá el esposo curador sin «facultades de representación plena» o sin facultades de representación, acudir al artículo 1388 CC para que se le atribuya la «administración» de la sociedad de gananciales?

En nuestra opinión, la respuesta ha de ser negativa, no sólo porque pensamos que el artículo 1388 CC se refiere a situaciones meramente fácticas, lo cual podría alegarse igualmente antes de la reforma de 2021, o porque no se dé el presupuesto del artículo 1388 CC, puesto que el esposo con discapacidad puede prestar consentimiento, bien por sí mismo con la asistencia de su cónyuge curador, bien representado por éste, sino también porque tal solución es la que mejor cuadra con el espíritu de dicha reforma y de la Convención de Nueva York, ya que no expulsa de plano al esposo necesitado de apoyo de la gestión de la sociedad de gananciales, sino que le permite seguir participando en ella, prestando su consentimiento, sólo o con el apoyo correspondiente, en los ámbitos en los que pueda hacerlo, o representado, en su caso.

E) *Supuesto de nombramiento de dos o más curadores.*

Cabe que la medida de apoyo más conveniente para el cónyuge con discapacidad sea esta curatela con «facultades de representación plena» o «de representación genérica» o «de alcance general», pero que el Juez haya designado dos o más curadores entre los que reparta los distintos ámbitos en que haya de jugar la representación, siendo uno de ellos el otro cónyuge. ¿Qué ocurrirá en estos casos? Pues que, independientemente de que se nombre un curador para la persona y otro para los bienes (a. 277 CC) o de que se repartan de otra forma los ámbitos de la representación, no podrá aplicarse el 1387 CC pues las facultades de representación deben ser genéricas en él únicamente, no repartidas entre varios, ya que, si no, las facultades de representación del cónyuge no serían plenas, tal y como le exige el precepto que estudiamos.

F) *Otras medidas de apoyo: en especial los poderes preventivos que atribuyen «facultades de representación plena» al cónyuge.*

Otra de las cuestiones que debemos plantearnos es si el artículo 1387 CC será de aplicación a los supuestos en los que el cónyuge no afectado por la discapacidad tiene «facultades de representación plena» del necesitado de apoyo, pero éstas no han derivado de un auto que pusiera fin a un expediente jurisdicción voluntaria «de provisión de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad» o de una sentencia que se dictara en un proceso judicial contencioso «sobre la adopción de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad», sino de la propia voluntad del que tiene la discapacidad.

En efecto, dentro de las medidas de apoyo en general hay que distinguir dos tipos o clases: las anticipatorias o preventivas, que se basan en la voluntad de la persona que va a resultar afectada por las mismas, la cual las dispone *ex ante*, en previsión de una futura necesidad de apoyo; y las medidas reactivas o *ex post*, que se adoptan tras constatar la necesidad de apoyo, por no haber previsto nada al respecto el interesado⁴⁵ o lo previsto ser insuficiente, siendo subsidiarias o complementarias de las anteriores, tal y como resulta del artículo 249, p. 1 CC y artículo 255, p. 5 CC. Las medidas voluntarias previstas son la autocuratela, los poderes, los mandatos preventivos y otras que, de forma genérica, el artículo 255 CC determina que pueden «preverse o acordarse» en escritura públi-

⁴⁵ Seguimos en este punto a GARCÍA RUBIO, 2018a, p. 34. *Vid.* también, GARCÍA RUBIO, *AAMN*, 2018, p. 175.

ca (art. 255, p. 1 CC)⁴⁶; las medidas reactivas o institucionales (legales o judiciales), son la curatela, el defensor judicial (ambas, medidas «formales» de apoyo, art. 250, p. 5 y p. 6 CC) y la guarda de hecho (medida «informal» de apoyo, artículo 250, p. 4 CC). Ante ello, la pregunta que hemos de formularnos es la siguiente: ¿es de aplicación el artículo 1387 CC al resto de los medios de apoyo distintos de la curatela cuando éstos conllevan «facultades de representación plena» y es el cónyuge que no tiene la discapacidad quien lo ejerce?

De entrada, hemos de descartar que el artículo 1387 CC pueda aplicarse a los supuestos en que uno de los cónyuges sea defensor judicial u ostente la guarda de hecho del otro (el necesitado de apoyo), ya que dicho precepto exige expresamente que haya sido designado «curador», sin que quepa hacer una interpretación extensiva de la norma que permita incluir en su supuesto de hecho otras figuras distintas, pues su aplicación no simplemente limita, sino que priva al esposo con discapacidad de su derecho a administrar la sociedad de gananciales junto con el otro. Teniendo esto presente, creemos que, además, la diferencia entre el curador y el defensor judicial o el guardador de hecho viene a dar nuevos argumentos para apuntalar esta conclusión. Ello porque:

1. El guardador de hecho, si bien ha perdido el carácter transitorio con el que se contemplaba en la legislación anterior⁴⁷, según

⁴⁶ A las que habría que añadir, siguiendo a GARCÍA RUBIO, 2018a, p. 35, las medidas *ad hoc* contenidas en los documentos de voluntades anticipadas, dado que (p. 40) aunque no están expresamente recogidas en el Anteproyecto de 2018 que comenta en dicho trabajo (ni tampoco en el texto de la Ley aprobada), sí que pueden entenderse contenidas en su artículo 251 (similar, en lo que nos interesa, al actual art. 255 CC), dados los amplios términos en que está redactado. De estas medidas, dice esta autora en 2018a, p. 36: «Este tipo de medidas responden a la lógica preocupación existente por el creciente número de diagnósticos, más o menos tempranos, que anticipan enfermedades neurodegenerativas en un estadio más o menos incipiente, lo que permite a una persona plenamente autónoma tomar decisiones en relación a sus necesidades de apoyo en el futuro, es decir, cuando sus condiciones cognitivas y volitivas hayan sufrido un mayor deterioro que el que la persona puede tener, si es que tienen alguno, en el momento de otorgar estas medidas. No obstante, su utilidad no se limita a este tipo de situaciones... es indudable que estas herramientas también pueden ser utilizadas por personas con dificultades para tomar decisiones plenamente conscientes y voluntarias en relación a determinados actos, pero que poseen discernimiento suficiente para decidir quién desean que le ayude a la hora de adoptarlas o incluso quién, llegado el caso, ha de tomarlas por él. Pueden ser igualmente convenientes para personas jóvenes con condiciones volitivas y cognitivas intactas, pero que por su profesión o actividad desean hacer previsiones en relación con posibles futuros accidentes o enfermedades. No cabe sorprenderse, por tanto, del incremento exponencial de este tipo de medidas en previsión de la futura discapacidad experimentado en los últimos años». En sentido semejante, *vid.* también, GARCÍA RUBIO, *AAMN*, 2018, p. 176 y 177.

⁴⁷ Así lo pone de manifiesto PAU PEDRÓN, *RDC*, 2018, p. 19, que destaca cómo el anterior artículo 303.1 CC en su párrafo segundo, decía: «Cautelarmente, mientras se mantenga la situación de guarda de hecho y hasta que se constituya la medida de protección adecuada ...», de lo cual se deducía que la guarda de hecho se consideraba una «medida de protección» inadecuada y, por tanto, transitoria; frente a ello, continúa diciendo el mismo

resulta del actual artículo 263 CC, como principio general, deberá obtener autorización del Juez mediante expediente de jurisdicción voluntaria, en el que se oirá a la persona con discapacidad, para realizar actos representativos (art. 264, p. 2 y 3 CC)⁴⁸, «previa comprobación de su necesidad, en los términos y con los requisitos adecuados a las circunstancias de cada caso», lo que entendemos en el sentido de que ha de ser habilitado judicialmente para cada acto representativo que pretenda concluir⁴⁹, dado que en estos supuestos, ni se cuenta con una previa manifestación de voluntad del afectado que fundamente a posteriori tales poderes de representación, ni de un procedimiento en el que, a priori y con las correspondientes garantías, se haya analizado la situación general del que tiene la discapacidad, se hayan determinado sus necesidades generales de apoyo, se haya designado cuál es la persona más adecuada para prestarlo, y se haya llegado a concluir, con visos de permanencia y estabilidad, que lo que requiere el necesitado de apoyo, desde ese momento y en adelante, es una persona que lo represente genéricamente en todos los ámbitos de su vida; sólo la materialización en el cónyuge que no tiene la discapacidad, de una figura con tales características, puede justificar la transferencia al mismo, por ministerio de la Ley, de los poderes de administración y disposi-

autor (p. 20), en la regulación del Proyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, «la guarda de hecho no debe ser contemplada como una situación transitoria. En tanto se ejerza adecuadamente, no hay razón para someter a la persona con discapacidad a un procedimiento judicial de provisión de apoyos en que con carácter general se determine qué actos de la persona con discapacidad requieren asistencia y cuáles no». En sentido semejante *vid.* GARCÍA RUBIO, AAMN, 2018, p. 179. También se hace eco de ello, PARRA LUCÁN, AAMN, 2019, pp. 488 y ss. Por su parte, CAZORLA GONZÁLEZ, RGLJ, 2020, p. 395, pone de manifiesto que la guarda de hecho «deja de ser una institución aplicable a una situación provisional y se presenta como suficiente y adecuada para la salvaguarda de los derechos de la persona con discapacidad, consecuencia de la realidad que ha venido dejando constancia de su utilidad y eficacia adecuada a la hora de asistir o apoyar en la toma de decisiones y el ejercicio de su capacidad jurídica de la persona con discapacidad, a través generalmente de un familiar, favoreciendo la continuidad de la vida de la persona con discapacidad sin mediar un procedimiento judicial que finaliza en una sentencia donde la persona con discapacidad ni si su familia habitualmente desea». Estas afirmaciones, referidas al Proyecto de Ley citado, son plenamente válidas para el texto definitivamente aprobado.

⁴⁸ Sin embargo, no requieren autorización judicial los actos previstos en el p. 3, del mismo artículo 264 CC: «No será necesaria autorización judicial cuando el guardador solicite una prestación económica a favor de la persona con discapacidad, siempre que ésta no suponga un cambio significativo en la forma de vida de la persona, o realice actos jurídicos sobre bienes de ésta que tengan relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar».

⁴⁹ Sin perjuicio de que la autorización pueda «comprender uno o varios actos necesarios para el desarrollo de la función de apoyo», según dispone el actual artículo 264, p. 1, en su última parte, CC, el cual, en su p. 2, añade: «En todo caso, quien ejerza la guarda de hecho deberá recabar autorización judicial conforme al indicado en el párrafo anterior para prestar consentimiento en los actos enumerados en el artículo 287».

ción de la sociedad de gananciales, con esas mismas notas de permanencia y estabilidad.

2. El defensor judicial es una medida de apoyo transitoria que carece de carácter continuado y estable, puesto que sólo actúa en los casos concretos para los que ha sido designado (art. 295, 2.º CC: «Cuando exista conflicto de intereses entre persona con discapacidad y la que haya de prestarle el apoyo») o mientras se resuelven ciertas situaciones claudicantes (art. 295, 1.º: durante el tiempo en que quien deba prestar el apoyo, no pueda hacerlo; art. 295, 3.º CC: durante la tramitación de la excusa alegada por el curador; art. 295, 4.º CC: hasta tanto recaiga la resolución judicial que determine la medida de apoyo solicitada, habiendo considerado la autoridad judicial necesario proveer a la administración de los bienes), lo que pone de manifiesto, de forma aún más clara que en la guarda de hecho, la justificación de su inoperancia a los efectos de provocar la aplicación del artículo 1387 CC, si el cargo recae sobre el esposo de la persona con discapacidad.

Más complejo es el caso de que haya sido el esposo que en el futuro se verá afectado por la discapacidad, quien haya previsto la medida de apoyo en favor de su cónyuge, con «facultades de representación plena», a través un poder preventivo de cualquiera de sus dos modalidades⁵⁰, es decir, conferido para que tenga eficacia desde su otorgamiento pero con cláusula de que el poder subsista si en el futuro se ve necesitado de apoyo para ejercer su capacidad (art. 256 CC) u otorgado para que tenga eficacia solamente si en el futuro tiene necesidad de dicho apoyo (art. 257 CC)⁵¹, si bien creemos que el otorgamiento de poder con «facultades de representación plena» será más probable en el segundo tipo que en el primero. Para plantear esta cuestión, es preciso partir de que cabe que el

⁵⁰ Los poderes preventivos fueron reconocidos por el CC como consecuencia de la modificación introducida en el artículo 1732 CC por la Ley 41/2003, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, que en su último párrafo, pasó a decir: «El mandato se extinguirá, también, por la incapacitación sobrevenida del mandante a no ser que en el mismo se hubiera dispuesto su continuación o el mandato se hubiera dado para el caso de incapacitación del mandante apreciada conforme a lo dispuesto por éste. En estos casos, el mandato podrá terminar por resolución judicial dictada al constituirse el organismo titular o posteriormente a instancia del tutor». Este artículo ha sido nuevamente modificado por la reforma de 2021, la cual regula los poderes preventivos en sede de discapacidad, en los artículos 256 a 262 CC. Concretamente, el artículo 1732. 4.º y 5.º CC, determinan que «El mandato se acaba: ... 4.º Por el establecimiento en relación al mandatario de medidas de apoyo que incidan en el acto en que deba intervenir en esa condición. 5.º Por la constitución en favor del mandante de la curatela representativa como medida de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica, a salvo lo dispuesto en este Código respecto de los mandatos preventivos».

⁵¹ *Vid.* las diferencias entre ambos, tanto en su estructura, como en sus fases de actuación, MAGARIÑOS BLANCO, *RDC*, 2018, pp. 206 y ss. *Vid.* también, PAU PEDRÓN, *RDC*, 2018, pp. 14 y ss.

poder se refiera no sólo a la gestión de los intereses patrimoniales, sino también a la de la esfera personal del que tiene la discapacidad⁵², en cuyo caso podríamos estimar que tiene «facultades de representación plena», tal y como exige el artículo 1387 CC. Pues bien, ¿se podrá equiparar el curador al que se refiere expresamente el artículo 1387 CC, con el cónyuge apoderado por su esposo de esta manera y con esas facultades? Por la afirmativa, podría alegarse que el artículo 259 CC establece que cuando el poder, en los casos del artículo 256 y el artículo 257 CC, «comprenda *todos los negocios del otorgante*, el apoderado, sobrevenida la situación de necesidad de apoyo, *quedará sujeto a las reglas aplicables a la curatela en todo aquello no previsto en el poder*, salvo que el poderdante haya determinado otra cosa», de donde se podría deducir que, a falta de toda previsión del poderdante, el apoderado con «facultades de representación plena» en este sentido, se asimila al curador con «facultades de representación plena» del artículo 1387 CC, puesto que se le aplican las normas de la curatela y, por consiguiente, también a él se le aplicará este precepto cuando sobrevenga la discapacidad apreciada según el criterio del poderdante (art. 257 CC). Sin embargo, no lo creemos así, porque:

1. El hecho de que se apliquen subsidiariamente las normas de la curatela en esos casos, no permite equiparar apoderado o mandatario y curador⁵³ o, dicho de forma más clara aún, no convierte al apoderado en curador, que es lo que exige el precepto que estudiamos.

2. La necesidad de apoyo en los casos de apoderamiento, tiene carácter subjetivo, pues su determinación deriva de la voluntad del poderdante a la hora de otorgar el poder, mientras que la contemplada en el artículo 1387 CC es de naturaleza objetiva y, en tanto que en aquélla, la concurrencia de la necesidad de apoyo prevista por el poderdante (art. 257 CC⁵⁴) ha de comprobarse por el notario

⁵² Así parece estimarlo GARCÍA RUBIO, 2018a, p. 37, al decir: «Los poderes del primer tipo [los otorgados para que sean eficaces a partir de su otorgamiento] serán más frecuentes en los casos en los que la persona que los otorga piense, sobre todo, en atender a sus asuntos de índole patrimonial... En el caso de los segundos [los otorgados para que sean eficaces sólo en caso de que el poderdante se vea necesitado de apoyo] será más frecuente que la previsión... pueda referirse tanto a cuestiones patrimoniales como a otras puramente personales, como son las decisiones relativas al domicilio, la salud, u otras propias de la vida cotidiana».

⁵³ Así lo manifestó GARCÍA RUBIO, en el Congreso «El Código civil tras la reforma en materia de capacidad jurídica», celebrado en Zaragoza, el 24 y 25 de junio de 2021.

⁵⁴ Tal y como señala GARCÍA RUBIO, AAMN, 2018, p. 177: «Respecto a la determinación de cuándo se producirá, en su caso, esa necesidad de apoyo, se sigue el criterio del Comité de Expertos de la ONU, de suerte que la concreción de la llegada de tal situación no podrá dejarse a la decisión de un tercero, sino que se juzgará conforme a las previsiones del propio poderdante sin necesidad de homologación judicial, si bien para garantizar el

(mediante acta notarial que incorpore el juicio notarial y un informe pericial al efecto), en ésta tal labor la llevará a cabo el Juez valorando las pruebas oportunas. Por tanto, la situación que justifica que el esposo no afectado por la discapacidad tenga «facultades de representación plena» y que, a su vez, lleva a que se le transfiera, por ministerio de la Ley, la administración y la disposición de la sociedad de gananciales, ha de tener una gravedad y una excepcionalidad *objetiva judicialmente acreditada*, no pudiendo depender de las apreciaciones subjetivas expresadas por el esposo que después resultará necesitado de apoyo. En definitiva, creemos que el propio fundamento del artículo 1387 CC impide su aplicación a los casos de apoderamiento a que nos estamos refiriendo, ya que, el mismo no se encuentra simplemente en que un esposo haya pasado a tener «facultades de representación plena» de su consorte o en su sujeción a las normas y controles de la curatela, sino en toda la situación personal y circunstancial que rodea al necesitado de apoyo, la cual ha de ser excepcionalmente grave y quedar verificada de forma objetiva por la autoridad judicial. En este sentido, podemos recordar que en el anterior artículo 1387 CC se preveía la transferencia de la administración y la disposición de la sociedad de gananciales, no sólo al cónyuge tutor de su consorte, sino también al que fuera su «representante legal», lo que implicaba también la acreditación judicial de unas circunstancias objetivas de gran gravedad, en concreto, las que permitían declarar la situación de ausencia legal.

3. La aplicación del artículo 1387 CC implica una modificación del régimen económico matrimonial que, en otro caso (y a salvo el art. 1388 CC que también lo supone), sólo podría lograrse a través de unas capitulaciones matrimoniales otorgadas por ambos cónyuges con tal contenido (si se estimase que tal pacto no contraviene el art. 1328 CC)⁵⁵, mientras que si aplicáramos dicho precepto a los supuestos de apoderamiento señalados, tal modificación realmente terminaría derivando de la simple voluntad de uno solo de ellos (el que otorga el poder)⁵⁶ y se omitiría el requisito de las capitulaciones que es la regla general.

4. Cabría añadir que el artículo 1387 CC, al ser modificado, podría haber incluido expresamente estos casos de apoderamiento del cónyuge, igual que el artículo 1387 CC anterior preveía la posibilidad de que el esposo hubiera sido nombrado «representante

cumplimiento de esas previsiones se podrá otorgar acta notarial que incorpore el juicio del notario y un informe pericial».

⁵⁵ Sobre la posibilidad de pactar en capitulaciones matrimoniales que uno de los cónyuges sea el único gestor de la sociedad e inclinándose por la postura afirmativa, *vid.* RAGEL SÁNCHEZ, 2017b, pp. 937 y ss.

⁵⁶ Aunque requiera de la aceptación del otro para su eficacia.

legal», es decir, podría haber sustituido esta alusión, por la correspondiente al esposo apoderado al que nos referimos ahora, pero no lo ha hecho⁵⁷: sólo se refiere al curador.

5. Por último, dada la excepcionalidad de la norma, no consideramos posible realizar una interpretación extensiva, ni analógica del artículo 1387 CC, que posibilite incluir en éste, estos supuestos de apoderamiento del esposo con «facultades de representación plena».

Por otra parte, el artículo 1387 CC anterior, al exigir simplemente que el esposo hubiera sido nombrado tutor de su consorte y no requerir que las funciones representativas de la tutela englobaran la esfera patrimonial y personal del sujeto en su totalidad, planteaba dudas en su aplicación cuando el esposo había sido nombrado tutor y a la vez hubiera sido designado mandatario en los términos del anterior artículo 1732 CC⁵⁸, las cuales ya no se presentan tras la reforma de 2021, ya que hoy el artículo 1387 CC exige que el cónyuge haya sido nombrado curador con «facultades de representación plena» y las medidas judiciales de apoyo a la persona con discapacidad sólo pueden adoptarse por el Juez, tal y como dice el artículo 251, p. 2 CC, «en defecto o por insuficiencia de estas medidas de naturaleza voluntaria», por lo que serán «supletorias o complementarias» de éstas, lo cual quiere decir que la existencia y subsistencia de medidas voluntarias, impedirá nombrar al esposo curador con «facultades de representación plena», en cuanto referidas a todos los ámbitos y todos los asuntos y, por tanto, la aplicación del artículo 1387 CC.

Por lo que se refiere a otro tipo de medidas que, en escritura pública, puede «prever o acordar» la persona con discapacidad, tal

⁵⁷ Obviamente, en los casos en los que, por insuficiencia del poder preventivo, por no abarcar toda la necesidad de apoyo, se nombre un curador para colmarla (arts. 249, p. 1 CC y 255, p. 5 CC) y éste sea el cónyuge, como éste no tendrá las facultades de representación plena, no se aplicará el artículo 1387 CC, aunque entre el apoderado y el cónyuge, mientras coexistan (tal y como permite el art. 258 CC), reúnan tales facultades.

⁵⁸ *Vid.* sobre ello, DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, 2008, pp. 248 y ss., que se plantea varios supuestos: el de que la persona con discapacidad haya contratado un mandato de protección con la finalidad de que el mandatario gestione sus intereses patrimoniales y, a la vez, haya designado otra persona como tutor personal para que se encargue de su persona, salud y bienestar, en cuyo caso, este último estaría sometido a las normas de la tutela y aquél a las del mandato, cada uno en su propia esfera; que la persona necesitada de apoyo haya nombrado a un mandatario y el Juez haya designado a un tutor para que asuma las funciones que no correspondieran al primero (del tipo que fueran), pudiéndose predicar de este caso lo mismo que del anterior; que el cargo de tutor recaiga en la misma persona del mandatario, lo que en la mayoría de los casos producirá importantes conflictos de intereses al concurrir en una misma persona una representación legal y una representación voluntaria, estimando esta autora que, entonces, lo más procedente sería designar a otra persona como tutor, invocando el beneficio del tutelado. Todo ello sin perjuicio de que, conforme al anterior artículo 1732 CC, el tutor pudiera pedir la extinción del mandato si la gestión del mandatario perjudicara los intereses del mandante.

y como permite genéricamente el artículo 255 CC, entre las que podría estar el nombramiento de alguna persona para que le asesore en determinadas materias o desarrolle labores de acompañamiento, más o menos estable, en distintos ámbitos..., creemos que no serían suficientes para provocar la aplicación del artículo 1387 CC, fundamentalmente porque no supondrán la designación de una persona a la que le atribuyan «facultades de representación plena» en la esfera patrimonial y personal, sino que tendrían un alcance mucho más limitado, aparte de no existir respecto a ellas un artículo como el artículo 259 CC que nos remita a la aplicación de las normas de la curatela y lleve a plantear su equiparación o no con el curador, en cuanto supuesto previsto por el artículo 1387 CC.

G) La autocuratela: propuesta en favor del cónyuge o de un tercero.

En cuanto a la autocuratela, creemos que el hecho de que haya sido el propio cónyuge quien, en previsión de una futura discapacidad y necesidad de apoyo, haya determinado que sea su consorte su curador (art. 271 CC), no afecta a la aplicación del artículo 1387 CC mientras el Juez, a través de la correspondiente resolución, nombre al esposo de la persona con discapacidad como curador y lo sea con «facultades de representación plena» puesto que, el artículo 276 CC, después de decir que «la autoridad judicial nombrará curador a quien haya sido propuesto para su nombramiento por la persona que precise apoyo o la persona en quien ésta hubiera delegado», mantiene el control judicial sobre dicho nombramiento, al establecer como salvedad a lo anterior, que concurra «alguna de las circunstancias previstas en el apartado segundo del artículo 272» y «lo dispuesto en el artículo 275»⁵⁹, con lo que el Juez no se limita a recoger sin más la propuesta del necesitado de apoyo.

⁵⁹ *Vid.*, refiriéndose a la autotutela, como ejemplo sobre la no vinculación del Juez a la propuesta de nombramiento realizada por el afectado, la STS 17.9.2019 (RJ 2019/3610, Ponente Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg) y las que allí se citan. Dice esta sentencia que el Juez «no está vinculado por ella [la designación realizada por el incapaz] cuando no sea conveniente para la persona con capacidad restringida, teniendo en cuenta la protección del interés de la persona sometida a este tipo de protección, que está por encima de la autonomía de la voluntad». Igualmente, puede verse, la STS 3.6.2016 (RJ 2016/2311, Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana), en la que se designa tutora a la entidad FUNGA, en vez de a la vecina que la incapacitada había designado ante notario, para ejercer en el futuro la tutela o curatela en caso de incapacitación. En la doctrina, analizando esta línea de actuación del Tribunal Supremo, *vid.*, PARRA LUCÁN, *AAMN*, 2019, pp. 481 y ss.

A partir de la reforma, como expresamos en el texto, tampoco el Juez estará vinculado por la propuesta de curador hecha por la propia persona necesitada de apoyo, «si existen circunstancias graves desconocidas por quien las estableció, o alteración de las causas

Cuando, a través de esa autocuratela, lo que hizo el esposo fue designar como su curador a un tercero, sin que el Juez aprecie inconveniente alguno a su nombramiento, y resulte tener aquél facultades de representación plena, creemos que el cónyuge no afectado por la discapacidad no podrá acudir al artículo 1388 CC para solicitar que el Juez le transfiera la administración de la sociedad de gananciales, pues, como ya dijimos con relación a otros casos en los que un tercero es nombrado curador:

1. Si ha sido excluido de la curatela por su propio consorte y, por tanto, no ha sido considerado como la persona más adecuada para ejercer los apoyos que pudiera requerir por el propio afectado necesitado de ellos (no sólo a nivel patrimonial, sino también personal), ha de entenderse igualmente postergado por él de la posibilidad de gestionar *por sí sólo* los bienes comunes que, a la postre, constituyen un patrimonio que también pertenece al que tiene la discapacidad, aunque sea junto con su consorte y en régimen de comunidad germánica.

2. El carácter fáctico de las situaciones a las que atiende el artículo 1388 CC, el cual no concurre en la que ahora tratamos, puesto que se ha emitido una resolución judicial relativa a los apoyos que requiere la persona con discapacidad y en la que el Juez no ha considerado que existan obstáculos para que éstos los ejerza quien desea el necesitado de apoyo (arts. 272, p. 2 y 275 CC CC).

3. A todo ello se une que no se da el presupuesto exigido por el artículo 1388 CC, puesto que el cónyuge con discapacidad no está imposibilitado para prestar consentimiento, ya que puede hacerlo, en igualdad de condiciones que los demás, a través de su representante formalmente designado.

La postura que defendemos no supone, en ningún caso⁶⁰, que el esposo necesitado de apoyo pueda, por su simple voluntad, excluir al otro de la gestión de los bienes comunes, sino, simplemente, reconocer que el cónyuge que prevea la posibilidad de estar en tal situación de discapacidad en el futuro, puede determinar la persona

expresadas por el mismo o que presumiblemente tuvo en cuenta en sus disposiciones», tal y como dice el nuevo artículo 272 CC, o se está en alguno de los casos del artículo 275 CC. lo que se debe a la importancia adquirida en la nueva regulación, por la voluntad, deseos y preferencias del que tiene la discapacidad, cuyo respeto es lo que ahora se considera que constituye verdaderamente su interés. En esta línea, aunque tratando de la posibilidad de hacer donaciones por parte del sujeto necesitado de apoyo, cabe citar a GUILARTE MARTÍN-CALERO, 2019, p. 136, según la cual: «...el interés de la persona con discapacidad se identifica con el respeto a su voluntad, deseos y preferencias y, por tanto, debe excluirse, con carácter general, actuaciones y decisiones contrarias a la voluntad y preferencias manifestadas expresamente por la persona con discapacidad, salvo que éstas tengan su origen en la influencia indebida y en el abuso de la confianza de la persona con discapacidad».

⁶⁰ Frente a la opinión de REBOLLEDO VARELA, 2013b, p. 9790.

que quiere que tome las decisiones relativas al patrimonio ganancial en su representación y *junto con el otro*. Además es una posición que respeta la voluntad y deseos del que tiene la discapacidad y que permite mantener su presencia en la gestión de los gananciales, en armonía con los principios que, de acuerdo con la Convención de Nueva York, rigen la modificación del Código Civil en materia de discapacidad⁶¹.

Como ya hemos dicho en otro lugar, en estos casos, en los que el curador es un tercero –aquí por haberlo propuesto el propio cónyuge necesitado de apoyo– cuando estemos ante actos contemplados por el artículo 287 CC y que se refieran a bienes gananciales, será necesario, no sólo el consentimiento del esposo que no tiene la discapacidad y el del curador, sino también que éste cuente con la autorización judicial correspondiente.

Lo que sí podrá hacer el esposo no necesitado de apoyo y no nombrado curador, será solicitar la disolución de la sociedad de gananciales fundándose en el artículo 1393.1 CC, que no habla simplemente de «imposibilidad de prestar consentimiento» (como el art. 1388 CC), sino de que «respecto del otro *cónyuge se hubieren dispuesto judicialmente medidas de apoyo* que impliquen facultades de representación *plena* en la esfera *patrimonial*», independientemente de que ese apoyo lo preste el esposo del que tiene la discapacidad o un tercero, como es el supuesto al que ahora nos estamos refiriendo.

2.3 El supuesto del cónyuge representante legal de su consorte declarado ausente

La redacción anterior del artículo 1387 CC hacía alusión, además de al cónyuge que fuera «tutor» de su consorte, al que fuera su «representante legal». Pues bien, mientras que la mención al «tutor», tal y como acabamos de analizar, ha sido sustituida por la que se hace al «curador con facultades de representación plena», la alusión al «representante legal» ha sido suprimida.

A través de esta expresión («representante legal»), antes la reforma que estudiamos, se entendía que se incluía al representan-

⁶¹ En favor de nuestra posición, si bien refiriéndose a un caso en el que el tutor es un tercero (la hija del matrimonio) nombrado por el Juez, sin mediar propuesta del esposo afectado por la discapacidad, *vid.*, la ya citada RDGRN 12.7.1999 (RJ 1999/4756), que se refiere a la posibilidad de la interpretación que defendemos en el texto al declarar: «... y que aun cuando se estimase que tales normas [arts. 1377.2, 1387 y 1388 CC] contemplan la enajenación por la sola voluntad de un cónyuge, de modo que no serían aplicables a la venta de bienes gananciales por el cónyuge capaz y por el tutor del consorte incapacitado, tampoco se podría prescindir en este supuesto de la oportuna autorización judicial pues conforme al artículo 271.2 CC, el tutor la necesitaría para la realización de actos dispositivos susceptibles de inscripción».

te del declarado ausente⁶² en los casos del artículo 183 CC, el cual, conforme al artículo 184, 1.º CC, «salvo motivo grave apreciado por el Secretario judicial», ha de ser el «cónyuge presente mayor de edad no separado legalmente o de hecho», al que corresponde «la pesquisa» de su consorte desaparecido, «la protección y administración de sus bienes y el cumplimiento de sus obligaciones» (art. 184 CC)⁶³. De este modo, además de todo ello, como consecuencia del artículo 1387 CC, le correspondería, por ministerio de la Ley, la administración y disposición de la sociedad de gananciales. Parte de la doctrina, también consideraba aplicable el artículo 1387 CC al defensor del desaparecido⁶⁴, en los casos de simple desaparición, conforme al artículo 181 CC, cuyo párrafo 2 determina que «el cónyuge presente mayor de edad no separado legalmente será el representante y defensor nato del desaparecido», cuya misión será amparar y representar «al desaparecido en juicio o en los negocios que no admitan demora sin perjuicio grave» (art. 181, p. 1 CC); en este caso, la aplicación del artículo 1387 CC al cónyuge defensor de su consorte desaparecido, implicaría, desde esta posición, que éste tendría la administración y disposición del patrimonio ganancial pero sólo cuando se tratase de «negocios que no admitan demora sin perjuicio grave», en coherencia con el artículo 181, p. 1 CC.

Frente a todo ello, la nueva redacción del artículo 1387 CC surge de la reforma del Código Civil en materia de discapacidad, al suprimir la alusión a la figura del «representante legal» y referirse,

⁶² Téngase en cuenta que la regulación de la ausencia fue modificada por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. El expediente de declaración de ausencia se encuentra regulado en los artículos 67 y ss. de la LJV.

La Ley 94.4 de la Compilación Navarra, al regular el régimen matrimonial de conyugales, se refiere también al «representante legal», pero no relaciona esta figura con la ausencia, sino con la discapacidad, al establecer: «La administración y disposición se transferirán por ministerio de la Ley al tutor o representante legal del cónyuge que tenga modificada su capacidad de obrar», dado que la declaración de ausencia no modifica la «capacidad de obrar» del sujeto.

Por su parte, el Código del Derecho foral de Aragón, sí que incluye los casos de ausencia al tratar de la atribución automática de la gestión a un cónyuge, en el artículo 242, al determinar: «Concreción automática de facultades. La gestión del patrimonio común corresponderá al cónyuge del incapacitado o declarado ausente. Necesitará, no obstante, autorización del Juez o de la Junta de Parientes de su cónyuge para los actos de disposición sobre inmuebles o establecimientos mercantiles». Es de observar que no exige que el esposo sea quien haya sido designado curador de su cónyuge necesitado de apoyo o representante legal del esposo ausente.

⁶³ En caso de declaración de ausencia de uno de los cónyuges, el otro, si es su representante legal, además tendrá las obligaciones del artículo 185, n.º 1, 3 y 4 CC; también, la posesión temporal de los bienes del ausente y el derecho a los frutos, conforme al artículo 186, p. 1 y 3 CC; e, igualmente, «derecho a la separación de bienes» (art. 189 CC), lo que en nuestro caso significa que podrá pedir la disolución de la sociedad de gananciales (art. 1393.1 CC).

⁶⁴ *Vid.*, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, 1989, p. 276; PRETEL SERRANO, 1991a, p. 748.

únicamente, a la del «curador», impediría su aplicación a estos supuestos de ausencia declarada y simple desaparición. Sin embargo, ante ello, podría pensarse en otra posibilidad para el cónyuge representante legal de su consorte ausente, cual es solicitar al Juez que le confiera «la administración» por encontrarse el otro, «en imposibilidad de prestar consentimiento», conforme al artículo 1388 CC. Si así fuera, la supresión de la alusión al cónyuge que sea «representante legal de su consorte» en el artículo 1387 CC, tendría como efecto reflejo, el incremento del ámbito de aplicación del artículo 1388 CC, que pasaría a acoger dicho supuesto. Pues bien, frente a esta postura (aplicabilidad del art. 1388 CC a los casos de ausencia declarada siendo representante legal el esposo presente) podrían alegarse los siguientes argumentos, algunos semejantes a los que ya hemos empleado en otras ocasiones:

1. Que el artículo 1388 CC recoge casos de imposibilidad fáctica de prestar consentimiento, no jurídica u oficialmente declarada, razón por la que, si el legislador quería que el caso de declaración de ausencia se encontrara incluido dicho precepto, debería haberlo recogido expresamente, puesto que no participa de la característica común (su carácter de mero hecho) a todos los previstos por él.

2. Que el ausente no está inhabilitado para prestar consentimiento, puesto que tiene un «representante legal» que puede hacerlo en su nombre, su cónyuge (art. 184 CC: «... corresponde la representación del declarado ausente... 1.º Al cónyuge presente...») en el lugar en que su presencia es necesaria.

3. Por las circunstancias especiales que se dan en los casos de declaración de ausencia y los riesgos que conllevan para el cónyuge presente, los cuales son puestos de manifiesto por De la Cuesta, al tratar del artículo 189 CC, que afirma que, realmente, la protección más completa para el cónyuge presente es la separación o el divorcio, ya que «en el caso de que la vivienda familiar y el ajuar doméstico sean de titularidad privativa del cónyuge ausente o sean comunes en régimen de comunidad ordinaria, y sea cual sea su régimen económico matrimonial, el cónyuge ausente podrá disponer eficazmente a favor de un tercero de sus derechos sobre tales bienes por causa de la desafortunada regulación del párrafo 2 del artículo 1320 del Código Civil, según la cual la «manifestación errónea o falsa del disponente sobre el carácter de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe», en la interpretación que de éste defiende buena parte de la doctrina, y que resulta absolutamente injusta y contradictoria con la finalidad del párrafo 1.º del mismo precepto legal. / La hipótesis además entraría de lleno en el

párrafo dos del artículo 188 del Código Civil, y daría lugar a la delirante situación de que el cónyuge representante del ausente vería extinguirse su representación sobre esos bienes «Que quedarán a disposición de sus legítimos titulares»⁶⁵.

Sin embargo, frente a estos razonamientos, reconocemos que cabría oponer estos otros:

1. Que si se afirma que ha de tratarse de una situación fáctica, se estaría haciendo supuesto de la cuestión, puesto el artículo 1388 CC, interpretado a la luz del nuevo artículo 1387 CC, no tendría por qué referirse sólo a casos de carácter fáctico, al ya no recoger aquél todos los supuestos de imposibilidad jurídica en los que el cónyuge no afectado por la discapacidad o presente, haya sido nombrado representante del otro.

2. Los peligros que se dan cuando uno de los cónyuges es declarado ausente, también se dan en los casos de abandono o separación de hecho⁶⁶ y, sin embargo, el artículo 1388 CC posibilita expresamente que le sea atribuida la administración al esposo que lo solicita; no obstante, también es verdad que el paradero desconocido del ausente facilita su actuación contraria a lo establecido en el artículo 1320 CC.

El problema es complejo, pero creemos que estos últimos argumentos no son capaces de derribar lo que, en nuestra opinión, es el fundamental, cual es la falta del presupuesto del artículo 1388, dado que, insistimos, no estamos ante un caso de «imposibilidad de prestar consentimiento», pues el ausente tiene quien lo represente (su «representante legal» que es su cónyuge) y, por tanto, podrá prestarlo a través de él. Como consecuencia de ello, creemos que, en estos casos, respecto a los bienes comunes habrán de com-

⁶⁵ Vid. DE LA CUESTA, 2016b, pp. 990 y 991.

⁶⁶ Vid. STS 27.9.2019 (RJ 2019/4033, Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller), que declara que la separación de hecho no produce la disolución de la sociedad de gananciales, si bien en algunos casos puede considerarse disuelta a pesar de los artículos 1393.3, 1388 y 1368 CC. Se remite a la STS 28.5.2019 (RJ 2019/2165, Ponente Excmo. Sra. D.ª María de los Ángeles Parra Lucán), que en un supuesto en el que se pedía la declaración de que la sociedad había concluido al tomarse las medidas provisionales del artículo 103 CC, lo niega con base en los artículos 1392.1 y 95 CC, y en que, del artículo 103, regla 4 CC, se deduce que continúa la sociedad de gananciales; no obstante, reconoce que la jurisprudencia ha declarado que, cuando existe una separación de hecho seria y prolongada, no se considerarán gananciales los bienes que cualquiera de los cónyuges haya adquirido individualmente, sobre todo si lo han sido por el propio trabajo o la industria, doctrina matizada por la STS 6.5.2015 (RJ 2015/2602, Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Melero), según la cual, frente a los preceptos de los que resulta que la sociedad de gananciales no se disuelve por la mera separación de hecho (arts. 1393.3, 1388 y 1368 CC) «sólo cabe rechazar la pretensión del cónyuge que reclama derechos sobre los bienes a cuya adquisición no ha contribuido cuando se trate de un ejercicio abusivo del derecho contrario a la buena fe (art. 7 CC)».

binarse las normas de la ausencia y las de la sociedad de gananciales, de modo que, en este ámbito el cónyuge representante, podrá actuar en su propio nombre y en el de su consorte ausente, a los efectos de reunir los consentimientos necesarios exigidos por el artículo 1375 CC, pero como los bienes gananciales pertenecen también al ausente, respecto a los actos de disposición habrá que cumplir con lo previsto en el artículo 186, p. 3 CC, que exige la autorización del Letrado de la Administración de Justicia para vender, gravar, hipotecar o dar en prenda bienes del ausente, la cual sólo cabrá «en caso de necesidad o utilidad evidente», debiéndose determinar «el empleo de la cantidad obtenida». En todo caso, el cónyuge del ausente podrá solicitar la separación de bienes (arts. 189 CC y 1393, n.º 1 CC).

En cuanto al cónyuge que fuera defensor judicial del desaparecido, creemos que, por tratarse de una figura totalmente transitoria y cuyas facultades son mucho más limitadas (dado que sólo representará al ausente en los asuntos «que no admitan demora sin perjuicio grave» –art. 181 CC–), es aún más difícil aceptar que pueda hacer uso del artículo 1388 CC, aunque no faltan autores que así lo hayan afirmado teniendo en cuenta la redacción de los artículos 1387 y 1388 CC anteriores a la reforma de 2021⁶⁷. En nuestra opinión, el cónyuge defensor del desaparecido podrá basarse en el artículo 181 CC para llevar a cabo negocios que no admitan demora sin perjuicio grave sobre los bienes gananciales (del mismo modo que el artículo 1386 CC, le permite «realizar gastos urgentes de carácter necesario, aun cuando sean extraordinarios») y, para todo lo demás, deberá solicitar la autorización judicial, de acuerdo con las reglas generales de la sociedad de gananciales (arts. 1376 y 1377 CC).

Por último, para dejar completa cuestión, basta añadir que estimamos que si hubiera sido nombrado representante del ausente o defensor judicial del desaparecido una persona distinta a su cónyuge, tampoco se aplicará el art. 1388 CC.

3. CONSECUENCIA JURÍDICA: LA «TRANSFERENCIA» DE LA ADMINISTRACIÓN Y LA DISPOSICIÓN DE LOS BIENES DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

3.1. Generalidades

La reforma de la Ley 8/2021 no ha afectado al artículo 1387 CC en lo relativo a la consecuencia jurídica que establece, ya que,

⁶⁷ *Vid.* DE LA CUESTA, 2016a, p. 973.

cuando se da el supuesto de hecho de que uno de los esposos sea nombrado curador con «facultades de representación plena» del otro, sigue determinando como efecto que «la administración y disposición de los bienes gananciales se transferirá por ministerio de la Ley» a aquél, manteniéndose, en esta parte, la redacción surgida de la reforma de 1981. No obstante, en las líneas siguientes estudiaremos tal consecuencia jurídica teniendo en cuenta la nueva normativa sobre la discapacidad.

Como dijimos más arriba, el artículo 1387 CC recoge una excepción al principio de administración y disposición conjunta del artículo 1375 CC, atribuyendo éstas a un solo esposo de forma continuada, duradera y estable, si bien, no necesariamente definitiva, puesto que la desaparición o modificación de la causa de discapacidad que justificó su aplicación, implicará, como consecuencia de la resolución judicial que así lo determine, la vuelta al principio general.

La doctrina ya destacó, poco después de la entrada en vigor de la Ley de 13 de mayo de 1981 –tal y como lo ha seguido haciendo hasta hoy–, lo erróneo de la expresión «transferirá» que utiliza el artículo 1387 CC, ya que no se trata de la transferencia de las facultades de administración y disposición del esposo que tiene la discapacidad (antes, incapacitado o ausente) al otro, sino de una consecuencia de mucho más calado: la sustitución de un «órgano de gestión» de la sociedad por otro⁶⁸, de modo que se pasará del constituido por los dos esposos, al configurado por uno sólo. Esto quiere decir que el cónyuge curador, no es que tenga la representación⁶⁹ del otro para administrar y disponer de los bienes de la sociedad de gananciales a los efectos de poder prestar el consentimiento conjunto del artículo 1375 CC, sino que él sólo pasa a ser el único gestor del patrimonio común y, en principio, sólo es necesario su consentimiento. Por ello, se ha dicho que no se trata de una «transferencia» de poderes o facultades de administración y disposición del uno al otro, sino de una «concentración»⁷⁰ de todos los poderes en el esposo curador (antes, tutor), con los límites del artículo 1389 CC.

⁶⁸ Vid. LACRUZ BERDEJO, 1989, p. 513. Le sigue, DE LOS MOZOS, 1984, p. 412.

⁶⁹ En este sentido, O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., 2020, p. 1.

⁷⁰ Vid. Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN, 1984a, p. 1775; DE LOS MOZOS, 1984, p. 412; RAMS ALBESA, 1992, p. 317; TORRES GARCÍA, 2013, p. 127; SERRANO GARCÍA, *BMJ*, 1992, pp. 5958 y 5959; GUILARTE GUTIÉRREZ, 2010a, p. 1529; REBOLLEDO VARELA, 2013a, p. 9785; MORALEJO IMBERNÓN, 2013a, pp. 1876; PRETEL SERRANO, 1991a, p. 746; PRETEL SERRANO, 1991c, p. 753; LÓPEZ RICHART, 2005, p. 511; ATIENZA NAVARRO, 2016a, p. 1034.

3.2 Alusión al artículo 1388 CC

El otro precepto que, en el Código Civil, determina una excepción al principio general de cogestión del artículo 1375 CC, es el artículo 1388 CC, pero en él la concentración está referida, *según su tenor literal*, únicamente a la «administración».

Aunque el objeto de este estudio es el artículo 1387 CC, por resultar afectado directamente por la reforma, creemos que debemos detenernos también ahora en esta otra norma (art. 1388 CC) ya que, tanto en la determinación de los supuestos de hecho que contempla (lo cual ya hemos analizado más arriba), como en sus consecuencias, podría haber quedado indirectamente modificado, de forma refleja, como consecuencia de la alteración del artículo 1387 CC. Efectivamente, tratando desde la perspectiva de sus efectos, la doctrina, desde 1981, ha discutido sobre el significado del término «administración» del artículo 1388 CC, existiendo dos posturas:

1. La de los que piensan⁷¹ que dicho término acoge tanto la administración, como la disposición, por emplearse de forma amplia, es decir, como equivalente a «gestión», tal y como hace la rúbrica de la Sección 4.^a, «De la administración de la sociedad de gananciales»⁷², en un sentido económico⁷³, o por así derivarse del tenor del artículo 1389 CC, que incluiría los actos de disposición del párrafo segundo, en la «administración» del párrafo primero⁷⁴, o del artículo 90.1, letra e, LJV⁷⁵.

⁷¹ *Vid.*, DE LOS MOZOS, 1984, p. 414; RAMS ALBESA, 1992, p. 317; RAGEL SÁNCHEZ, 2017a, p. 317; RAGEL SÁNCHEZ, 2017b, pp. 951 y 952; ATIENZA NAVARRO, 2016c, p. 1040; MORALEJO IMBERNÓN, 2015, p. 180; GONZÁLEZ GARCÍA, 2017, p. 194. También parece ser ésta la opinión de PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, 1989, nota 168, p. 276.

⁷² Por ejemplo, REBOLLEDO VARELA, 2013b, p. 9791, observando que artículo 1388 CC, no habla de «administración de los bienes gananciales», sino simplemente de «administración», lo que puede entenderse referido a la sociedad de gananciales en general, en el sentido de la Sección 4.^a

⁷³ Por ejemplo, PRETEL SERRANO, 1991c, p. 753, para que el CC utiliza el término «administración» con un significado económico, no de negocio jurídico de administración, frente al de disposición.

⁷⁴ Sería el caso de LACRUZ BERDEJO, 1989, p. 513, «En el concepto de administración del artículo 1389.1, enteran los actos de disposición, como se deduce del apartado 2, que somete a autorización judicial determinadas disposiciones del cónyuge administrador único, luego no las restantes».

⁷⁵ Así lo entiende, GUILARTE MARTÍN-CALERO, 2019, p. 142. Dice este artículo 90, 1, letra e, LJV: «1. Se seguirán los trámites regulados en las normas comunes de esta Ley cuando los cónyuges, individual o conjuntamente, soliciten la intervención o autorización judicial para: ... e) Realizar *actos de disposición* sobre inmuebles, establecimientos mercantiles, objetos preciosos o valores mobiliarios, salvo el derecho de suscripción preferente, si *el cónyuge tuviera la administración* y, en su caso, la disposición de los bienes comunes por ministerio de la Ley o por resolución judicial».

2. La de los que, ateniéndose a su tenor literal y por comparación con el artículo 1387 CC que le precede, entienden⁷⁶ que en los casos del artículo 1388 CC queda excluida la atribución de la disposición, justificando, además, la dicción del Código Civil aludiendo a que a las causas del artículo 1388 CC, les faltan los caracteres de «fijeza y permanencia» de las del artículo 1387 CC⁷⁷ o a que estamos «ante supuestos que encierran situaciones fácticas en las que todavía no ha habido intervención judicial, y por tanto, no ha habido un procedimiento previo que proteja las garantías del otro cónyuge»⁷⁸.

Nosotros, aunque reconocemos que es difícil inclinarse por una u otra opción, estimamos más acertada la primera⁷⁹. Nuestra postura es que el Juez, en aplicación del artículo 1388 CC, puede atribuir la disposición de los bienes comunes al esposo que inste judicialmente la atribución de la «administración», además de por los argumentos expuestos, por otro que nos brinda la LJV, ya que, conforme al artículo 90.2 LJV «En los *expedientes sobre atribución de la administración y disposición* de los bienes comunes a uno sólo de los cónyuges, el Juez podrá acordar asimismo cautelas y limitaciones, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal cuando haya de intervenir en el expediente», y esos «expedientes sobre atribución de la administración y disposición», dentro del artículo 90 LJV, sólo pueden ser los expedientes del artículo 90.1, letra d⁸⁰, que únicamente se refiere a los supuestos del artículo 1388 CC, puesto que los demás expedientes (los del art. 90.1, letras a, c y e LJV) no se refieren a la atribución de la administración y disposición *en general*, sino a la realización de actos de administración o de disposi-

⁷⁶ Es el caso de: Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN, 1984b, p. 1776; Díez-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, 2018, p. 185; ALBALADEJO, 2008, p. 176; VÁZQUEZ IRUZUBIETA, 2004, p. 493; SERRANO GARCÍA, *BMJ*, 1992, p. 5959; LASARTE ÁLVAREZ, 2009, p. 201; LÓPEZ RICHART, 2005, p. 514; ATIENZA NAVARRO, 2016a, pp. 1033 y 1034.

⁷⁷ *Vid.*, PRETEL SERRANO, 1991b, p.750. No obstante, este autor se contradice, puesto no es esto lo que sostiene al tratar del artículo 1389 CC, tal y como hemos señalado más arriba.

Por su parte, REBOLLEDO VARELA, 2013b, p. 9790, pone de manifiesto que el ámbito de aplicación del artículo 1388 CC es más restringido que el de los artículos 1376 y 1377 CC, puesto que la expresión utilizada por aquél («imposibilidad»), frente a la utilizada por éstos («impedido»), «parece reflejar una situación más estable y permanente que hace previsible que la imposibilidad de actuar se prolongue en el tiempo, lo que hace oportuno conferir toda la gestión de la sociedad de gananciales a un cónyuge, pues si se trata de un caso puntual sería suficiente para el mismo la autorización judicial supletoria».

⁷⁸ *Vid.*, GUILARTE GUTIÉRREZ, 2010b, p. 1530.

⁷⁹ En este sentido, *vid.*, RDGRN 13.5.2016 (RJ 2016/3025).

⁸⁰ Dice este artículo 90.1.d: «1. Se seguirán los trámites regulados en las normas comunes de esta Ley cuando los cónyuges, individual o conjuntamente, soliciten la intervención o autorización judicial para: ... d) Conferir la administración de los bienes comunes, cuando uno de los cónyuges se hallare impedido para prestar el consentimiento o hubiere abandonado la familia o existiere separación de hecho».

ción concretos, ya sean uno o varios; por otra parte, el «en su caso» del artículo 90.1, letra e, LJV⁸¹, concerniente a la realización de concretos actos de disposición sobre bienes comunes, sólo puede afectar a las hipótesis del artículo 1388 CC, no al artículo 1387 CC, dado que éste atribuye al cónyuge curador tanto la administración como la disposición en general. Por consiguiente, creemos que en los supuestos del artículo 1388 CC, el Juez podrá atribuir, con las cautelas y limitaciones que considere oportuno, sólo la administración o la administración y la disposición, si bien, la regla general será la atribución sólo de la administración (puesto que «la disposición de los bienes comunes» sólo se atribuirá «en su caso», art. 90.1, letra e, LJV), mientras que en los del artículo 1387 CC, el esposo curador tendrá tanto la administración como la disposición (como expresamente establece el propio precepto) con posibilidad, igualmente, de que el Juez determine «cautelas o limitaciones» en ambos ámbitos, aparte de la necesidad de autorización para los actos de disposición sobre ciertos bienes, que resulta del artículo 1389, p. 2 CC.

3.3 La concentración de la administración y la disposición en el cónyuge curador

Volviendo a centrarnos en el artículo 1387 CC, en cuanto al momento en que su consecuencia jurídica (la «concentración» de la administración y la disposición del patrimonio ganancial en el cónyuge curador con «facultades de representación plena») se produce, hay que decir que la misma tiene lugar automáticamente, «por ministerio de la Ley» (art. 1387 CC), en el mismo instante en que el otro cónyuge es nombrado curador en el auto con el que concluya el expediente de jurisdicción voluntaria «de provisión de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad» o, en su caso, en la sentencia que se dicte en el proceso judicial contencioso «sobre la adopción de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad». Esto quiere decir que no es preciso un pronunciamiento *ad hoc*, sino que la «concentración» se produce como consecuencia inmediata de tal nombramiento, sin necesidad de declaración alguna específica al respecto⁸². Si el cónyuge curador no

⁸¹ Dice el artículo 90.1.e LJV: «Realizar actos de disposición sobre inmuebles, establecimientos mercantiles, objetos preciosos o valores mobiliarios, salvo el derecho de suscripción preferente, si el cónyuge tuviera la administración y, en su caso, la disposición de los bienes comunes por ministerio de la Ley o por resolución judicial».

⁸² A diferencia de lo que ocurre con los supuestos del artículo 1388 CC, en los que la atribución de la «administración» a uno solo de los cónyuges, requerirá petición al Juez por parte del esposo interesado y resolución judicial dirigida concretamente a ello

quiere este efecto, la única salida que tendrá será pedir la disolución de la sociedad (art. 1393.1 CC).

Dicha concentración de facultades en el cónyuge curador para administrar y disponer del patrimonio ganancial, lleva consigo el desplazamiento o expulsión, en este ámbito, de las normas de la curatela, tanto desde el punto de vista de las cautelas a adoptar como de los derechos concedidos al esposo representante⁸³. En efecto, las normas relativas a la curatela, incluidas todas las que hacen alusión a la curatela representativa, dejarán de ser de aplicación directa a la gestión que el esposo haga del patrimonio ganancial, de modo que ésta pasará a estar regida por lo establecido por el artículo 1389 CC. Así, los artículos 282, 284, 285 o, incluso, el artículo 287 CC, referido a los actos para los que el curador con facultades de representación requerirá autorización judicial, además de los relativos a la rendición de cuentas (art. 292 CC), serán inaplicables. Igualmente, y por la misma razón, el esposo curador

(art. 90 LJV). Esto ha llevado a que los casos del artículo 1388 CC se clasifiquen como supuestos de transferencia (realmente, concentración) de la gestión de la sociedad a uno sólo de los cónyuges, por resolución judicial, frente a los del artículo 1387 CC, que serían de transferencia (concentración) por ministerio de la Ley. No obstante, RAGEL SÁNCHEZ, 2017a, p. 314, y RAGEL SÁNCHEZ, 2017b, p. 949, observa que, en ambos casos, la transferencia se produce como consecuencia de una «intervención judicial, que una vez comprobadas las circunstancias contempladas en esos preceptos, lleva a la declaración» correspondiente, en los del artículo 1387 CC, dirigida a otra finalidad, y en los del artículo 1388 CC, encaminada directamente a ordenar la transferencia de la gestión.

La doctrina no es unánime a la hora de determinar el margen que el Juez tiene para, en los casos previstos por el artículo 1388 CC, decretar o no la concentración de la administración en un cónyuge. Así, entienden que el Juez tiene un amplio margen para acordarla: PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, 1989, p. 276; SERRANO GARCÍA, *BMJ*, 1992, p. 5964; LÓPEZ RICHART, 2005, p. 512 y 513; parece que también es ésta la opinión de REBOLLEDO VARELA, 2013b, p. 9788. Entienden que el Juez, si se acredita estar en uno de los supuestos del artículo 1388 CC, no puede denegar la petición: DíEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, 2018, pp. 185 y 186; PRETEL SERRANO, 1991b, p. 751; MORALEJO IMBERNÓN, 2013b, p. 1877.

Por nuestra parte, estamos de acuerdo con los que estiman que el Juez tiene margen para decidir, una vez acreditada la concurrencia de alguna de las causas del artículo 1388 CC, si decreta la transferencia de facultades de administración al cónyuge solicitante, atendiendo a las circunstancias del caso y a las cualidades del esposo que ha presentado la solicitud. Creemos, parafraseando, *mutatis mutandis* a LÓPEZ RICHART, 2005, p. 513, que los artículos 1387 y 1388 CC, «están más próximos de lo que a primera vista pudiera parecer», pues en ambos casos la transferencia sólo se produce cuando el cónyuge «sea considerado merecedor de esa confianza, presumida en su previo nombramiento como» curador con facultades de representación plena «o porque así lo estime el Juez en función de las circunstancias del caso».

⁸³ Así lo estimaban, respecto a las normas de la tutela, antes de la reforma del artículo 1387 CC: PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, 1989, nota 168, pp. 276 y 277; RAMS ALBESA, 1992, p. 316; TORRES GARCÍA, 2013, p. 128; REBOLLEDO VARELA, 2013c, p. 9793; GUILARTE MARTÍN-CALERO, 2019, p. 140; ATIENZA NAVARRO, 2016a, p. 1036; PRETEL SERRANO, 1991b, p. 749.

Contra el desplazamiento de las normas de la tutela se pronunciaba, GUILARTE GUTIÉRREZ, 2010a, p. 1529, que entiende, además, que los límites del anterior artículo 271 CC, debían combinarse con los del 1389 CC. Igualmente, SERRANO GARCÍA, *BMJ*, 1992, p. 5963.

carecerá de derecho a ser retribuido por su labor al frente del patrimonio ganancial (art. 281, p. 1 y 2 CC). Incluso, este desplazamiento llegaría a principios básicos de la reforma, como es el de tener en cuenta, en la toma de decisiones, la voluntad, preferencias y deseos del sometido a curatela (arts. 249, p. 2; 250, p. 2; 268; 270 y 282, p. 3 CC y, especialmente, por referirse específicamente a la curatela representativa, el art. 249, p. 3 CC)⁸⁴, dado que lo que debe regir la toma de decisiones en la gestión de la sociedad de gananciales es el «interés de la familia», no la voluntad ni el interés el individual de cada esposo, tal y como se deduce del artículo 1389, p. 1 CC⁸⁵, y el cónyuge curador no actúa en este ámbito en representación del necesitado de apoyo. No obstante, todas estas normas de la curatela seguirán afectando al esposo curador en la gestión del patrimonio privativo de su cónyuge, de modo que, si se produce conflicto de intereses, como consecuencia de su condición de gestor de ambos patrimonios (privativo del que tiene la discapacidad y ganancial), se deberá nombrar un defensor judicial al esposo que sufre la discapacidad (art. 295, 2.º CC); lo mismo habría que decir cuando tal conflicto de intereses se refiera, no al patrimonio del esposo con discapacidad, sino al propio del cónyuge curador que, obviamente, gestiona él mismo en cuanto titular. En este punto, han de recordarse los artículos 1390 y 1391 CC que podrían servir para proteger al cónyuge afectado por la discapacidad frente a abusos o fraudes del otro gestionando la sociedad.

3.4 Alcance de las facultades de administración y disposición del patrimonio ganancial conferidas al esposo curador

¿Hasta dónde llegan las facultades de administración y de disposición del patrimonio común en los supuestos del artículo 1387 CC? A esta pregunta responde el artículo 1389 CC, cuya redacción actual proviene de la DF 1.ª de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria. Según este precepto: «El cónyuge en quien recaiga

⁸⁴ Vid., PEREÑA VICENTE, *RD*, 2014, p. 25: «el proceso de toma de decisiones, tanto si la medida implica acompañamiento como si implica representación, no puede hacerse sin tener en cuenta la voluntad, los deseos y las preferencias de la persona, respetando sus opciones vitales, estilo de vida y valores». En el mismo sentido, MAGARIÑOS BLANCO, *RDC*, 2018, p. 216; PAU PEDRÓN, *RDC*, 2018, p. 9 y 23, señalando en esta última que, en los casos en que «la voluntad no puede expresarse, porque ha sobrevenido una discapacidad que lo impide... hay que indagar la voluntad que hubiera tenido la persona. Y en ese caso se impone al curador que tome en consideración «la trayectoria vital, los valores y las creencias» de la persona con discapacidad».

⁸⁵ Sin embargo, SERRANO GARCÍA, *BMJ*, 1992, p. 5964, critica la referencia a este concepto indeterminado diciendo que es un «concepto válvula que entorpece muy agudamente la aplicación e interpretación de las normas».

la administración en virtud de lo dispuesto en los dos artículos anteriores tendrá para ello *plenas facultades*, salvo que el Juez, cuando lo considere de *interés para la familia*, establezca *cautelos o limitaciones*. / *En todo caso*, para realizar actos de disposición sobre inmuebles, establecimientos mercantiles, objetos preciosos o valores mobiliarios, salvo el derecho de suscripción preferente, necesitará *autorización judicial*». La modificación que, en su texto, introdujo la citada LJV, consistió en suprimir la referencia a la necesidad de «previa información sumaria» para que el Juez pudiera establecer las «cautelos o limitaciones», lo cual no quiere decir, ni mucho menos, que, a partir de su entrada en vigor, el Juez ya no tenga que recabar información para decretarlas o para prestar la autorización del artículo 1389, p. 2 CC, sino todo lo contrario, tal y como se desprende del artículo 90 LJV en sus apartados 4 y 5⁸⁶ en relación con el apartado 1, letra d y apartado 2 LJV⁸⁷ (que se refieren al art. 1388 CC), y con el artículo 90.1, letra e, LJV⁸⁸ (referido tanto al art. 1388 CC, como al art. 1389, p. 2 CC).

Como el propio precepto dice al referirse a «los dos artículos anteriores», el mismo es aplicable no sólo a los supuestos del artículo 1387 CC, sino también a los del artículo 1388 CC y, además, en sus dos párrafos, puesto que, como hemos defendido, nos decantamos por entender que el término «administración» del artículo 1388 CC, incluye también la disposición.

Que el esposo al que se le haya atribuido la administración tenga para ello «plenas facultades», significa que actuará como

⁸⁶ Dicen los apartados 4 y 5 del artículo 90 LJV: «4. El Juez oír en la comparecencia al solicitante, al cónyuge no solicitante, en su caso, y a los demás interesados, sin perjuicio de la práctica de las demás diligencias de prueba que estime pertinentes. 5. En estos expedientes se dará audiencia al Ministerio Fiscal cuando estén comprometidos los intereses de los menores o personas con capacidad modificada judicialmente».

⁸⁷ Dice el artículo 90 LJV en su apartado 1, letra d y en su apartado 2: «1. Se seguirán los trámites regulados en las normas comunes de esta Ley cuando los cónyuges, individual o conjuntamente, soliciten la intervención o autorización judicial para: ... d) Conferir la administración de los bienes comunes, cuando uno de los cónyuges se hallare impedido para prestar el consentimiento o hubiere abandonado la familia o existiere separación de hecho... 2. En los expedientes sobre atribución de la administración y disposición de los bienes comunes a uno sólo de los cónyuges, el Juez podrá acordar asimismo cautelos y limitaciones, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal cuando haya de intervenir en el expediente». Ya hemos dicho que el único expediente sobre atribución de la administración y disposición (en general) de los bienes comunes que se regula en el artículo 90 LJV, es el del artículo 1388 CC, lo cual no quiere decir que esas cautelos y limitaciones no pueda adoptarlas el Juez en la resolución en la que se determinen los apoyos que requiere el esposo que tiene la discapacidad y se nombre a su cónyuge curador con «facultades de representación plena», que genera la aplicación del artículo 1387 CC.

⁸⁸ Dice el artículo 90.1.e LJV: «1. Se seguirán los trámites regulados en las normas comunes de esta Ley cuando los cónyuges, individual o conjuntamente, soliciten la intervención o autorización judicial para: ... e) Realizar actos de disposición sobre inmuebles, establecimientos mercantiles, objetos preciosos o valores mobiliarios, salvo el derecho de suscripción preferente, si el cónyuge tuviera la administración y, en su caso, la disposición de los bienes comunes por ministerio de la Ley o por resolución judicial».

nuevo órgano (unipersonal) de gestión de la sociedad y sin representar, en esta tarea, al otro esposo, en todos los ámbitos de la sociedad de gananciales, con los únicos límites que establece el precepto⁸⁹. Estos límites podrán referirse tanto a los actos de administración como a los de disposición ya que, según indicamos más arriba, creemos que cuando el legislador utiliza en el artículo 1389 CC la palabra «administración», lo hace en un sentido amplio, al igual que en la rúbrica de la Sección 4.^a («De la administración de la sociedad de gananciales»), tal y como se deduce de su párrafo 2, que da a entender que la facultad para llevar a cabo actos de disposición, está también incluida en la «administración» recaída en el esposo según el párrafo 1⁹⁰.

El primero de esos límites está constituido por «las cautelas o limitaciones» que establezca el Juez en «interés de la familia»; el segundo, por la necesidad de contar, «en todo caso», con la autorización judicial para poder llevar a cabo actos de disposición sobre determinados bienes. Veamos cada uno de ellos.

A) «Cautelas y limitaciones» establecidas por el Juez «en interés de la familia».

Respecto al primero de los límites señalados, existen en la doctrina dos posturas que, aunque están basadas en la redacción del artículo 1387 CC surgida de la reforma de la Ley 11/1981, son trasladables, *mutatis mutandis*, a la derivada de la reforma de la Ley 8/2021. Estas posturas, que nos permitimos la licencia de actualizar para adaptarlas a la nueva regulación de la discapacidad, son:

1. La de quienes han afirmado⁹¹ que este límite no es aplicable a los supuestos del artículo 1387 CC ya que, al producirse la atribución de los poderes de administración y disposición al cónyuge curador con «facultades de representación plena» (antes, «tutor») de forma automática, como consecuencia inmediata de su nombramiento en la resolución judicial (auto o sentencia), no habrá lugar a que el Juez pueda establecer esas restricciones;

2. La de los que piensan⁹², a nuestro parecer con más acierto, que en la propia resolución en la que el Juez determine las medidas

⁸⁹ Vid. Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN, 1984c, p. 1777; MORALEJO IMBERNÓN, 2013c, p. 1878; ATIENZA NAVARRO, 2016a, p. 1036.

⁹⁰ Vid. LACRUZ BERDEJO, 1989, p. 513

⁹¹ En esta línea, DE LOS MOZOS, 1984, pp. 410, 414 y 415; SERRANO GARCÍA, *BMJ*, 1992, p. 5964, entiende que el artículo 1387 CC contempla «un supuesto de traspaso íntegro de la actividad administrativa».

⁹² Vid., REBOLLEDO VARELA, 2013c, p. 9793; MORALEJO IMBERNÓN, 2013c, p. 1878; ATIENZA NAVARRO, 2016c, p. 1041; PRETEL SERRANO, 1991a, p. 748; DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, 2008, p. 247 y 248.

de apoyo que requerirá el esposo con discapacidad (antes, «sentencia de incapacitación»), también podrá incluir las «limitaciones y cautelas» del artículo 1389, p. 1 CC, aunque se refieran a los bienes gananciales y no a sus privativos⁹³. Obviamente, en los casos del artículo 1388 CC, esas cautelas y limitaciones se establecerían en el auto que confiera la administración.

En cuanto a cuáles pueden ser estas «limitaciones o cautelas», puesto que el CC no dice nada, las mismas se han entendido en un sentido amplio, afirmándose que se trataría de «limitaciones atípicas» que el Juez puede llenar «del contenido que razonablemente estime, siempre que cuadre con los principios generales de nuestro Derecho procesal y de nuestro Derecho sustantivo (p. ej., el depósito de valores o cantidades en establecimientos dedicados a ello, rendición de cuentas, exigencia de asesoramientos o de pericias, etc.)»⁹⁴.

Por último, obsérvese que estos límites los puede determinar el Juez únicamente en «interés de la familia»⁹⁵, no en el individual del esposo con discapacidad⁹⁶.

B) *La autorización judicial.*

a) Casos en los que se requiere.

El segundo de los límites que establece el artículo 1389 CC, se refiere a la necesidad de obtener autorización judicial para realizar

⁹³ En el Código del Derecho civil Foral de Aragón, el Juez sólo puede «señalar límites y cautelas» cuando se ha solicitado la atribución de la gestión por el cónyuge no inhabilitado para ella conforme a su artículo 240, pero no en los casos de «concreción automática de facultades» del artículo 242, en los que, no obstante, se establece, con carácter general, la necesidad de «autorización del Juez o de la Junta de Parientes... para los actos de disposición sobre inmuebles o establecimientos mercantiles».

En la Compilación Navarra, en la que, según su Ley 92, p. 2, apartado 4, sólo cabe la posibilidad de concentración en un solo cónyuge y de forma continuada, de las facultades de administración y disposición, cuando éste sea «tutor o representante legal del que tenga modificada la capacidad», no se prevé que el Juez pueda establecer cautelas o limitaciones, sin embargo, sí que cabría aplicar, para los actos de disposición a título lucrativo, lo dispuesto en el apartado 5, de esa misma Ley 92, p.2, que determina: «No podrá suplirse el consentimiento de ninguno de los cónyuges para actos de enajenación o gravamen a título lucrativo de bienes de conquista. Sin embargo, ambos cónyuges podrán por sí solos hacer donaciones moderadas conforme a la posición de la familia y los usos sociales».

⁹⁴ *Vid.*, DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, 1984c, p. 1778. En sentido semejante, ATIENZA NAVARRO, 2016c, p. 1041, que lo refiere a «todas las disminuciones o modalidades de los poderes del cónyuge que se consideren razonables, atendiendo al caso concreto».

⁹⁵ ATIENZA NAVARRO, 2016c, pp. 1036-1039, compara esta previsión del artículo 1389, p. 1 CC, con la que, en términos semejantes, hace el artículo 1377 CC, observando que, en este último, esas cautelas sólo podrán adoptarse «excepcionalmente», mientras que, en el caso del artículo 1389 CC, no tendrían ese carácter excepcional, lo cual consideraría justificado porque la transferencia de los artículos 1387 y 1388 CC está dotada de cierta continuidad temporal o permanencia, cosa que no ocurre en el caso del artículo 1377 CC. En el mismo sentido, MORALES IMBERNÓN, 2013c, p. 1878.

⁹⁶ Ni en el particular de ninguno de los esposos, si estuviéramos ante un supuesto de aplicación del artículo 1388 CC.

actos dispositivos referentes a bienes con especial valor («inmuebles⁹⁷, establecimientos mercantiles, objetos preciosos o valores mobiliarios, salvo el derecho de suscripción preferente»).

Como destaca la doctrina en general⁹⁸, siguiendo a LACRUZ 99, entre estos actos dispositivos no se encuentran las disposiciones de dinero, a pesar de que puedan tener una gran importancia económica¹⁰⁰. No obstante, pensamos que el Juez, fundándose en el párrafo 1 del artículo 1389 CC, podrá decretar la necesidad de contar con autorización judicial en otros supuestos distintos a los contenidos en el párrafo 2¹⁰¹, incluidos los de realización de gastos o inversiones a partir de cierta cantidad pecuniaria.

Para la obtención de esta autorización «se seguirán los trámites regulados en las normas comunes» de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, según determina el artículo 90.1. letra e, de la misma y, una vez obtenida, el acto ha de celebrarse tal y como ha sido autorizado¹⁰².

⁹⁷ Vid. la STS 23.9.2010 (RJ 2010/7136, Ponente Excm. Sra. D.^a Encarnación Roca Trías) que equipara a los actos de disposición, el arrendamiento de un local de negocio ganancial por 25 años, en este caso, realizado por el marido tutor de su esposa, sin autorización judicial.

⁹⁸ Vid., por ejemplo, PRETEL SERRANO, 1991c, p. 754.

⁹⁹ Vid., LACRUZ BERDEJO, 1989, p. 513.

¹⁰⁰ Vid., aunque refiriéndose a la inversión de dinero para la adquisición de un inmueble a través de la compraventa celebrada por la tutora de un menor, la RDGRN 17.1.2011 (RJ 2011/1427), que declara que no es precisa la autorización judicial del anterior artículo 271.2 CC, la cual sí que es necesaria cuando se trata de un acto de disposición sobre un inmueble, como ocurre en la RDGRN 27.1.2012 ((RJ 2012/3258) en la que la hija tutora vende una finca en nombre de su madre (usufructuaria) y en el suyo propio como nuda propietaria, junto a sus hermanas, también nudas propietarias, a un tercero sin autorización judicial, la cual se declara ser necesaria conforme al artículo citado.

¹⁰¹ Contra, VÁZQUEZ IRUZUBIETA, 2004, p. 499.

Por su parte, GUILARTE GUTIÉRREZ, 2010c, p. 1530, coherentemente con su postura de entender que, en los casos del artículo 1387 CC, respecto a los gananciales, siguen rigiendo las normas de la tutela (curatela, tras la reforma de 2021), estima que, «en caso de que se solapen» las limitaciones del artículo 1389, p. 2 CC, «con las limitaciones que para los tutores establecen los artículos 271, 272 y concordantes» CC, «resultan preferentes» aquéllas.

¹⁰² Vid., RDGRN 13.5.2016 (RJ 2016/3025), en un caso en el que el Juez había autorizado la venta en pública subasta de tres inmuebles gananciales y sólo fue enajenada de este modo la mitad correspondiente en cada una al esposo incapacitado, no el resto, que se enajena por compraventa ordinaria al adjudicatario, niega la inscripción de esas ventas y declara que las mismas son anulables, por no ceñirse a los términos de la autorización. Concretamente, declara: «En el caso al que se refiere este expediente, la tutora solicita autorización para enajenar bienes gananciales y el Juez concede autorización para enajenar la totalidad de cada una de las fincas y no la inexistente cuota sobre el bien ganancial pretendidamente perteneciente al esposo incapaz. El hecho de que el auto relativo a la celebración de la subasta y consiguiente adjudicación se refiera únicamente a la mitad de cada una de tales fincas no puede llevar a la conclusión de su acceso al Registro. Sobre el cónyuge solicitante de la autorización para enajenar pesa la carga de lograr que la subasta y adjudicación sean congruentes con aquella autorización para enajenar la totalidad de las fincas. Y, como afirma el registrador, es evidente que una subasta de una cuota de una finca tiene menos posibilidades de éxito y difícilmente permitiría obtener un precio igual a la mitad del valor del todo... Si la enajenación se realiza sin autorización judicial, el acto no será nulo de pleno derecho, sino anulable –(STS Sala Primera, 23.9.2010 (RJ 2010/7136, Ponente Excm. Sra. D.^a Encarnación Roca Trías)–, siendo aplicable la misma norma que

Por otra parte, a la hora de decidir si concede su autorización, el criterio que ha de seguir el Juez es el de si el acto que se desea realizar es o no «de interés para la familia», ya que estimamos que dicho criterio no limita su alcance a las «cauteladas o limitaciones» que hayan de establecerse en el caso concreto según el párrafo 1.º, del artículo 1389 CC, sino que se extiende a la concesión de la autorización a la que se refiere su párrafo 2.º, tal y como se deriva del «En todo caso» con el que comienza este párrafo que, además de hacer aparecer esta limitación (necesidad de autorización judicial para celebrar actos dispositivos sobre determinados bienes) como un mínimo que siempre se dará entre las posibles «cauteladas y limitaciones» del artículo 1389, p. 1 CC, lo enlaza directamente con dicho párrafo 1.º, en el que se recoge tal principio o criterio de actuación.

Esto último tiene gran importancia en relación con otra cuestión que plantea este artículo 1389, p. 2 CC. Se trata de que este precepto no distingue entre actos de disposición a título oneroso y gratuito, de donde se derivaría que debería aplicarse también a estos últimos, de modo que, si el acto recayera sobre los bienes enumerados en este precepto y redundara en el interés de la familia, también podría llevarse a cabo por el esposo gestor con la correspondiente autorización judicial¹⁰³. Aunque es difícil que la realización de un acto de disposición a título gratuito sea de interés para la familia, no es, ni mucho menos, imposible: pensemos en el inmueble que genera unos gastos que la economía familiar no puede soportar (mantenimiento, impuestos, responsabilidades por daños...), que no produce ningún beneficio para ella y que tampoco se consigue vender. Pues bien, si el Juez aprecia este interés, creemos que deberá autorizar también este tipo de actos, puesto que el artículo 1389, p. 2 CC no hace ninguna distinción y, al menos en el supuesto del artículo 1387 CC, hay que partir de que el esposo curador concentra todos los poderes de administración y disposición de la sociedad. Ahora bien, hay que reconocer que, en la mayoría de los casos no se apreciará este interés y el Juez deberá denegar la autorización, con lo que el acto no podrá realizarse. Entendemos, además, que no cabe traer a colación, para negar esta facultad del cónyuge, que el artículo 1377, p. 2 CC sólo contempla la posibilidad de autorización judicial cuando se trata de actos de

regirá en caso de que el acto de disposición se realizase por uno de los cónyuges sin el consentimiento de otro (art. 1322, p. 1 CC). Si la enajenación se realiza con autorización o aprobación judicial, pero éstas, por una u otra causa, no son conformes a Derecho, se trataría igualmente de un acto anulable».

¹⁰³ Contra, SERRANO GARCÍA, *BMJ*, 1992, p. 409, dice que no se debe «caer en los excesos de atribuir al cónyuge la posibilidad de disponer de bienes comunes a título gratuito aun contando con la autorización judicial».

disposición a título oneroso, pues este precepto, en los casos del artículo 1387 CC ha sido desplazado por el artículo 1389 CC. Sea como fuere, lo que sí podrá realizar el esposo curador sin necesidad de autorización judicial son las liberalidades de uso¹⁰⁴, puesto que raramente afectarán a los bienes a los que se refiere al artículo 1389, p. 2 C; no obstante, en el caso de que así fuera¹⁰⁵, sí que habría que aplicar el citado precepto. Lo deseable sería que el Juez determinara expresamente hasta dónde llega el poder de disposición del cónyuge curador, sobre todo en relación a la disposición a título gratuito y, concretamente, si la posibilidad de disponer de esta manera requiere autorización judicial, más allá de los casos previstos en el artículo 1389, p. 2 CC (por ej., para donaciones de cantidades significativas de dinero, que no quedarían cubiertas por este precepto). De todos modos, hay que recordar que, en última instancia, los artículos 1390 y 1391 CC protegerán al esposo necesitado de apoyo de los abusos o desmanes del otro esposo.

b) Consecuencias de la falta de autorización cuando ésta es necesaria y el acto de disposición es a título oneroso: la anulabilidad del acto.

Pero, ¿cuáles serán las consecuencias de la realización de uno de esos actos sin la preceptiva autorización judicial? Esta cuestión ha sido tratada en varias ocasiones por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, debiéndose destacar, por ser seguida por otras, la STS 23.9.2010¹⁰⁶, la cual hace los siguientes pronunciamientos en relación al tipo de ineficacia en que incurren dichos actos y el inicio del cómputo del plazo para ejercitar la acción correspondiente:

1. El caso del artículo 1389, párrafo segundo, *está incluido en el supuesto del artículo 1322 CC*. Concretamente, dice esta sentencia que no es aplicable la doctrina de las SSTS Pleno 22.4.2010¹⁰⁷

¹⁰⁴ *Vid.*, en este sentido, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, 1989, nota 168, p. 276.

¹⁰⁵ Por ejemplo, en ciertos sectores de la sociedad puede ser liberalidad de uso donar un inmueble por motivo de una boda.

¹⁰⁶ RJ 2010/7136, Ponente Excmo. Sra. D.^a Encarnación Roca Trías. Esta sentencia trataba de un caso en el que la esposa había sido incapacitada y sometida a la tutela de su marido, el cual, en 1995, arrienda por 25 años ciertos inmuebles gananciales sin autorización judicial; el marido fallece ese mismo año (año en el que la sociedad de gananciales se disuelve) y es sustituido en la tutela por su hijo (también hijo de la tutelada), hasta la muerte de éste en 2004 (momento en que se extingue la tutela); después, este mismo hijo reclama la nulidad del arrendamiento con base en los antiguos artículos 1548 y 271.2 CC. *Vid.* sobre esta sentencia, GUILARTE GUTIÉRREZ, 2016, pp. 399-411. La siguen otras, como la STS 20.4.2016 (RJ 2016/1687, Ponente Excmo. Sr. D. Ángel Fernando Pantaleón Prieto), comentada por DOMÍNGUEZ LUELMO, *CCJC*, 2017, pp. 1 y ss. Igualmente, se ha mantenido esta postura por la DGRN; *vid.*, al respecto RDGRN 13.5.2016 (RJ 2016/3025), citada más arriba, que afirma la aplicación del artículo 1322, p. 1 CC.

¹⁰⁷ RJ 2010/2380, Ponente Excmo. Sra. D.^a Encarnación Roca Trías.

y 8.7.2010¹⁰⁸ que la sigue, que declaran la nulidad de los actos de disposición celebrados por el titular de la patria potestad y por el tutor sin la autorización judicial¹⁰⁹, y ello por la razón de que existen «normas específicas y expresas relativas a la ineficacia de los actos de disposición relativos a bienes gananciales efectuados por el esposo tutor sin autorización judicial, contenidas en el a. 1389, p. 2 CC». Y continúa diciendo que: «*El Código civil contiene una norma específica reguladora de la ineficacia de estos actos o contratos, que hay que aplicar necesariamente cuando se trata de disposición de bienes gananciales sin las correspondientes autorizaciones. Se trata de la norma contenida en el artículo 1322 CC que dice que cuando la Ley exija para un acto de administración que un cónyuge actúe con el consentimiento del otro, «los realizados sin él y que no hayan sido expresa o tácitamente confirmados podrán ser anulados a instancia del cónyuge cuyo consentimiento a se haya omitido». El supuesto contemplado en el artículo 1389, p. 2 CC, está incluido en este supuesto, porque obedece a la misma razón».* En definitiva, *las normas aplicables son los artículos 1389, p. 2 y 1322 CC, no los antiguos artículos 271 (necesidad de autorización judicial para la actuación de los tutores) y 1548 CC («Los padres o tutores, respecto de los bienes de los menores o incapacitados... no podrán dar en arrendamiento las cosas por término que exceda de seis años»¹¹⁰).*

¹⁰⁸ RJ 2010/6030, Ponente Excm. Sra. D.^a Encarnación Roca Trías.

¹⁰⁹ Estas sentencias consideran aplicable a esos actos el artículo 1259, p. 2 CC. La primera, se refería al acto de disposición de un inmueble del hijo menor y la segunda a un contrato de opción de compra de acciones celebrado por el tutor.

Sin embargo, la STS Pleno 10.1.2018 (RJ 2018/156, Ponente Excm. Sra. D.^a María de los Angeles Parra Lucán), en un caso en el que el tutor del incapacitado permuta las dos quintas partes que pertenecían a éste en una finca indivisa sin autorización judicial, pero comprometiéndose, en la escritura pública de la permuta, a obtenerla posteriormente, se decanta por la anulabilidad; *vid.* sobre esta sentencia, GOMÁ LANZÓN, *CSUD*, 2018, pp. 500-511, que se inclina por considerar que se trataba de un negocio incompleto. Por su parte, DE SALAS MURILLO, *Diario La Ley*, 2021, p. 7, se refiere a esta sentencia cuando, comentando el texto del informe de la ponencia del Congreso sobre el Proyecto de Ley de reforma de la discapacidad, que pasaría al Senado, criticaba «No se ha aprovechado para decir explícitamente... cuál es la sanción de invalidez aplicable a los contratos celebrados sin autorización judicial cuando ésta es necesaria... Parece muy convincente la solución adoptada por la STS de 19 enero de 2018, que entiende que es la anulabilidad: es el Juez quien debe ponderar la necesidad, la conveniencia o la oportunidad de celebrar actos de trascendencia económica y... el régimen de la anulabilidad, además de posibilitar la confirmación del acto, si es beneficioso para el representado, excluye que el otro contratante revoque el contrato y somete el ejercicio de la acción de impugnación a un plazo (cuatro años), lo que es coherente con la exigencia constitucional de seguridad jurídica. La anulabilidad y la posibilidad de confirmación son compatibles también con el control judicial posterior al otorgamiento del acto –configurada, en su caso, como condición suspensiva o resolutoria–, lo que excluiría la ulterior acción de impugnación». Todo ello puede seguir manteniéndose a la luz del texto definitivamente aprobado.

¹¹⁰ El artículo 1548 CC tras la reforma de 2021, ha pasado a decir lo siguiente: «Los progenitores o tutores, respecto de los bienes de los menores, y los administradores de

2. Por consiguiente: «La ineficacia de los actos otorgados por el cónyuge tutor sin autorización judicial no es la nulidad general de los artículos 1259 y 4 [hoy, 6.3 CC] CC, como ocurre en la disposición por el padre o el tutor de bienes de sus hijos o pupilos sin la autorización judicial, sino la de los artículos 1389 y 1322 CC, que establece un tipo de ineficacia concreto para la disposición de los gananciales sin la preceptiva autorización», el cual sería la anulabilidad o nulidad relativa.

3. En cuanto al inicio del cómputo del plazo de los cuatro años establecido en el artículo 1301 CC para el ejercicio de la acción, será de aplicación el último párrafo de dicho precepto, cuyo supuesto (realización de «actos o contratos por uno de los cónyuges *sin consentimiento del otro*, cuando este consentimiento fuere necesario») es equiparable al de que le falte la autorización judicial al esposo tutor en caso de incapacitación. Dice la sentencia: «El artículo 1301 CC establece una norma específica para determinar el inicio del plazo en los casos en que la acción se dirija a «invalidar los actos o contratos realizados por uno de los cónyuges sin consentimiento del otro, cuando su consentimiento fuere necesario». Este plazo empieza a contar «desde el día de la disolución de la sociedad conyugal o del matrimonio salvo que antes se hubiese tenido conocimiento suficiente de dicho acto o contrato». A dicho supuesto *debe equipararse el caso de falta de autorización judicial*, ya sea porque el cónyuge no disponente se encuentre incapacitado, ya sea porque se haya producido dicha disposición directamente y en contra de lo dispuesto en el artículo 1322 CC».

4. El tutor está legitimado para impugnar el acto de disposición realizado por él sin autorización judicial¹¹¹.

Por consiguiente, *mutatis mutandis*, adaptando dicha sentencia a la nueva regulación nacida de la reforma de 2021, podemos decir que es opinión del Tribunal Supremo: a) que los actos realizados por el esposo curador con «facultades de representación plena», sin la autorización del artículo 1389, p. 2 CC, serán anulables, por estar previstos en el artículo 1322 CC; b) que el inicio del cómputo del plazo se regirá, coherentemente con la afirmación antecedente, por el nuevo artículo 1301, n.º 5 CC, que mantiene la redacción del último párrafo de dicho precepto anterior a la reforma y, c) que, no

bienes que no tengan poder especial, no podrán dar en arrendamiento las cosas por término que exceda de seis años».

¹¹¹ Igualmente, reconoce esta legitimación, la STS 20.4.2016 (RJ 2016/1687, Ponente Excmo. Sr. D. Ángel Fernando Pantaleón Prieto), argumentando lo siguiente: «... en el ámbito de la representación voluntaria, puede imputarse al representado la mala fe de su representante; no cabe, por el contrario, imputar la mala fe del representante legal al representante totalmente incapacitado».

sólo el necesitado de apoyo cuando haya salido de esa situación de discapacidad o sus herederos, sino también el mismo esposo «curador con facultades de representación plena» que llevó a cabo el acto dispositivo, podrá impugnar el acto por falta de autorización.

Ante ello, nosotros hemos de hacer las siguientes reflexiones y puntualizaciones:

1. El artículo 1322, p. 1 CC declara la anulabilidad de los actos de disposición celebrados por un cónyuge sin «consentimiento del otro» («y que no hayan sido expresa o tácitamente confirmados»), pero este consentimiento puede ser de dos tipos: puede ser un verdadero consentimiento dispositivo o puede ser un asentimiento. El primero es el que, por afectar a bienes comunes, es exigido por la regla general del artículo 1375 CC, el cual puede ser sustituido por el Juez a través de su autorización, conforme a los artículos 1376 y 1377 CC; el segundo, es el que ha de prestar el esposo no propietario del bien en otros supuestos, como los del artículo 1320 CC, cuando el esposo propietario privativo de la vivienda familiar pretende disponer de ella, o el artículo 96, apartado 3 CC¹¹² cuando el uso de la misma ha sido atribuido al consorte no propietario y el propietario quiere celebrar un acto dispositivo que afecte a aquél, y no supone codisposición, sino que tiene otra función, cual es la de *velar por el interés familiar general o el interés familiar más necesitado de protección* tras la separación o el divorcio. Ambos tipos de consentimiento podrían haber sido objeto de tratamiento diferenciado, dado su distinto significado, pero lo cierto es que el Código Civil regula su falta en el mismo precepto (art. 1322, p. 1 CC) sin hacer distinción alguna referida a su diverso papel, declarando la anulabilidad de los actos dispositivos en los que falte uno u otro¹¹³. En ambos supuestos, el consentimiento o asentimiento del cónyuge puede ser sustituido por la autorización judicial, de modo que la anulabilidad del artículo 1322, p. 1 CC deberá predicarse (como consecuencia de una interpretación modificativa de dicho precepto, no sujeta al tenor literal que habla sólo de falta del «consentimiento del otro cónyuge»), de los actos dis-

¹¹² El artículo 96 CC ha sido también modificado por la reforma de la legislación civil en materia de discapacidad de 2021 y, concretamente, el anterior último párrafo (ahora apartado 3) ha pasado a decir lo siguiente: «Para disponer de todo o parte de la vivienda y bienes indicados cuyo uso haya sido atribuido conforme a los párrafos anteriores, se requerirá el consentimiento de ambos cónyuges o, en su defecto, autorización judicial. Esta restricción en la facultad dispositiva sobre la vivienda familiar se hará constar en el Registro de la Propiedad. La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el uso de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe».

¹¹³ *Vid.*, por ejemplo, respecto al artículo 96 CC, ROCA TRÍAS, 1991, p. 401, o FERNÁNDEZ-GIL VEGA, 2012, p. 1413. Respecto al artículo 1320 CC, *vid.*, por ejemplo, HERRERO GARCÍA, 1991, p. 586, o PALACIOS HERRUZO, 2012, p. 2550.

positivos en los que falte el consentimiento del otro esposo o *la autorización judicial que lo sustituya*. Pues bien, la autorización judicial del artículo 1389, p. 2 CC, no puede asimilarse al consentimiento del cónyuge que falta pero que es necesario para disponer de los bienes comunes conforme a la regla general del artículo 1375 CC, ni a la autorización judicial que puede sustituirlo conforme a los artículos 1376 y 1377 CC, puesto que el esposo curador con «facultades de representación plena», como órgano unipersonal de administración y disposición de la sociedad de gananciales, no requiere el consentimiento del otro (el cual ya no tiene ninguna facultad para gestionar la sociedad, ni directamente, ni a través de representante), ya que *sólo él* está legitimado para llevar a cabo esa actividad y sólo en su propio nombre, no en el de su esposo, de modo que la autorización judicial no puede venir a sustituir un consentimiento (el del otro cónyuge) que ni se necesita, ni se exige, por estar excluido de la gestión de la sociedad el consorte no curador. La función de la autorización del artículo 1389, p. 2 CC es semejante a la que tiene el consentimiento (asentimiento) del esposo no propietario en los supuestos del artículo 1320 CC o del artículo 96, ap. 3 CC¹¹⁴, o la autorización judicial que lo sustituye, incluidos, como hemos dicho, en el artículo 1322, p. 1 CC que declara su anulabilidad: *velar por el interés familiar*¹¹⁵. Sin embargo, *a diferencia de ellos, la autorización judicial del artículo 1389, p. 1 CC, no sustituye el consentimiento-asentimiento del cónyuge con discapacidad*, puesto que las facultades de administración y de disposición de la sociedad de gananciales se han concentrado, como consecuencia del artículo 1387 CC, en el esposo curador y, aunque se trate de un bien ganancial, dadas las circunstancias, dicha función se atribuye directamente al Juez¹¹⁶. Por ello, para que el artículo 1322, p. 1 CC resulte aplicable a los casos del

¹¹⁴ El nuevo artículo 96 CC, en su apartado 3, califica a la necesidad de consentimiento u autorización judicial, como «restricción en la facultad dispositiva», y así creemos que debe considerarse también la exigencia de autorización, en los casos del artículo 1389, p. 2 CC.

¹¹⁵ En este punto, coincidimos con SERRANO GARCÍA, *BMJ*, 1992, p. 5966, cuando dice que «la autorización judicial cumple una función de superior vigilancia de los intereses familiares, e incluso de los terceros».

¹¹⁶ Antes de la reforma de los regímenes económicos matrimoniales de 13 de mayo de 1981, desde la reforma de 24 de abril de 1958, el marido administrador de la sociedad conyugal, necesitaba, conforme al artículo 1413 CC, el consentimiento *uxoris* o autorización judicial para llevar a cabo actos de disposición sobre bienes inmuebles o establecimientos mercantiles. La falta de ese requisito, según la última jurisprudencia del TS, originaba la anulabilidad. Recoge las distintas posiciones que hubo al respecto, la STS 9.5.2007 (RJ 2007/3439, Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos). Por su parte, DE CASTRO, 1991, p. 472, entendía que la falta del consentimiento de la mujer en esos casos, originaba la nulidad radical por falta de poder suficiente por parte del marido, consecuencia que también llevaban consigo los supuestos del artículo 1259 CC, entre otros.

artículo 1389, p. 2 CC por falta de autorización judicial, no basta una interpretación modificativa extensiva, sino que ha de acudir a una interpretación analógica. Este es el argumento por el que creemos acertado que la STS 23.9.2010, aunque prescinda de tal análisis y diga que los casos de falta de la autorización están recogidos de forma «específica y expresa» en el artículo 1322 CC, termine afirmando que «el supuesto contemplado en el artículo 1389, p. 2 CC, está incluido en este supuesto, porque obedece a la misma razón», dado que entendemos que con ello se trae a colación el artículo 4.1 CC.

2. La STS 23.9.2010 (partiendo, como no podía ser de otra manera, de la legislación anterior a la reforma de 2021) entiende que no sería aplicable a nuestro caso el régimen de los actos de disposición celebrados por el titular de la patria potestad y por el tutor sin la autorización judicial, configurado por el artículo 1259 CC, según decidieron las también citadas SSTS Pleno 22.4.2010 y 8.7.2010¹¹⁷. Concretamente, la STS Pleno 22.4.2010, tras exponer las tres posibles soluciones referidas a los actos de disposición de los padres sobre un inmueble de sus hijos menores sin autorización judicial (nulidad radical, art. 6.3 CC; existencia de extralimitación de poder, art. 1259 CC; y anulabilidad, art. 1301 CC) declaró lo siguiente: «De aquí que deba aplicarse lo dispuesto en el artículo 1259 CC, porque la autorización judicial para la realización del acto por el representante legal cuando la Ley lo requiera tiene naturaleza imperativa en el Código Civil y no es un simple complemento del acto a realizar. De acuerdo con el artículo 166 CC, la representación de los padres como representantes legales, no alcanza los actos enumerados en el artículo 166 CC. Los actos de disposición deben tener causas de utilidad justificada y se deben realizar previa autorización judicial con audiencia del Ministerio Fiscal. *La autorización judicial* no es un complemento de capacidad como ocurre en la emancipación o en la curatela, sino que *es un elemento del acto de disposición puesto que los padres solos no pueden efectuarlo. / El acto realizado con falta de poder, es decir, sin los requisitos exigidos en el artículo 166 CC, constituye un contrato o un negocio jurídico incompleto que mantiene una eficacia provisional*¹¹⁸,

¹¹⁷ Sobre la evolución jurisprudencial en esta materia, refiriéndose concretamente a las consecuencias de la falta de autorización judicial del anterior artículo 271 CC, *vid.*, TENA PIAZUELO, 2016, pp. 1277 y 1278, el cual se inclina por la anulabilidad. Recogiendo las distintas posiciones doctrinales al respecto (nulidad absoluta, anulabilidad, negocio incompleto), SERRANO FERNÁNDEZ, 2010, p. 402

¹¹⁸ RAGEL SÁNCHEZ, *CCJC*, 2011, p. 1152, señala: «En el supuesto de que se tratara de un contrato incompleto, al no haberse prestado todos los consentimientos o autorizaciones que son imprescindibles para que nazca jurídicamente, estaríamos ante un contrato que aún no se ha perfeccionado y, mientras no se produzca la aparición del consentimiento o

*estando pendiente de la eficacia definitiva que produzca la ratificación del afectado, que puede ser expresa o tácita. Por tanto, no se trata de un supuesto de nulidad absoluta, que no podría ser objeto de convalidación, sino de un contrato que aún no ha logrado su carácter definitivo al faltarle la condición de la autorización judicial exigida legalmente, que deberá ser suplida por la ratificación del propio interesado, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1259.2 CC, de modo que no siendo ratificado, el acto será inexistente»¹¹⁹. Volviendo a nuestro caso (falta de la autorización del art. 1389, p. 2 CC), coincidimos con la STS 23.9.2010 en que no le es aplicable el artículo 1259, p. 2 CC, pero no porque pueda existir una norma específicamente aplicable (según la sentencia que comentamos, el art. 1322 CC), de modo que, si no existiera, pudiera quedar incluido en su ámbito de aplicación, sino porque *el esposo curador no representa a su cónyuge cuando actúa, sino que lo hace como órgano de la sociedad de gananciales y en nombre propio*, en relación a unos bienes que le pertenecen junto al otro cónyuge en comunidad germánica y, por tanto, sin cuotas: *no es un representante que actúe sin poder, no representa a nadie*¹²⁰, actúa por sí y en nombre propio, pero le falta la autorización judicial.*

3. Hay autores que han optado por la nulidad radical del negocio dispositivo celebrado por el esposo no afectado por la dis-

autorización que así lo ha omitido, no existe como contrato y el ordenamiento jurídico no le prestaría protección alguna». Pone como ejemplo la STS 22.4.2010 (RJ 2010/2380, Ponente Excm. Sra. D.^a Encarnación Roca Trías).

¹¹⁹ Entiende DOMÍNGUEZ LUELMO, *CCJC*, 2017, p. 7, basándose en SST 23.10.1990 (RJ 1990, 3635), 22.10.1999 (RJ 1999, 7621) y 3.12.2001 (RJ 2002, 2198), que «la situación se asemeja más al concepto de anulabilidad, pero difiere de esta figura en que el negocio anulable nace con un vicio o defecto, lo que no sucede con el negocio llevado a cabo por el representante sin autorización judicial, que no funciona como un complemento de capacidad (como sucede en los casos de emancipación o curatela), sino que configura un elemento del acto de disposición, puesto que ni los padres ni el tutor pueden efectuarlo por sí solos, precisamente para mejor proteger los intereses del menor. Su función no es otra que la de ejercitar un control de aquellos actos ... / ...esa posibilidad de ratificación imprime un carácter especial al negocio en que la representación interviene, haciendo de él no un acto propiamente inexistente, sino un negocio jurídico en estado de suspensión subordinado a una *conditio iuris*, de tal modo que, en definitiva, si la ratificación se produce se considera el negocio como válido y eficaz desde el principio... Parece claro que la posibilidad de ratificación no plantea problemas en el caso de los menores de edad, una vez salgan de la patria potestad, pero puede resultar imposible en los casos de personas incapacitadas por razón de una enfermedad o deficiencia persistente que pueda resultar irreversible, en cuyo caso el acto devendrá ineficaz de manera definitiva... Aparte de lo anterior debe destacarse que la posible revocación por parte de la otra parte contratante del artículo 1259.2 CC, se compadece mal con la finalidad de protección de los intereses de menores e incapacitados».

¹²⁰ Sin embargo, la STS 23.9.2010 (RJ 2010/7136, Ponente Excm. Sra. D.^a Encarnación Roca Trías), entiende que el marido tutor que arrienda por 25 años un inmueble ganancial, «no está autorizado legalmente para contratar en nombre propio y el de su mujer incapacitada sin pedir la autorización judicial», sino que necesita ésta en virtud del artículo 1389 CC, lo que implica partir de que el esposo tutor actúa en representación de su mujer, con lo cual disintimos.

capacidad sin autorización, por entender que ésta es elemento esencial del acto y el artículo 1389, p. 2 CC, una norma imperativa (art. 6.3 CC)¹²¹. Frente a esta opinión, no creemos que pueda alegarse que la nulidad absoluta está reservada en el artículo 1322, p. 2 CC a los actos dispositivos a título gratuito, frente a la anulabilidad que se predica de los onerosos, de modo que la nulidad radical no podría predicarse de un acto a título oneroso, aunque sea el del artículo 1389, p. 2 CC, y no lo creemos así porque el artículo 1322, p. 2 CC sólo contempla aquéllos en los que el poder de disposición sobre los bienes comunes corresponde a ambos esposos, lo que no ocurre en los casos excepcionales del artículo 1387 CC, aunque podría justificarse, si se encontrara, por otra vía, la nulidad absoluta de los actos dispositivos onerosos y sin autorización del artículo 1389, p. 2 CC. Sin embargo, nosotros pensamos que la autorización judicial no llega a ser un elemento esencial o estructural del negocio dispositivo, que hay que tener en cuenta que, cuando se trata de la vulneración de normas imperativas, la nulidad absoluta sólo cabrá si el ordenamiento jurídico no establece «otro efecto jurídico para caso de contravención», cuestión que será necesario dilucidar previamente¹²² y que, mientras con la nulidad radical se trata de proteger un interés público afectado por el acto¹²³, en nuestro

¹²¹ *Vid.*, GARCÍA CANTERO en CASTÁN TOBEÑAS, 1983, p. 446 y 447: «Tal autorización, en mi opinión, integra la estructura del negocio dispositivo, constituyendo uno de sus elementos esenciales, de modo que si falta, ya no será meramente anulable, sino radicalmente nulo por violación de una norma imperativa. Tal autorización ha de ser previa al otorgamiento del acto o contrato, y, aunque no lo diga el párrafo 2.º del artículo 1389, puede contener limitaciones o cautelas». También LASARTE ÁLVAREZ, 2009, p. 201, opta por la «nulidad radical de tales actos por vulnerar una norma imperativa», alegando a favor de esta postura, «la consideración de que el otro cónyuge (incapacitado, ausente, separado, etc.) difícilmente podrá instar la anulación del acto indebido realizado por el cónyuge administrador». Por su parte, SERRANO GARCÍA, *BMJ*, 1992, pp. 5966 y 5967, tras manifestar que él no cree que la autorización sea elemento estructural del acto dispositivo, sino de vigilancia del interés familiar, distingue según los casos, partiendo de la redacción del a. 1387 CC, derivada de la reforma de 1981: si el cónyuge había sido declarado ausente, la falta de autorización judicial, originaría la anulabilidad, por la incertidumbre que acompaña a la ausencia; si el cónyuge había sido incapacitado y sometido a la tutela del otro, daría lugar a la nulidad radical.

Frente a ello, hay que tener en cuenta que, en opinión de CARRASCO PERERA, 1992, p. 809, «no están comprendidas en el artículo 6.3, las normas imperativas que enumeran o describen los elementos que deben concurrir en un negocio jurídico para que produzca efecto».

¹²² En este sentido, dice DE PABLO CONTRERAS, 2018, p. 482: «En último término, la afirmación de la nulidad de pleno derecho de un determinado contrato o cláusula contractual que contravenga una norma prohibitiva o imperativa encierra siempre el problema de interpretación de si el ordenamiento establece o no, para tal hipótesis, un «efecto distinto»; problema cuya solución solo presenta certeza, a favor de la nulidad, cuando ésta resulta predicada por la propia norma».

¹²³ *Vid.* sobre las diferencias entre nulidad y anulabilidad, DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, 2008, pp. 113 y ss., 127 y ss. y 144 y ss., refiriéndose a los actos llevados a cabo por los incapacitados contraviniendo la sentencia de incapacitación y los tutores sin autorización judicial, recogiendo la doctrina y la jurisprudencia destacada en este ámbito. La autora citada se inclina, en todos estos casos, por la anulabilidad.

caso, a través de la autorización judicial, se trata de proteger un interés privado, aunque colectivo, cual es el interés de una familia concreta. A ello hay que añadir que, si estuviéramos ante un supuesto de nulidad radical, en los casos en los que el acto dispositivo fuera verdaderamente de interés para la familia, ésta se vería perjudicada al no ser posible su ratificación posterior. También puede traerse a colación, para negar la nulidad radical de estos actos, la opinión de Carrasco Perera¹²⁴, al afirmar que «cuando la norma imperativa describe el supuesto de hecho negocial como un complejo que ha de integrarse de diversos elementos, necesarios para que el negocio produzca el efecto querido por las partes, la omisión de uno de estos elementos no conduce a la nulidad... cuando este elemento sea recuperable en la secuencia temporal, de manera que pueda ser cumplido a posteriori el requisito omitido», puesto que eso es lo que ocurre en nuestro caso, ya que la autorización judicial puede obtenerse después. Por último, decantarse por la nulidad absoluta lleva a resultados incoherentes, dado que cuando, en situaciones normales, un esposo, necesitando el consentimiento del otro, celebra un acto de disposición sin contar con él, dicho acto sería anulable, mientras que, si ese mismo acto lo llevase a cabo, sin autorización, el esposo que, por ser el órgano de gestión de la sociedad, concentra todos los poderes de administración y disposición y no requiere del consentimiento del otro, sería radicalmente nulo.

4. En definitiva, nosotros creemos que ha de defenderse que estamos ante un acto anulable, si bien a esta conclusión se llegaría, no por la aplicación directa, sino por la aplicación analógica del artículo 1322, p. 1 CC, en cuanto que la autorización tendría la misma función que tiene, en algunos de los casos incluidos en este precepto, el consentimiento de un cónyuge o, lo que es más significativo a los efectos de la analogía, la autorización judicial que sustituye a ese consentimiento –asentimiento– del cónyuge (velar por el interés familiar o el interés familiar más necesitado de protección, arts. 1320 y 96 CC). Por otra parte, estimamos que la anulabilidad es una respuesta adecuada puesto que trata de proteger un interés privado, aunque colectivo (el de una familia en particular, no el individual del cónyuge necesitado de apoyo), no público, y permite la confirmación, lo que favorece a los sujetos destinatarios de esa protección. Además, la aplicación analógica del artículo 1322, p. 1 CC está en la línea de «la tendencia expansiva» de la anulabilidad que

¹²⁴ *Vid.*, CARRASCO PERERA, 1992, p. 796.

ha señalado la doctrina¹²⁵. No obstante, la mayoría de los autores se ha inclinado por la anulabilidad derivada de la aplicación directa del artículo 1322 CC¹²⁶, sin hacer alusión alguna a la analogía.

5. Respecto al momento en que se inicia el cómputo del plazo de caducidad de la acción, la doctrina ha estado de acuerdo en aplicar el anterior último párrafo del artículo 1301 CC¹²⁷ (apartado 5, en la redacción actual de este precepto, modificado por la reforma de 2021), el cual, en nuestra opinión, resultaría aplicable (al igual que el art. 1322, p. 1 CC) por analogía. Por consiguiente, el plazo de cuatro años empezará a contar, para quien pretenda impugnarlo y esté legitimado para ello, desde que tuvo conocimiento del acto y

¹²⁵ *Vid.*, por ejemplo, DELGADO ECHEVERRÍA y PARRA LUCÁN, 2005, p. 61. Igualmente, *vid.*, LACRUZ MANTECÓN, 2020, p. 269, que afirma al tratar de los casos de anulabilidad: «Hay que añadir la tendencia expansiva de la anulabilidad, que es preferida por el legislador porque permite restringir la legitimación a la persona a la que se quiere proteger, incluso si no es ninguna de las contratantes, y también porque prescribe, con lo que se consolidan las situaciones jurídicas y se impiden las anulaciones muy retrasadas en el tiempo», señalando como ejemplos de anulabilidad los supuestos derivados de la aplicación de los artículos 18 de la Ley de Propiedad Horizontal, 204.2 de la Ley de Sociedades de Capital o 100 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

¹²⁶ Defienden la anulabilidad, por ejemplo, DE LOS MOZOS, 1984, p. 413; TORRES GARCÍA, 2013, p. 162; PRETEL SERRANO, 1991c, p. 754; ATIENZA NAVARRO, 2016c, pp. 1042 y 1043; GONZÁLEZ GARCÍA, 2017, p.194; REBOLLEDO VARELA, 2013c, p. 9794; RAGEL SÁNCHEZ, *CCJC*, 2011, p. 1154, al que el razonamiento del Tribunal Supremo le parece «impecable»: «Cuando un cónyuge dispone unilateralmente de un bien ganancial contraviniendo lo dispuesto en el artículo 1389. II CC, es aplicable el artículo 1322. I CC, que rige para cualquier régimen económico matrimonial y establece un efecto distinto al de la nulidad para el caso de contravención, como permite el artículo 6.3 CC».

Añade RAGEL SÁNCHEZ, *CCJC*, 2011, pp. 1152 y 1153, otra posibilidad a las tres a que nos hemos referido en el texto (anulabilidad, nulidad radical y aplicación del art. 1259 CC): «Validez por tratarse de un negocio sobre patrimonio... en parte ajeno o, como se dice últimamente, con aceptación del que está sujeto a derechos o pretensiones de un tercero», refiriéndose con ello al supuesto de que en el negocio se recogiera con «nitidez la declaración del disponente de afirmar que la cosa no le pertenece en su totalidad, que no está actuando en representación de los restantes dueños y que se compromete a realizar las gestiones necesarias para conseguir la transmisión del dominio o de la posesión de la cosa»; entonces sería «un negocio válido, que queda en suspenso hasta que los restantes condueños presten su conformidad o, en caso de que no puedan prestarla, se obtenga la autorización judicial pertinente», tal y como ocurre en el artículo 597. p. 2 CC, en materia de servidumbre. Cita al respecto las SSTS 16.2.2010 (RJ 2010/1779, Ponente Excm. Sra. D.^a Encarnación Roca Trías) y 2.3.2007 (RJ 2007/1622, Ponente Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda).

¹²⁷ *Vid.* RAGEL SÁNCHEZ, 2017b, p. 929, el cual se refiere también a la cuestión de si es un plazo de prescripción o de caducidad, inclinándose por esta última. *Vid.* sobre este tema, recogiendo las distintas posiciones en la doctrina y la jurisprudencia, DELGADO ECHEVERRÍA y PARRA LUCÁN, 2005, pp. 118 y ss., los cuales se inclinan por diferenciar la acción para pedir que se declare la invalidez del acto o contrato, que, por ser declarativa, no está sometida ni a prescripción ni a caducidad, y la dirigida a la restitución de lo entregado como consecuencia del negocio nulo, al cual se refiere el plazo de 4 años del artículo 1301 CC, que, según estos autores, sería un plazo de prescripción; no obstante reconocen que «la opinión más común y casi unánime... refiere el plazo al ejercicio del poder de impugnación, entendido como derecho potestativo por el que se consigue –mediante el proceso– la constitución del contrato inicialmente válido en la situación de inválido, retroactivamente», y considera ese plazo como de caducidad.

la necesidad de autorización para llevarlo a cabo, pero, en cualquier caso, no podrá impugnarse una vez transcurridos cuatro años desde la disolución del matrimonio¹²⁸.

6. El sostenimiento de la aplicación analógica, no directa, del artículo 1322, p. 1 CC y, consecuentemente, la aplicación también analógica, del artículo 1301, ap. 5 CC actual, exige que no haya otra norma directamente aplicable. Podría plantearse que la hay (en el caso resuelto por la sentencia que comentamos, los anteriores arts. 271 y 1548 CC, por un lado, y el art. 1301, penúltimo párrafo, CC, en su redacción anterior, por otro)¹²⁹, sin embargo, creemos que ha de desecharse esta posibilidad porque, como hemos dicho, las normas de la tutela (en el sistema anterior de la incapacidad) o las de la curatela (a partir de la entrada en vigor nueva regulación de la discapacidad en el Código Civil), quedan desplazadas por la norma del artículo 1387 (que excluye la representación en la actuación del curador gestionando la sociedad de gananciales) en combinación con el artículo 1389 CC (que determina el régimen especial aplicable).

7. Por último, la sentencia declara la anulabilidad en general, sin hacer distinciones por razón del valor del inmueble del que se dispone, lo cual nos parece correcto, puesto que el artículo 1389, p. 2 CC no hace diferencia alguna al determinar su aplicación «En todo caso»¹³⁰.

En cuanto a la posibilidad de que la autorización judicial se obtenga una vez celebrado el acto que la requería¹³¹, entiende Atienza Navarro¹³² que, como el acto es anulable y el cónyuge en muchas ocasiones, no estará en condiciones de confirmarlo, «es

¹²⁸ Indican DELGADO ECHEVERRÍA y PARRA LUCÁN, 2005, p. 149, que «no es preciso que sepa que la Ley le concede una acción para impugnar lo hecho sin su consentimiento» para que empiece a correr el plazo.

¹²⁹ En este sentido, *vid.* GUILARTE GUTIÉRREZ, 2016, pp. 410, según el cual: «la especialidad litigiosa no radica en que se disponga de un bien ganancial sin consentimiento del otro cónyuge sino que, aun siendo esto así, la verdadera particularidad que definía el supuesto debatido radicaba, precisamente, en que el cónyuge cuyo consentimiento se había omitido era incapaz por lo que, en todo caso, se precisaba la autorización judicial ante un consentimiento que dicho cónyuge nunca podría emitir voluntariamente. La normalidad de la aplicación del artículo 1322 era inviable ante la incapacidad de uno de los cónyuges por lo que parece razonable acudir a otros sistemas de solución de conflictos regulador, precisamente de la incapacidad. El artículo 1322 estaría pensado para los supuestos de omisión voluntaria del consentimiento del otro cónyuge y no, específicamente, para aquellos otros como era el caso litigioso en los que por su incapacidad no pudo prestarlo».

¹³⁰ En este sentido, RDGRN 13.5.2016 (RJ 2016/3025): «La Ley exige la autorización “para realizar actos de disposición sobre inmuebles” (art. 1389, párrafo segundo, del Código Civil) sin distinguir si se trata de bienes urbanos o rústicos; sin distinguir por razón del valor de los bienes; y sin distinguir por el porcentaje que ese valor tuviera dentro del patrimonio ganancial».

¹³¹ Así se admite en la STS 2.3. 2007 (RJ 2007/1622, Ponente Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda) y STS 16.2.2010 (RJ 2010/1779, Ponente Excmo. Sra. D.ª Encarnación Roca Trías).

¹³² *Vid.*, ATIENZA NAVARRO, 2016c, p. 1043.

preferible permitir al Juez que sane el acto del defecto de que adolece», mediante la autorización posterior¹³³. Nosotros estamos de acuerdo con esta opinión, no sólo porque, de lo contrario, en la práctica, en la gran mayoría de los casos en los que se ha aplicado el artículo 1387 CC, el acto permanecería en la incertidumbre hasta que, tras el fallecimiento del esposo con discapacidad, sus herederos procedieran a convalidarlo¹³⁴, sino también porque si se entiende, según hace buena parte de la doctrina, incluido el supuesto de falta de autorización judicial del artículo 1389, p. 2 CC, en las previsiones del artículo 1322 CC por asimilar ésta al consentimiento del otro cónyuge, habrá que concluir que, si el consentimiento de dicho esposo no disponente puede ser anterior o posterior a la celebración del acto (confirmación), igualmente, la autorización judicial, podrá ser anterior o posterior, puesto que sustituye a aquél¹³⁵. A la misma conclusión habrá que llegar si se opta por la aplicación analógica del artículo 1322 CC.

c) Consecuencias de la falta de autorización judicial cuando el acto de disposición es a título gratuito.

En los supuestos de las sentencias citadas, se trataba de actos de disposición a título oneroso y no se hace alusión específica alguna a los realizados a título gratuito sin autorización en los raros casos en

¹³³ Vid., ATIENZA NAVARRO, 2016c, p. 1043

¹³⁴ Mantienen una posición similar, si bien distinguiendo entre el artículo 1387 CC y el artículo 1388 CC, admitiendo la autorización judicial a posteriori sólo en los supuestos del artículo 1387 CC: PRETEL SERRANO, 1991c, p. 755; REBOLLEDO VARELA, 2013c, p. 9795; RAGEL SÁNCHEZ, CCJC, 2011, p. 1153; DOMÍNGUEZ LUELMO, CCJC, 2017, p. 9, citando en favor de tal postura las SSTS 2.3.2007 (RJ 2007/1622, Ponente Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda), 16.2.2010 (RJ 2010/1779, Ponente Excmo. Sra. D.ª Encarnación Roca Trías), referidas ambas al artículo 166 CC, e incluso, aunque no claramente, la STS 20.4.2016 (RJ 2016/1687, Ponente Excmo. Sr. D. Ángel Fernando Pantaleón Prieto), objeto de su comentario. En contra, también en relación al artículo 166 CC, recoge la STS 8.7.2010 (RJ 2010/6030, Ponente Excmo. Sra. D.ª Encarnación Roca Trías), que argumenta que «no es posible obligar al tutor a pedir una autorización a posteriori para convalidar un contrato nulo, como pretende la recurrente, 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 de los sometidos a tutela, no acceda a ella».

Se opone a la autorización judicial posterior, refiriéndose a los casos del artículo 166 CC, LLAMAS POMBO, 2016, p. 849, entre otros motivos, «porque apreciar la inutilidad del acto cuando sus consecuencias han sido consumadas, acarrea problemas adicionales no sólo para el menor, sino también para los terceros contratantes. Por ello, rechazamos la postura que admite la convalidación, ratificación o confirmación por autorización posterior, sin perjuicio de que hasta que la misma se produzca, dicho acto no tenga acceso al Registro de la Propiedad».

¹³⁵ No queremos dejar de destacar que la RDGRN 13.2.1999 (RJ 1999/628) y la RDGRN 29.2.2012 (RJ 2012/5968), han considerado que la falta del consentimiento de los herederos forzosos del confesante respecto a la disposición de un bien del que su causante confesó la privatividad a favor de su cónyuge (art. 1324 CC), es equiparable a la falta de autorización judicial del artículo 1389 CC, en cuanto a la posibilidad de impugnarlos, a posteriori, por ese defecto.

los que cupiera entender que fueran de interés para la familia. ¿Ello quiere decir que a éstos se les aplicaría la misma consecuencia (anulabilidad) o, conforme al artículo 1322, p. 2 CC, deberían ser considerados radicalmente nulos? En nuestra opinión, aplicarles la nulidad absoluta sería la solución coherente con la doctrina del Tribunal Supremo y la mayoría de los autores, de equiparar los actos del artículo 1389, p. 2 CC celebrados a título oneroso, con los del artículo 1322, p. 1 CC, de modo que los actos a título gratuito celebrados sin la autorización judicial, se equipararían a los del artículo 1322, p. 2 CC y serían nulos, no simplemente anulables, pero, desde nuestro punto de vista, no estaría justificada la nulidad radical por la vía del artículo 1322, p. 2 CC, porque éste, como su párrafo 1, está pensado sólo para cuando se requiere que un cónyuge actúe con el consentimiento del otro (lo que no se da en nuestro caso, porque sólo el esposo curador ostenta el poder de disposición sobre los bienes comunes, lo ejercita en su propio nombre y no se requiere el consentimiento del otro cónyuge, el necesitado de apoyo) y, a diferencia de él (del p. 1.º) el cónyuge que desea realizar el acto dispositivo a título gratuito y que no cuenta con dicho consentimiento, no puede acudir a la autorización judicial (arts. 1377 y 1378 CC), con lo cual, ni siquiera tenemos la posibilidad de acudir a la analogía para predicar la nulidad absoluta de los actos que ahora estamos estudiando, pues ya no podemos pensar que la autorización judicial del artículo 1389, p. 2 CC aplicada a los actos a título gratuito, pueda asimilarse a la autorización judicial cuando ésta suple, no el consentimiento, sino el asentimiento de un esposo, por tener la misma función (velar por el interés de la familia). Se podría justificar la anulabilidad alegando las mismas razones expresadas más arriba, con relación a los actos de disposición a título oneroso¹³⁶, partiendo del carácter no esencial de la autorización en la estructura del negocio; pero también, fundándonos en que la concurrencia del interés de la familia será excepcional en los actos dispositivos a título gratuito y que hemos de decantarnos por la solución que mejor proteja este interés, creemos que cabría estimar que cuando los mismos son celebrados por el cónyuge curador sobre bienes gananciales del artículo 1389, p. 2 CC sin autorización judicial, están sometidos a la *conditio iuris* de eficacia consistente en la obtención de ésta, de modo que hasta entonces, no tendrían ningún efecto.

C) *Posibilidad de obligar el patrimonio privativo del cónyuge con discapacidad.*

Por lo que se refiere a la cuestión de si el esposo curador puede obligar con su actuación el patrimonio privativo del cónyuge nece-

¹³⁶ Vid. las que expusimos para excluir la nulidad radical.

sitado de apoyo, se ha negado por varios autores¹³⁷, sin embargo, nosotros no estamos de acuerdo. El que el cónyuge en el que se han concentrado las facultades de administración y disposición pueda vincular, valiéndose de las mismas, solidariamente los bienes gananciales y los suyos propios, no significa que no pueda hacerlo de forma subsidiaria respecto al patrimonio privativo del que tiene la discapacidad en los casos en los que el Código Civil determina que éste deba responder de ese modo. Concretamente, ocurre esto en los supuestos del artículo 1319 CC, en relación a «los actos encaminados a atender las necesidades ordinarias de la familia». Además, en sede de liquidación, conforme al artículo 1401, p. 1 CC, «mientras no se hayan pagado por entero las deudas de la sociedad» el esposo con discapacidad no deudor «responderá con los bienes que le hayan sido adjudicados, si se hubiere formulado debidamente inventario judicial o extrajudicial», pero si no, responderá también con sus bienes propios y, según el artículo 1401, p. 2 CC, si el cónyuge curador, hubiera pagado «mayor cantidad de la que le fuere imputable», igualmente, el esposo que tiene la discapacidad deberá soportar la repetición que éste dirija contra él. Todo ello porque el artículo 1318 CC determina que «los bienes de los cónyuges están sujetos al levantamiento de las cargas del matrimonio».

D) Otros aspectos relevantes.

El cónyuge curador podrá actuar eficazmente frente a terceros como órgano de gestión de la sociedad de gananciales, a partir de la inscripción de la resolución judicial de la que derive su nombramiento en el Registro Civil (art. 72.1, p. 2 LRC en relación con el art. 73 LRC¹³⁸, el art. 300 CC, el art. 222, apartado 3, párrafo 2.º LEC y el art. 755, p. 1 LEC) y en el Registro de la Propiedad (art. 2, apartado Cuarto, LH y art. 755, p. 2 LEC)¹³⁹. En coherencia con

¹³⁷ Vid.: SERRANO GARCÍA, *BMJ*, 1992, p. 5966; ATIENZA NAVARRO, 2016a, p. 1036; RAMS ALBESA, 1992, p. 317, que, además, entiende que «para que los bienes privativos del cónyuge no administrador coadyuven al levantamiento de las cargas del matrimonio será necesaria la intervención judicial».

¹³⁸ Llama la atención que el nuevo artículo 84, p. 1 LRC, en relación con el nuevo artículo 83, b, LRC, incluye entre los supuestos de publicidad restringida «La discapacidad y las medidas de apoyo», lo cual es justificado en la Exposición de Motivos aludiendo al «al necesario respeto a los derechos fundamentales de la persona con discapacidad, incluida su intimidad y la protección de sus datos personales».

¹³⁹ Según la segunda parte de este artículo 2, apartado 4 LH: «Las inscripciones de resoluciones judiciales sobre medidas de apoyo realizadas en virtud de este apartado se practicarán exclusivamente en el Libro sobre administración y disposición de bienes inmuebles». Este libro se regula en el nuevo artículo 242, bis LH, cuyo apartado 1, termina diciendo: «Podrán ser objeto de asiento también en este libro las resoluciones sobre personas con discapacidad a las que se refiere el artículo 755.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil», añadiendo su apartado 2, in fine: «En el caso de las medidas de apoyo, el asiento únicamente expresará la existencia y el contenido de las medidas»; es igualmente destacable la creación, en virtud de su apartado 3, de un «Índice Central Informatizado con la

todo ello, bastará con demandar al esposo curador con «facultades de representación plena», no siendo necesario demandar también al otro cónyuge, pudiéndose aplicar aquí la doctrina de la Dirección General de los Registros y el Notariado¹⁴⁰, según la cual: «... cuando la Ley establece que uno de los cónyuges como órgano social puede obligar los bienes gananciales, hay que entender este mandato legal hasta sus últimas consecuencias, que no es sólo la de poder realizar una prestación, sino también la responsabilidad aneja de unos bienes –en este caso, los gananciales– si hay incumplimiento, y sin que pueda atribuirse al acreedor la carga de tener que demandar a los dos cónyuges cuando únicamente ha contratado con uno sólo de ellos, así como tampoco obligar al cónyuge no deudor a que sea parte en el proceso».

Por otra parte, creemos que el artículo 1389 CC no suprime los ámbitos de actuación individual¹⁴¹ respecto a bienes de carácter ganancial que ya tuviera el cónyuge curador en virtud de los artículos 1381, 1382, 1384 y 1385 CC y, por consiguiente, el Juez no podrá establecer limitaciones o cautelas para esos casos de administración o disposición de bienes gananciales.

Por último, podríamos plantearnos qué ocurrirá si el esposo necesitado de apoyo (no el esposo con «facultades de representación plena») es el que lleva a cabo un acto de administración o disposición relativo a los bienes gananciales prescindiendo totalmente de lo previsto en los artículos 1387 y 1389 CC. En nuestra opinión, estaríamos ante un negocio radicalmente nulo, no simplemente anulable, puesto que él ha dejado de ser órgano de gestión de la sociedad de gananciales; no se trataría de un supuesto de actuación de una persona con discapacidad sin el apoyo judicialmente establecido ejercitando facultades de las que, a pesar de su discapacidad, sigue siendo titular, sino de una actuación en un

información remitida por los diferentes Registros relativa a los asientos practicados en el Libro sobre administración y disposición de bienes inmuebles», el cual se llevará a expensas del Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España y estará bajo la dependencia del Ministerio de Justicia.

¹⁴⁰ Vid. RDGRN 24.11.1986 (RJ 1986/6879) y RDGRN 28.11.1986 (RJ 1986/6881). Vid., refiriéndose a ello, VÁZQUEZ IRUZUBIETA, 2004, pp. 499 y 500.

¹⁴¹ Vid., PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, 1989, nota 171, p. 277; MORALEJO IMBERNÓN, 2013a, p. 1876; PRETEL SERRANO, 1991c, p. 754. Contra: Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN, 1984c p. 1778, que entiende que esas legitimaciones se dan en situaciones normalidad matrimonial en que funciona el artículo 1383 CC, lo que no ocurre en los casos de los artículos 1387 y 1388 CC, en que «el cónyuge está incapacitado o alejado, lo que justifica el mayor rigor y las mayores garantías»; SERRANO GARCÍA, *BMJ*, 1992, p. 5964, entiende que el artículo 1388 CC sí que las respetaría, pero el artículo a1387 CC, no; REBOLLEDO VARELA, 2013c, p. 9793 y 9794, que entiende que si el cónyuge no quiere verse con menos facultades de las que tenía, puede evitarlo no pidiendo la transferencia de la gestión o acudiendo puntualmente a los artículos 1376 y 1377 CC, o solicitando la disolución de la sociedad (arts. 1393.1 y 3 CC).

ámbito respecto al cual carece de la titularidad de las facultades de gestión (administración y disposición), puesto que las perdió con la resolución judicial que nombró curador con «facultades de representación plena» a su cónyuge.

III. CONCLUSIONES

De nuestro estudio podemos obtener las conclusiones siguientes:

1. El nuevo artículo 1387 CC termina con el debate anterior sobre si éste sería de aplicación sólo a los casos de sometimiento de un esposo a la tutela (funciones representativas) del otro o si también lo será a aquéllos en los que el otro cónyuge hubiera sido designado su curador (funciones asistenciales), determinando que sólo será aplicable al curador con «facultades de representación plena» y, por tanto, excluyendo cualquier caso en el que el esposo curador sólo tenga funciones asistenciales o las tenga representativas pero no genéricas.

2. El supuesto de hecho lo constituye la hipótesis de que uno de los cónyuges sea una persona con discapacidad y que, tras el procedimiento judicial correspondiente –ya sea el «expediente de provisión de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad» o el proceso judicial contencioso «sobre la adopción de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad–, el auto o la sentencia, respectivamente, haya determinado que aquél requiere, como medida de apoyo, un curador con «facultades de representación plena» y que la persona designada como tal, sea el otro esposo. Igualmente, se aplicaría el artículo 1387 CC si, tras tramitarse expediente de jurisdicción voluntaria, como consecuencia de la remoción o muerte del curador anterior, distinto del cónyuge, fuera designado éste en lugar del removido o fallecido (art. 44.2 LJV).

3. No es necesario, al menos teóricamente, que el matrimonio haya tenido lugar antes de que sobrevenga la discapacidad de uno de los cónyuges y de que el otro haya sido nombrado su curador con «facultades de representación plena» ya que, como la discapacidad en ningún caso puede justificar la privación de derechos al necesitado de apoyo (Exposición de Motivos, art. 269, último párrafo CC), cabe que el éste contraiga matrimonio con quien sea su curador, cumpliendo los requisitos del artículo 56 CC, de modo que si así fuera y el matrimonio se rigiera por el régimen de sociedad de gananciales, el artículo 1387 CC se aplicaría *ab initio*, es decir, desde el primer momento de la unión matrimonial.

4. Si el esposo con discapacidad es sometido a curatela, pero no es el otro, sino un tercero, el designado curador con «facultades de representación plena», no se aplicará el artículo 1387 CC, y la sociedad deberá ser gestionada por el cónyuge que no tiene la discapacidad y el curador actuando como representante del que necesita apoyo, el cual requerirá autorización judicial, conforme a los artículos 287 y ss. CC relativos a la curatela, para la realización de determinados actos, sin perjuicio de la necesidad de nombrar un defensor judicial en caso de conflicto de intereses (arts. 283 y 295, 2.º CC). Éste no será un caso de aplicación de los artículos 1377 y 1378 CC y tampoco el esposo que no tiene discapacidad podrá acudir al artículo 1388 CC; sin embargo, podrá fundarse en el artículo 1393.1 CC para solicitar la disolución de la sociedad de gananciales.

5. Por curador con «facultades de representación plena» hay que entender curador «con funciones representativas de alcance general», es decir, aquél cuya representación se extiende tanto a la esfera personal como a la patrimonial de la persona con discapacidad y en su totalidad, lo cual sólo podrá tener lugar en situaciones de excepcional gravedad, sin que quepa acudir al artículo 1393, p.1, apartado 1.º CC, para defender que basta con que afecte al ámbito patrimonial.

6. Conforme a lo anterior, el nombramiento del esposo como curador con «facultades de representación plena» se configura como algo totalmente excepcional, no por lo que a la designación del esposo se refiere (que será lo normal), sino en cuanto a la entidad de las facultades que se le atribuyen.

7. El artículo 1387 CC es más exigente en la configuración de su supuesto de hecho en la redacción actual que en la anterior, ya que, en la derogada, bastaba con que el cónyuge hubiera sido nombrado tutor, pero sin exigir que la representación se extendiera a todos los ámbitos de la esfera personal y patrimonial del afectado. De esta forma, el actual artículo 1387 CC resulta ser más respetuoso con la voluntad y capacidad de decisión del esposo necesitado de apoyo, coherentemente con las exigencias de la Convención de Nueva York.

8. Si el cónyuge fuera nombrado curador con facultades representativas en ambas esferas, pero no genéricas o plenas, es decir, si sólo se le otorgaran algunas facultades de representación concretas o se le atribuyeran facultades representativas sólo en la esfera patrimonial, algunas o todas, no se aplicaría el artículo 1387 CC, sino las reglas generales sobre la administración y la disposición de los bienes gananciales (art. 1375 CC), siendo susti-

tuido el consentimiento del esposo necesitado de apoyo por el de su cónyuge curador, cuando se trate de actos para los que éste puede representar al que tiene la discapacidad y, limitándose el curador a prestar su asistencia en la toma de decisiones, cuando se trate de actos para los que el cónyuge afectado sólo requiera de ésta, teniendo en cuenta que, en caso de conflicto de intereses, deberá nombrarse un defensor judicial al esposo que tiene la discapacidad, el cual sustituirá al esposo curador (arts. 283 y 295, 2.º CC). Ahora bien, las normas de la sociedad de gananciales deberán combinarse con las de la curatela, de modo que, cuando se quiera realizar algún acto previsto en los artículos 287 y ss. CC, se requerirá, además, la autorización judicial. En estos casos, el esposo curador no podrá acudir al artículo 1388 CC. Si se está en el caso del artículo 1393, p. 1, apartado 1.º CC, es decir, si el esposo nombrado curador tiene facultades de representación plena en el ámbito patrimonial, podrá solicitar al Juez la disolución de la sociedad de gananciales.

9. El artículo 1387 CC no será de aplicación cuando el cónyuge del necesitado de apoyo sea guardador de hecho, defensor judicial o haya sido apoderado preventivamente por el que tiene la discapacidad. Sí se aplicará cuando, a través de la autocratela, la persona necesitada de apoyo haya designado curador a su consorte; no obstante, si hubiera nombrado a un tercero, no se aplicará ni el 1387 CC, pero tampoco el artículo 1388 CC, sin perjuicio de que el esposo que no tiene la discapacidad no nombrado curador pueda solicitar la disolución de la sociedad de gananciales con base en el artículo 1393, p. 1, apartado 1.º CC.

10. En los casos de ausencia declarada no será de aplicación el artículo 1387 CC, que ya no se refiere al «representante legal», pero tampoco el artículo 1388 CC, puesto que el ausente tiene quien preste consentimiento por él (en principio, su cónyuge nombrado representante). El cónyuge presente nombrado representante del ausente gestionará la sociedad de gananciales y será de aplicación a los actos de disposición de los bienes comunes, el artículo 186, p. 3 CC, que exige la autorización del Letrado de la Administración de Justicia. El esposo presente podrá pedir la disolución de la sociedad (arts. 189 y 1393.1 CC).

11. En el supuesto de simple desaparición y nombramiento del esposo como defensor del desaparecido, tampoco habrá lugar a la aplicación de los artículos 1387 y 1388 CC. El defensor podrá actuar por sí sólo en los casos del artículo 181 CC; para todo lo demás, deberá solicitar la autorización judicial, de acuerdo con las reglas generales de la sociedad de gananciales (arts. 1376 y 1377 CC).

12. Los efectos del artículo 1387 CC se producen por ministerio de la Ley, automáticamente, como consecuencia de la resolución que designa a un esposo curador con «facultades de representación plena» del otro, sin necesidad de declaración específica alguna sobre tal particular, produciéndose, entonces, la sustitución del órgano de gestión de la sociedad de gananciales constituido hasta entonces por los dos esposos (art. 1375 CC), por el integrado únicamente por el cónyuge no afectado por la discapacidad que pasará a concentrar en él todas las facultades de administración y disposición relativas al patrimonio ganancial.

13. Más difícil es determinar si, en los supuestos del artículo 1388 CC, el cónyuge al que se le confiera la «administración» tendrá también facultades de disposición sobre los bienes gananciales, puesto que, en favor de la respuesta afirmativa y de la negativa, existen importantes razones. Nosotros nos inclinamos por la afirmativa, además de por otros argumentos apuntados por la doctrina, porque así resulta de la interpretación conjunta de los distintos apartados del artículo 90 LJV, lo que nos lleva a afirmar que en los supuestos del artículo 1388 CC el Juez podrá atribuir, con las cautelas y limitaciones que considere oportuno, sólo la administración o la administración y la disposición, si bien, la regla general será la atribución sólo de la administración, mientras que en los del artículo 1387 CC, el esposo curador tendrá, por ministerio de la Ley, tanto la administración como la disposición con posibilidad, igualmente, de que el Juez determine «cautelas o limitaciones» en los dos ámbitos, aparte de la necesidad de autorización para los actos de disposición sobre ciertos bienes, que resulta del artículo 1389, p. 2 CC.

14. La concentración de facultades en el cónyuge curador para administrar y disponer del patrimonio ganancial lleva consigo el desplazamiento, respecto al mismo, de las normas de la curatela, incluidas las de la curatela representativa, que serán sustituidas por los artículos 1387 y 1389 CC, precepto este último, en el que cobra gran importancia el interés de la familia. Sin embargo, las normas de la curatela seguirán afectando al esposo curador de su consorte como gestor del patrimonio privativo de éste.

15. El artículo 1389 CC se refiere tanto a los supuestos del artículo 1387 CC como a los del artículo 1388 CC. Las «limitaciones y cautelas» que, según el artículo 1389, p. 1 CC, puede establecer el Juez, pueden afectar, en ambos casos, tanto a la administración como a la disposición y han de estar fundadas en el «interés de la familia», no en el interés uno solo de los esposos, ni siquiera, cuando éste es el del cónyuge necesitado de apoyo.

16. La concesión de la autorización judicial que el artículo 1389, p. 2 CC requiere para que el cónyuge gestor de la sociedad de gananciales pueda realizar actos de disposición sobre los bienes que en él se recogen, ha de fundarse en la apreciación de que el acto que se pretenda realizar es de «interés para la familia», puesto que la necesidad de esta autorización no es más que una concreción, si bien por vía legal, de las «limitaciones o cautelas» a que se refiere el artículo 1389, p. 1 CC. Igualmente, esa necesidad de autorización para esos actos, aparece como la «limitación o cautela» que, como mínimo, siempre se dará. Todo ello resulta de la expresión «En todo caso» con que comienza el párrafo 2 del artículo 1389 CC, que lo enlaza con lo establecido en su párrafo 1.

17. El esposo curador del artículo 1387 CC, salvo que el Juez determine otra cosa, tiene, no sólo facultades de disposición a título oneroso (en el caso de los bienes especialmente valiosos del artículo 1389, p. 2 CC, con autorización judicial), sino también a título gratuito, como mínimo, para hacer liberalidades de uso, y sobre los bienes del artículo 1389, p. 2 CC si cuenta con autorización judicial por apreciarse el «interés de la familia» en su realización.

18. En cuanto a los actos de disposición a título oneroso celebrados por el esposo gestor sin la autorización judicial exigida por el artículo 1389, p. 2 CC, hay que concluir lo siguiente: A) Que la función de esa autorización es velar por el interés de la familia. B) Que no puede aplicárseles el artículo 1259 CC porque el esposo curador no representa a su cónyuge cuando actúa, sino que lo hace como órgano de la sociedad de gananciales y en nombre propio, en relación a unos bienes que le pertenecen junto al otro cónyuge en comunidad germánica y, por tanto, sin cuotas: no es un representante que actúe sin poder, no representa a nadie, actúa por sí y en nombre propio, pero le falta la autorización. C) Que tampoco le es aplicable directamente el artículo 1322 CC porque este precepto se refiere a los actos celebrados por un cónyuge sin el consentimiento del otro cuando éste sea necesario, lo cual no ocurre en el caso que estudiamos. D) Tampoco se trata de un acto radicalmente nulo, ya que la autorización no es un elemento esencial del acto, se trata de proteger un interés privado (el de la familia concreta que sufrirá sus consecuencias por él), la autorización puede conseguirse después, la imposibilidad de ratificación podría perjudicar a la familia, y porque defender este tipo de ineficacia para nuestro supuesto, sería incoherente con las consecuencias predicadas para otros. E) Creemos que podría defenderse que estamos ante un acto anulable, si bien a esta conclusión se llegaría, no por la aplicación directa, sino

por la aplicación analógica del artículo 1322, p. 1 CC, en cuanto que la autorización tendría la misma función que tiene, en algunos de los casos incluidos en este precepto, el consentimiento de un cónyuge o -lo que es más significativo a los efectos de la analogía-, la autorización judicial que sustituye a ese consentimiento -asentimiento- del esposo (velar por el interés familiar, arts. 96 y 1320 CC).

19. La autorización judicial del artículo 1389, p. 2 CC puede obtenerse después de la realización del acto.

20. Si el acto de disposición realizado sin autorización judicial es a título gratuito, no será aplicable el artículo 1322, p. 2 CC, ni siquiera analógicamente, siendo difícil decantarse por la anulabilidad o por estimar que estamos ante un negocio sometido a la *conditio iuris* de eficacia de conseguir tal autorización.

21. En determinados supuestos, el cónyuge curador obligará con sus actos, no sólo los bienes gananciales, sino también los privativos del necesitado de apoyo.

IV. PROPUESTAS DE *LEGE FERENDA*.

En nuestra opinión, en un futuro podría mejorarse la regulación del supuesto estudiado teniendo en cuenta las siguientes propuestas o consideraciones:

1. Sustituir la expresión «curador con facultades de representación plena», por la expresión «curador con facultades representativas de carácter general en la esfera personal y patrimonial».

2. Reflexionar sobre el tratamiento que quiere darse al caso de ausencia declarada; concretamente, pensar bien si se desea: A) Que lo recoja el artículo 1387 CC, dado el carácter de representante legal que tiene el esposo presente (designado tal con carácter general) y la existencia de declaración oficial sobre dicha situación; con ello, se contribuiría a que este precepto quedara claramente diferenciado del artículo 1388 CC, puesto que el artículo 1387 CC se caracterizaría por referirse a supuestos en los que se ha seguido un procedimiento judicial en el que se verifican y analizan una serie de circunstancias que, con las debidas garantías, fundamentan declaraciones oficiales dotadas de estabilidad y continuidad, frente a la naturaleza fáctica o de hecho, de las hipótesis que podrían llevar a un esposo a acudir al segundo de los artículos señalados; B) Incluirlo en el artículo 1388 CC (junto a que el otro cónyuge «se encontrare en imposibilidad de prestar consentimien-

to, hubiere abandonado a la familia o existiere separación de hecho»), de modo que esta norma pasaría, de referirse únicamente a situaciones de hecho, a integrar casos de naturaleza fáctica y no fáctica; para ello, creemos que habría que introducir la alusión expresa a la ausencia legal en el texto del artículo 1388 CC, puesto que el ausente sí que puede prestar consentimiento a través de su representante legal (en principio, su cónyuge) y, por tanto, los casos de ausencia legal no pueden quedar cubiertos por el que, en el artículo 1388 CC, se describe como que «el otro se encontrare en imposibilidad de prestar consentimiento»; C) Dejar la ausencia declarada fuera del artículo 1387 CC y del artículo 1388 CC, tal y como, a nuestro entender, resulta de la nueva normativa derivada de la reciente reforma en materia de discapacidad. En nuestra opinión, lo mejor sería volver a incluir al representante legal del ausente en el artículo 1387 CC haciendo referencia expresa a esta figura.

3. En el artículo 1387 CC, además, se debería determinar (en cuanto se refiere a las situaciones de discapacidad) que a la gestión del patrimonio ganancial no le serán de aplicación las normas de la curatela, las cuales sí que se aplicarán a la gestión de los bienes privativos del esposo con discapacidad. Así, este precepto sería más completo.

4. Es conveniente aclarar si el artículo 1388 CC se refiere sólo a la administración o si alcanza o puede alcanzar también a la disposición y, en este caso, si la atribución de la disposición tiene o puede tener carácter genérico (como en el art. 1387 CC) o no. En nuestra opinión, debería declararse que la regla general será que, con base en el artículo 1388 CC, lo que podrá atribuir el Juez será la administración de los bienes gananciales, con carácter genérico, si bien, atendiendo a las circunstancias del caso, podrá también asignar la disposición genérica o sobre ciertos bienes o en ciertas situaciones, siempre respetando lo establecido en el artículo 1389 CC en sus dos párrafos; todo ello, en contraste con el artículo 1387 CC que atribuye automáticamente al cónyuge la administración y la disposición genéricas, aunque también sea aplicable a las situaciones previstas por él, el artículo 1389 CC. Por consiguiente, en la propuesta que estamos haciendo aquí, lo que diferenciaría a los artículos 1387 y 1388 CC desde el punto de vista de sus consecuencias, sería el punto de partida que funcionaría como regla general en cada uno: la atribución de la administración y disposición genéricas en el artículo 1387 CC, y la atribución de la administración genérica en el artículo 1388 CC; en los supuestos del artículo 1387 CC, tales facultades estarían limitadas, en todo

caso, por el artículo 1389, p. 2 CC y, además, por las cautelas y limitaciones que, en ambos ámbitos, pudiera establecer el Juez, según el artículo 1389, p. 1 CC; en los del artículo 1388 CC, el Juez podría atribuir, además de la administración, la disposición con el alcance que estimara oportuno, y asimismo, determinar las limitaciones y cautelas que considerase conveniente en el ejercicio de la administración o la disposición del patrimonio ganancial, siempre con respeto a lo ordenado por el artículo 1389, p. 2 CC.

5. En el artículo 1389 CC debería hacerse alusión expresamente: A) A que su regulación desplaza a la prevista en sede de sociedad de gananciales para los supuestos ordinarios; B) A que, no obstante lo anterior, se respetan los ámbitos de gestión individual correspondientes al cónyuge curador según dicha normativa; y C) A que el cónyuge actúa, en este ámbito, en su propio nombre en cuanto órgano gestor de la sociedad y no en nombre o representación del otro.

6. En el artículo 1389 CC habría que incluir un párrafo que hiciera referencia a las consecuencias jurídicas de la actuación del esposo gestor llevando a cabo actos de disposición a título oneroso sin la autorización judicial cuando ésta fuera necesaria y a la posibilidad de autorización judicial posterior. Esto evitaría tener que acudir a la aplicación analógica del artículo 1322 CC.

7. Igualmente, en el artículo 1389 CC debería hacerse una alusión a los actos a título gratuito, determinándose claramente si el cónyuge gestor puede celebrarlos con autorización judicial o no y las consecuencias de actuar sin ella cuando se exija.

8. Si se optara por la anulabilidad derivada de la falta de autorización en los actos a título oneroso, sería conveniente incluir una referencia expresa a ello en el artículo 1301 CC, para que pudieran quedar directamente incluidos en él, sin necesidad de acudir a la aplicación analógica del último número del artículo 1301 CC.

9. Si se considerase que la anulabilidad es, igualmente, predicable de los actos a título gratuito celebrados sin la autorización judicial del artículo 1389 CC, sería del mismo modo aconsejable, incluir expresamente la referencia a ello en dicho artículo 1301 CC.

10. En definitiva, sería deseable que el legislador perfilara con mayor claridad tanto los supuestos de hecho de los artículos 1387 y 1388 CC, como sus consecuencias, lo que supondría, no sólo modificar la redacción de los dos preceptos señalados, sino también la de los artículos 1389 CC y 1301 CC, todo ello con la finalidad de lograr una seguridad jurídica que, ante las numerosas dudas que todas estas normas plantean, muchas veces brilla por su ausencia.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO, Manuel: *Curso de Derecho civil, IV, Derecho de familia*, Madrid, 2008.
- ALEMANY, Macario: «Representación y derechos de las personas con discapacidad mental y/o intelectual», *Revista Práctica de Tribunales*, núm. 145, 2020, pp. 1-16.
- «Una crítica a los principios de la reforma del régimen jurídico de la discapacidad», en *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad. El Derecho en el umbral de la política*, Madrid, 2021, pp. 21-45.
- ATIENZA NAVARRO, María Luisa: «Artículo 1387», en *Código Civil Comentado, Vol. III*, Cizur Menor, 2016a, pp. 1033-1036.
- «Artículo 1388», en *Código Civil Comentado, Vol. III*, Cizur Menor, 2016b, pp. 1036-1039.
- «Artículo 1389», en *Código Civil Comentado, Vol. III*, Cizur Menor, 2016c, pp. 1039-1043.
- ATIENZA RODRÍGUEZ, M., «Dignidad humana y derechos de las personas con discapacidad», *Revista Ius et Veritas*, 2016, núm. 53, pp. 262-266.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: *Manual de Derecho civil, Derecho privado y Derecho de la persona*, Madrid, 2019.
- CAMPO IZQUIERDO, Ángel Luis: «Anteproyecto de Ley de reforma civil y procesal en materia de discapacidad», *Actualidad Civil*, núm. 9, 2020, pp. 1-20.
- CARRASCO PERERA, Ángel: «Artículo 6, apartado 3», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales, T. I, Vol. 1.º*, Madrid, 1992, pp. 769-843.
- CASTÁN TOBEÑAS, José: *Derecho civil español, común y foral, T. V, Vol. 1.º*, Madrid, 1983.
- CAZORLA GONZÁLEZ, María José: «Avances civiles en derechos humanos y libertades fundamentales para las personas con discapacidad en el Proyecto de Ley», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 2020, núm. 3, pp. 365-412.
- DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina: *Incapacitación y mandato*, Madrid, 2008.
- DE CASTRO, Federico: *El negocio jurídico*, Madrid, 1991 (reedición de la edición de 1971).
- DE LA CUESTA, José María: «Artículo 181», en *Código civil comentado, Vol. I*, Cizur Menor, 2016a, pp. 970-973.
- «Artículo 189», en *Código civil comentado, Vol. I*, Cizur Menor, 2016b, pp. 989-991.
- DE LA IGLESIA MONJE, María Isabel: «Naturaleza actual de la curatela: asistencial, patrimonial e incluso representativa», en *Contribuciones para una reforma de la discapacidad. Un análisis transversal del apoyo jurídico a la discapacidad*, Madrid, 2020, pp. 141-174.
- DE LOS MOZOS, José Luis: «Artículos 1387 a 1389», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales, T. VII, Vol. 2.º*, Madrid, 1984, pp. 402-415.
- DE PABLO CONTRERAS, Pedro: «Ineficacia e invalidez de los contratos», en *Curso de Derecho civil, T. II, Vol. I., Teoría general de la obligación y el contrato*, Madrid, 2018, pp. 475-507.
- DE SALAS MURILLO, Sofía: «La reforma de la legislación civil para el apoyo a las personas con discapacidad en materia de obligaciones y contratos», *Diario La Ley*, núm. 9841, 2021, pp. 1-9.

- DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, y PARRA LUCÁN, María Ángeles: *Las nulidades de los contratos. En la teoría y en la práctica*, Madrid, 2005.
- DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis: «Artículo 1387», en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia, T. II*, Madrid, 1984a, pp. 1775-1776.
- «Artículo 1388», en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia, T. II*, Madrid, 1984b, pp. 1776-1777.
- «Artículo 1389», en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia, T. II*, Madrid, 1984c, pp. 1777-1778.
- DÍEZ-PICAZO, Luis, y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: *Sistema de Derecho civil, Vol. IV, T. I*, Madrid, 2018.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés: «Comentario a la STS de 20 de abril de 2016 (RJ 2016/1687)», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 103, 2017, pp. 1-20 (formato electrónico).
- FERNÁNDEZ-GIL VEGA, Isabel: «Efectos comunes a los procesos de separación, divorcio y nulidad», en *Derecho de familia*, Cizur Menor, 2012, pp. 1343-1442.
- GARCÍA RUBIO, María Paz: «Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio», *Revista de Derecho Civil*, Vol. V núm. 3, 2018a, pp. 29-60.
- «Algunas propuestas de reforma del Código Civil como consecuencia del nuevo modelo de discapacidad. En especial en materia de sucesiones, contratos y responsabilidad civil», *Revista de Derecho Civil*, Vol. V, núm. 3, 2018b, pp. 173-197.
- «La necesaria y urgente adaptación del Código Civil español al artículo 12 de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, T. 58, 2018, pp. 145-191.
- «Artículo 1393», en *Comentario del Código Civil, T. II*, Madrid, 1991, pp. 761-764.
- GOMÁ LANZÓN, Ignacio: «Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de enero de 2018 (2/2018). Acto dispositivo realizado por el tutor sin la previa autorización judicial», *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (Civil y Mercantil)*, Vol. 10, 2018, Madrid, pp. 500-511.
- GONZÁLEZ GARCÍA, José: «Régimen económico de gananciales (II)», en *Curso de Derecho civil IV, Derechos de familia y sucesiones*, Valencia, 2017, pp. 187-208.
- GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente: «Artículo 1387», en *Comentarios al Código Civil*, Valladolid, 2010a, p. 1529.
- «Artículo 1388», en *Comentarios al Código Civil*, Valladolid, 2010b, p. 1530.
- «Artículo 1389», en *Comentarios al Código Civil*, Valladolid, 2010c, pp. 1530 y 1531.
- «Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 2010. Disposición de bienes comunes por esposo tutor de su cónyuge incapaz: aplicación de las reglas especiales de ganancialidad a efectos de prescripción de la acción de anulación», en *Estudios y comentarios jurisprudenciales sobre discapacidad*, Cizur Menor, 2016, pp. 399-411.
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina: *La curatela en el nuevo sistema de capacidad graduable*, Madrid, 1997.
- «Matrimonio y discapacidad», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 32, 2018, pp. 55-94.

- GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina: *El derecho a la vida familiar de las personas con discapacidad (El Derecho español a la luz del artículo 23 de la Convención de Nueva York)*, Madrid, 2019.
- HERRERO GARCÍA, María José: «Artículo 1320», en *Comentario del Código civil, T. II*, 1991, Madrid, pp. 586-592.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis: *Elementos de Derecho civil, IV, Derecho de familia, fasc. 2*, Barcelona, 1989.
- LACRUZ MANTECÓN, Miguel Luis: *Síntesis del Derecho civil español II, Obligaciones y contratos*, Zaragoza, 2020.
- LASARTE ÁLVAREZ, Carlos: *Principios de Derecho civil VI, Derecho de familia*, Madrid, 2009.
- LINACERO DE LA FUENTE, M. A., «El reto de la reforma de la legislación civil en materia de discapacidad», *La Notaría*, núm. 1-2, 2020, pp. 78-98.
- LLAMAS POMBO, Eugenio: «Artículo 166», en *Código Civil Comentado, Vol. I*, 2016, pp. 842-851.
- LÓPEZ RICHART, Julián: «De la administración de la sociedad de gananciales», en *El régimen económico del matrimonio (Comentarios al Código civil: especial consideración de la doctrina jurisprudencial)*, Madrid, 2005, pp. 457-522.
- MAGARIÑOS BLANCO, Victorio: «Comentarios al Anteproyecto de Ley para la reforma del Código Civil sobre discapacidad», *Revista de Derecho Civil*, Vol. V, núm. 3, 2018, pp. 199-225.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos: «Autonomía, apoyos y protección en la reforma del Código Civil sobre discapacidad psíquica (1)», *Diario La Ley*, núm. 9851, 2021, pp. 1-9.
- MAYOR DEL HOYO, María Victoria: «Los Derechos civiles en España ante la Convención de Naciones Unidas sobre discapacidad. Especial referencia al Derecho civil aragonés: ¿una adaptación condicionada por la reforma estatal?», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2020, núm. 782, pp. 3359-3415.
- «La incidencia de la reforma estatal del Derecho civil en materia de capacidad en los Derechos civiles territoriales», *Diario La Ley*, núm. 9859, 2021, pp. 1-15.
- «Artículo 1387», en *Comentarios al Código Civil*, Cizur Menor, 2013a, pp. 1876-1877.
- «Artículo 1388», en *Comentarios al Código Civil*, Cizur Menor, 2013b, p. 1877.
- «Artículo 1389», en *Comentarios al Código Civil*, Cizur Menor, 2013c, pp. 1878-1879.
- MORALEJO IMBERNÓN, Nieves: «La sociedad de gananciales (Continuación)», en *Manual de Derecho civil, Derecho de familia*, Madrid, 2015, pp. 165-182.
- MUNAR BERNAT, Pedro Antonio: «La curatela: principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad», *Revista de Derecho Civil*, Vol. V, núm. 3, 2018, pp. 121-152.
- «Notas sobre algunos principios y las últimas novedades del Anteproyecto», en *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad. El Derecho en el umbral de la política*, Madrid, 2021, pp. 175-193.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier: «Artículo 1387», *Código civil comentado* (versión digital), La Ley, actualización julio 2020, p. 1.
- PALACIOS HERRUZO, Antonio: «El uso sobre la vivienda habitual en situaciones de crisis matrimonial», en *Derecho de familia*, Madrid, 2012, p. 2547-2582.

- PALLARÉS NEILA, Javier: «Quién, qué y por qué. El estándar de intervención en el Proyecto de Ley para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica», *Actualidad Civil*, núm. 10, 2020, pp. 1-11 (formato electrónico).
- PARRA LUCÁN, María Ángeles: «La protección de las personas con discapacidad en la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, T. 59, 2019, pp. 471-494.
- PAU PEDRÓN, Antonio: «De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código Civil», *Revista de Derecho Civil*, Vol. V, núm. 3, 2018, pp. 5-28.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel: *Derecho de familia*, Madrid, 1989.
- PEREÑA VICENTE, Montserrat: «Derechos fundamentales y capacidad jurídica. Claves para una propuesta de reforma legislativa», *Revista de Derecho Privado*, núm. 4, julio-agosto, 2014, pp. 3-40.
- PETIT SÁNCHEZ, Milagros: «La adopción de medidas de apoyo para las personas con discapacidad: armonización entre la autonomía de la voluntad y el mejor interés», *Revista de Derecho Civil*, Vol. VII, núm. 5, 2020, pp. 265-313.
- PRETEL SERRANO, Juan José: «Artículo 1387», en *Comentario del Código Civil, T. II*, Madrid, 1991a, pp. 746-750.
- «Artículo 1388», en *Comentario del Código Civil, T. II*, Madrid, 1991b, pp. 750-752.
- «Artículo 1389», en *Comentario del Código Civil, T. II*, Madrid, 1991c, pp. 752-755.
- RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe: «Comentario a la STS de 23 de Septiembre de 2010 (RJ 2010/7136)», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 86, 2011, pp. 1139-1157.
- *El régimen de gananciales*, Cizur Menor, 2017a.
- «La sociedad de gananciales (3). La gestión de la sociedad», en *Tratado de Derecho de familia, Vol. 3, Los regímenes económicos matrimoniales, I*, Cizur Menor, 2017b, pp. 863-1004.
- RAMS ALBESA, Joaquín José: *La sociedad de gananciales*, Tecnos, Madrid, 1992.
- REBOLLEDO VARELA, Ángel: «Artículo 1387», en *Comentarios al Código Civil, T. VII*, Valencia, 2013a, pp. 9785-9787.
- «Artículo 1388», en *Comentarios al Código Civil, T. VII*, Valencia, 2013b, pp. 9788-9791.
- «Artículo 1389», en *Comentarios al Código Civil, T. VII*, Valencia, 2013c, pp. 9792-9795.
- ROCA TRÍAS, Encarnación: «Artículo 96», en *Comentario del Código Civil, T. I*, 1991, pp. 394-402.
- ROGEL VIDE, Carlos: «¿Capacidad de los incapaces? –Notas en torno al Proyecto de Ley 12/27», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, n.º 1, 2021, pp. 7-19.
- SÁNCHEZ GÓMEZ, Amelia: «Hacia un nuevo tratamiento jurídico de la discapacidad: reflexiones a propósito del Proyecto de Ley de 17 de julio de 2020 por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica», *Revista de Derecho Civil*, Vol. VII, núm. 5, 2020, pp. 385-428.
- SEIJAS QUINTANA, José Antonio: «La modificación de la capacidad de obrar de las personas con discapacidad: posturas de nuestros tribunales y perspectivas de futuro», *Revista Práctica de Tribunales*, núm. 145, 2020, pp. 1-15.
- SERRANO FERNÁNDEZ, María: «Artículo 271», en *Comentarios al Código Civil*, Valladolid, 2010, pp. 401-404.

- SERRANO GARCÍA, Ignacio: «Proyectos de reforma del tratamiento jurídico de las personas con discapacidad», en *Contribuciones para una reforma de la discapacidad. Un análisis transversal del apoyo jurídico a la discapacidad*, Madrid, 2020, pp. 68 a 87.
- SERRANO GARCÍA, Javier: «Transferencia de la gestión de los bienes gananciales», *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 1653, 1992, pp. 5957-5967.
- TENA PIAZUELO, Isaac: «Artículo 271», en *Código Civil Comentado, T. II*, Cizur Menor, 2016, pp. 1275-1285.
- TORRES GARCÍA, Teodora Felipa: «Presentación», *Revista de Derecho Civil*, Vol. V, núm. 3, 2018, pp. 1-3.
- «Efectos de la incapacitación», en *Tratado de Derecho de la persona física*, Cizur Menor, 2013, pp. 123-171.
- «La incapacitación: de Don Federico de Castro al momento actual», en *Glo-sas sobre Federico de Castro*, Cizur Menor, 2015, pp. 385-408.
- VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos: *Administración y liquidación del régimen económico del matrimonio. Interpretación básica. Jurisprudencia. Formularios*, Madrid, 2004.

JURISPRUDENCIA

- STS 20.5.2003 (RJ 2003/5294, Pte. Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil).
- STS 2.3.2007 (RJ 2007/1622, Pte. Excmo. Sr. Pedro González Poveda).
- STS 9.5.2007 (RJ 2007/3439, Pte. Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos).
- STS 29.4.2009 (RJ 2009/2901, Pte. Excma. Sra. D.^a Encarnación Roca Trías).
- STS 16.2.2010 (RJ 2010/1779, Pte. Excma. Sra. D.^a Encarnación Roca Trías).
- STS Pleno 22.4.2010 (RJ 2010/2380, Pte. Excma. Sra. D.^a Encarnación Roca Trías).
- STS Pleno 8.7.2010 (RJ 2010/6030, Pte. Excma. Sra. D.^a Encarnación Roca Trías).
- STS 23.9.2010 (RJ 2010/7136, Pte. Excma. Sra. D.^a Encarnación Roca Trías).
- STS 17.7.2012 (RJ 2012/8362, Pte. Excma. Sra. D.^a Encarnación Roca Trías).
- STS 11.10.2012 (RJ 2012/9173, Pte. Excmo. Sr. D. Mariano de Oro-Pulido López).
- STS 24.6.2013 (RJ 2013/3948, Pte. Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana).
- STS 1.7.2014 (RJ 2014/4518, Pte. Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo).
- STS 20.10.2014 (RJ 2014/5610, Pte. Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana).
- STS 27.11.2014 (RJ 2014/6032, Pte. Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana).
- STS 29.4.2015 (RJ 2015/2208, Pte. Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz).
- STS 6.5.2015 (RJ 2015/2602, Pte. Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Melero).
- STS 13.5.2015 (RJ 2015/2023, Pte. Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo).
- STS 14.10.2015 (RJ 2015/4755, Pte. Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana).
- STS 20.10.2015 (RJ 2015/4900, Pte. Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz).
- STS 20.4.2016 (RJ 2016/1687, Pte. Excmo. Sr. D. Ángel Fernando Pantaleón Prieto).
- STS 3.6.2016 (RJ 2016/2311, Pte. Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana).
- STS 16.5.2017 (RJ 2017/2207, Pte. Excma. Sra. D.^a María de los Ángeles Parra Lucán).
- STS 27.9.2017 (RJ 2017/5913, Pte. Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana).
- STS 11.10.2017 (RJ 2017/4290, Pte. Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo).

- STS 8.11.2017 (RJ 2017/4760, Pte. Excma. Sra. D.^a María de los Ángeles Parra Lucán).
- STS Pleno 10.1.2018 (RJ 2018/156, Pte. Excma. Sra. D.^a María de los Ángeles Parra Lucán).
- STS 7.3.2018 (RJ 2018/934, Pte. Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz).
- STS 15.3.2018 (RJ 2018/1090, Pte. Excma. Sra. D.^a María de los Ángeles Parra Lucán).
- STS 15.6.2018 (RJ 2018/2449, Pte. Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz).
- STS 28.5.2019 (RJ 2019/2165, Pte. Excma. Sra. D.^a María de los Ángeles Parra Lucán).
- STS 17.9.2019 (RJ 2019/3610, Pte. Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg).
- STS 27.9.2019 (RJ 2019/4033, Pte. Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller).
- STS 19.2.2020 (RJ 2020/392, Pte. Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas).
- STS 3.12.2020 (RJ 2020/4815, Pte. Excma. Sra. María de los Ángeles Parra Lucán).

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y EL NOTARIADO¹⁴²

- RDGRN 24.11.1986 (RJ 1986/6879).
- RDGRN 28.11.1986 (RJ 1986/6881).
- RDGRN 13.2.1999 (RJ 1999/628).
- RDGRN 12.7.1999 (RJ 1999/4756).
- RDGRN 17.1.2011 (RJ 2011/1427).
- RDGRN 27.1.2012 ((RJ 2012/3258).
- RDGRN 29.2.2012 (RJ 2012/5968).
- RDGRN 13.5.2016 (RJ 2016/3025).

¹⁴² Actual Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública.