

EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA CURATELA
REPRESENTATIVA COMO INSTITUCIÓN JUDICIAL DE
APOYO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

*THE LEGAL REGIME OF REPRESENTATIVE GUARDIANSHIP
AS ON JUDICIAL SUPPORT INSTITUTION FROM PEOPLE WITH
DISABILITIES*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 17, ISSN: 2386-4567, pp. 426-497

Ana Isabel
BERROCAL
LANZAROT

ARTÍCULO RECIBIDO: 5 de abril de 2022

ARTÍCULO APROBADO: 27 junio de 2022

RESUMEN: La curatela es una medida de apoyo formal para las personas con discapacidad que, precisen apoyos de modo continuo, estable y con carácter subsidiario en cuanto no exista otra medida de apoyo suficiente. Su determinación corresponderá a la autoridad judicial en el correspondiente procedimiento de provisión de apoyos y con la extensión que fije la resolución, atendiendo a su situación, circunstancias y necesidades. Como regla general, tiene naturaleza asistencial y, de forma excepcional, se le puede atribuir al curador funciones representativas atendiendo a las circunstancias en que se encuentra la persona con discapacidad. El presente estudio se va a centrar en el análisis del régimen jurídico de la curatela representativa, sin perjuicio de hacer una oportuna referencia a su función asistencial, resultando operativas ambas en la esfera personal y patrimonial de la persona con discapacidad.

PALABRAS CLAVE: Curatela; personas con discapacidad; medidas de apoyo; asistencia; representación; autocratela; autoridad judicial.

ABSTRACT: *Guardianship is a formal support measure for the person with disability who needs support in a continuous, stable and subsidiary manner as long as there is not sufficient support measure its determination corresponds to the judicial authority in the support provision procedure and with the extension established by the resolution, according to your situation circumstances and needs. As a general rule, it has a welfare nature and exceptionally, representative powers are attributed to the curator, taking into account the circumstances in which the person with a disability finds himself. This study is going to center on the analysis of the legal regime of the representative curatorship without prejudice to making a timely reference to its care function, both being operative in the personal and patrimonial sphere of the person with disabilities.*

KEY WORDS: *Cuardtorship; person with disability; supports measures; assitence; representation; self-curatorship; judicial authority.*

SUMARIO.- I. CONSIDERACIONES PREVIAS.- II. LA CURATELA COMO MEDIDA JUDICIAL DE APOYO.- III. CAPACIDAD Y APTITUD PARA SER CURADOR. INHABILIDAD.- IV. EL NOMBRAMIENTO DE CURADOR Y TOMA DE POSESIÓN DEL CARGO.- I. Nombramiento.- 2. Constitución, toma posesión del cargo, inventario y fianza.- V. EJERCICIO DE LA CURATELA: DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL CURADOR.- VI. EXCUSA, IMPOSIBILIDAD TRANSITORIA O SOBREVENIDA Y REMOCIÓN DEL CARGO DE CURADOR.- VII. RETRIBUCIÓN DEL CURADOR, REEMBOLSO E INDEMNIZACIÓN.- VIII. EXTINCIÓN DE LA CURATELA.- IX. REVISIÓN Y PUBLICIDAD.- X. RESPONSABILIDAD CIVIL Y PENAL DEL CURADOR Y CURATELADO.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS.

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 supone la adaptación de nuestro ordenamiento a la Convención de Nueva York sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo de 2006.

Esta nueva regulación está inspirada, como el art. 10 CE dispone, en el respeto a la dignidad de la persona, en la tutela de sus derechos fundamentales y en la libre voluntad de la persona con discapacidad, así como en los principios de necesidad y proporcionalidad de las medidas de apoyo que, en su caso, pueda necesitar esa persona para el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás.

Consta de siete artículos, una disposición adicional única, cinco disposiciones transitorias, una disposición derogatoria única y tres disposiciones finales.

El artículo primero modifica la Ley del Notariado con siete apartados; el artículo segundo, con sesenta y siete apartados, modifica el Código Civil; el artículo tercero afecta a la Ley Hipotecaria y consta de seis apartados; el artículo cuarto reforma la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), con veintiocho apartados; el artículo quinto modifica la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, 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, y se distribuye en cinco apartados; el artículo sexto modifica la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (LRC), y se distribuye en diez apartados; finalmente, el artículo séptimo, referido a la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (LJV), se estructura en diecinueve apartados.

• **Ana Isabel Berrocal Lanzarot**

Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil. Universidad Complutense de Madrid. Correo electrónico: aiberrocalanzarot@der.ucm.es.

La reforma que el artículo segundo introduce en el Código Civil, es la más extensa y de mayor calado, pues sienta las bases del nuevo sistema basado en el 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 procesal. Se adoptan dos medidas de apoyo: por un lado, las voluntarias o preventivas, basadas en la voluntad de la persona y que se adoptan *ex ante* por el interesado en previsión de una futura necesidad de apoyo que, son: los poderes y mandatos preventivos y la autcuratela; y, por otro, medidas legales o judiciales, cuando no se haya previsto por el interesado ninguna medida voluntaria o preventiva anticipadamente, pero resulte necesario adoptar una concreta medida de apoyo: la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial. Se propone, por tanto, un sistema plural de apoyos y medidas de protección para la persona con discapacidad, de acuerdo con los principios de subsidiariedad, necesidad, proporcionalidad y mínima intervención, de carácter alternativo y con el objeto de ofrecer una adecuado “traje a medida” que proteja o, en su caso, salvaguarde en un momento determinado y para concretos actos los intereses personas y patrimoniales de las personas¹. Asimismo, se configura el régimen jurídico de la discapacidad –en especial de la discapacidad intelectual-, partiendo del reconocimiento de una capacidad jurídica en todas las personas y su ejercicio en igualdad de trato, tanto en la esfera personal como patrimonial, además de dotar de un protagonismo destacado, como hemos indicado, a la voluntad, deseos y preferencias de las personas con discapacidad en la adopción y el diseño de medidas de apoyo en el caso de ser necesarias y proporcionadas a las circunstancias personales de cada individuo. Así la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 8 de septiembre de 2021² dictada tras la entrada en vigor de la Ley-proclama, precisamente que “la provisión judicial de apoyos debe ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad, ha de respetar la máxima autonomía de la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica y debe atenderse a su voluntad, deseos y preferencias”. Además en esta sentencia se resuelve el debate acerca de si es posible adoptar medidas de apoyo en contra de la voluntad de la persona con discapacidad y aunque, no se plantea, pero van correlativos, si ésta tiene derecho a equivocarse. Como destaca el Alto Tribunal a la hora de llevar a cabo esta labor de juzgar sobre la procedencia de las medidas y su contenido, el Juez necesariamente ha de tener en cuenta las directrices legales previstas en el art. 268 CC, y no debe perder de vista que bajo el principio de intervención mínima y de respeto al máximo de la autonomía de la persona con discapacidad, la Ley presenta como regla general que el contenido de la curatela

1 En este sentido, GARCÍA RUBIO, M^a. P.: “La necesaria y urgente adaptación del Código Civil español al art. 12 de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 2018, vol. 58, p. 153.

En esta línea, de que todas las medidas deben ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad, la SAP Barcelona, sección 18^a, 16 noviembre 2021 (Roj. SAP B 13596/2021; ECLI:ES:APB:2021.13596).

2 STS 8 septiembre 2021 (Roj. STS 3276/2021; ECLI:ES:TS:2021:3276).

consista en las medidas de asistencia que, fueran necesarias en ese caso. En la instancia ha quedado acreditado que Dámaso padece un trastorno de la personalidad, un trastorno de conducta que le ha llevado a recoger y acumular basura de forma obsesiva, al tiempo que abandona su cuidado personal de higiene y alimentación. El juzgado se hace eco de los informes del médico forense y los servicios sociales que destacan, para hacerse cargo de la situación, la nula conciencia de Dámaso tiene del trastorno que padece y de sus consecuencias, en concreto, no se percata de las graves carencias de higiene y alimentación que tiene, así como del olor nauseabundo que desprende de él y la casa, que se percibe en el descansillo del piso y en la entrada del inmueble. Esta situación ha acabado por provocarle una situación de aislamiento social, incluso de sus vecinos y otrora amigos, que además padece las consecuencias. Al margen del trastorno de conducta, no se aprecian sustancialmente afectadas sus facultades cognitivas. Es objetivo que el trastorno que padece Dámaso está degenerando en una degradación personal sin que sea consciente de ello. Incide directamente en el ejercicio de su propia capacidad jurídica, también en sus relaciones sociales y vecinales, y pone en evidencia la necesidad que tiene de las medidas de apoyo asistenciales acordadas. Precisa de la ayuda de otras personas que, aseguren la satisfacción de las necesidades mínimas de higiene personal y salubridad en el hogar, sin dejar de contar, en la medida de lo posible, con su voluntad, deseos y preferencias. Es lógico que mientras perdure la falta de conciencia de su situación y rechace la asistencia de los servicios sociales, será necesario suplir en esto su voluntad. Estas medidas, que en su ejecución, como muy bien informa el Ministerio Fiscal, deberán tratar de contar con la anuencia y colaboración del Sr. Dámaso, cuando fuera necesario, podrán requerir el auxilio para la satisfacción del servicio que precisa el afectado. En principio, el ejercicio de esta función de apoyo no requiere que la curadora asuma funciones de representación, si no es para asegurar la prestación de los servicios asistenciales y de cuidado personal cuando no existe la anuencia del interesado. En realidad, el principal escollo que presenta la validación de estas medidas a la luz de nuevo régimen de provisión de apoyos, es para la Sala, la directriz legal que en la provisión de las medidas y en su ejecución se cuente en todo caso con la voluntad, deseos y preferencias del interesado. En un caso, como el presente en que la oposición del interesado a la adopción de las medidas de apoyo es clara y terminante, cabe cuestionarse si pueden acordarse en estas condiciones. Esto es, si en algún caso es posible proveer un apoyo judicial en contra de la voluntad manifestada del interesado. A esta cuestión el propio Tribunal toma en consideración la repuesta que la propia Ley da a la misma al regular como procedimiento común para la provisión judicial de apoyos un expediente de jurisdicción voluntaria y si hay oposición sobre la medida de apoyo, se ponga fin al expediente y se acuda al procedimiento contradictorio, un juicio verbal especial. Además, el art. 268 CC lo que prescribe es que en la provisión de apoyos judiciales hay que atender en todo caso, a la voluntad, deseos y preferencias

del afectado. A esto añade que, el empleo del verbo “atender” seguido de “en todo caso”, subraya que el juzgado no puede dejar de recabar y tener en cuenta (siempre y en la medida de lo posible), la voluntad de la persona con discapacidad destinadas de los apoyos, así como sus deseos y preferencias, pero no determina que haya que seguir siempre el dictado de la voluntad, deseos y preferencias manifestados por el afectado. El texto legal emplea un término polisémico que comprende, en lo que ahora interesa, un doble significado, el de “tener en cuenta o en consideración algo” y no solo el de “satisfacer un deseo, ruego o mandato”. Asimismo, el Tribunal es consciente que no cabe precisar de antemano en qué casos estará justificado, pues hay que atender a las singularidades de cada caso. Y el presente, objeto de recurso, es muy significativo, pues, la voluntad contraria del interesado, como ocurre con frecuencia en algunos trastornos psíquicos y mentales, es consecuencia del propio trastorno que, lleva asociado la falta de conciencia de la enfermedad. Además, no intervenir en estos casos, bajo la excusa del respeto a la voluntad manifestada en contra de la persona afectada, considera el Alto Tribunal sería una crueldad social, abandonar a su desgracia a quien por efecto directo de un trastorno (mental) no es consciente del proceso de degradación personal que sufre. En el fondo, la provisión del apoyo en estos casos encierra un juicio o valoración que, si esta persona no estuviera afectada por este trastorno patológico, estaría de acuerdo en evitar o paliar esta degradación personal. En consecuencia con lo anterior, la Sala estima en parte el recurso de casación, en cuanto que deja sin efecto, la declaración de modificación de capacidad, sustituye la tutela por curatela esencialmente asistencial, consistente ésta en que la entidad designada como curadora realice, por una parte, los servicios de limpieza y orden de su casa, estando, para cumplir esta función autorizada a entrar en el domicilio con la periodicidad necesaria, y por otra asegurar la efectiva atención médico-asistencial del Sr. Dámaso en lo que respeta al trastorno que padece y lo que guarda directa relación con él. La designación de curador para el ejercicio de las reseñadas medidas de apoyo es el servicio competente de la Comunidad Autónoma de la Principado de Asturias y la medida se revisará cada seis meses.

En este caso, la sentencia de nuestro Alto Tribunal opera respetando la voluntad, deseos y preferencias de la persona que es la base sobre la que se sustenta la Ley, en el respeto de su autonomía y dignidad, además de la tutela de sus derechos fundamentales, pero también no prescinde de la necesaria protección que, se debe ofrece a quien se encuentra en situación de especial vulnerabilidad y no es consciente de ello; aunque ello suponga, operar pensando en lo que resulta mejor para su interés como persona y en cada caso concreto, pues, el Estado no ha de ser neutral en la protección de las personas en general. Si bien, el legislador de la actual reforma parece renegar de su toma en su consideración como un recurso más –si se me permite residual, subsidiario, o en último término–; quizá motivado

por una concepción “mal entendida” que actuando de esta forma, se equipara a la persona con discapacidad con los menores de edad no emancipados. Por lo que, pueden adoptarse medidas de apoyo en contra de la voluntad del afectado³.

Por tanto, de negarse a la prestación de apoyo, aun siendo respetuosos con que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones y se atienda a su voluntad, deseos y preferencias en el ejercicio de su capacidad jurídica, no es menos cierto que, en casos excepcionales, además de incluir las medidas de apoyo funciones representativas, podrá protegerse a la persona, dictándose por la autoridad judicial, además de las salvaguardias que se consideren pertinentes, la adopción de una medida de apoyo, si resultase necesaria -máxime cuando no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona en la que, por supuesto, 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-. Y en todo caso, además del respeto a la voluntad, deseos y preferencias debe primar por encima del interés de la personas con discapacidad⁴; si bien, dicho interés puede ser tenido en cuenta por el juez atendiendo a las circunstancias del caso, que es la posición que ha adoptado en esencia nuestro Alto Tribunal⁵. El interés superior de la persona

- 3 En la línea favorable a la sentencia, ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S.: “Protección o derecho a equivocarse en la Ley 8/2021 (más sobre la STS de 8 de septiembre de 2021)”, *El Notario del Siglo XXI*, marzo-abril 2022, núm. 102, pp. 28-29. Igualmente, CORRIPIO GIL-DELGADO, M^a. R.: “El nuevo marco civil de apoyos a la discapacidad en el ejercicio de la capacidad jurídica”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, marzo-abril 2022, núm. 790, p. 673 se muestra partidaria que “el nuevo sistema admite que, se pueda imponer a la persona, aun en contra de su voluntad, apoyos necesarios para el ejercicio de la capacidad jurídica, siempre que existan déficits naturales que le impidan la conformación válida de su voluntad”. Vid., asimismo, la SAP Ourense, sección 1^a, 22 noviembre 2021 (Roj. SAP OU 777/2021; ECLI:ES:APOU:2021:777). En contra de los postulados de la sentencia, se manifiesta DE AMUNATEGUI RODRIGUEZ, C.: “Sentencia del Pleno de 8 de septiembre de 2021, sobre adopción de medidas de apoyo en aplicación de la Ley 8/2021. ¿Van a cambiar muchas las cosas?”, *Blog Hay Derecho*, 27 de septiembre de 2021, p. 4, pues, a su entender “claramente se abandonan los principios rectores de la reforma para ser sustituidos por los de protección mediante sustitución en la toma de decisiones”. Y se plantea un gran interrogante “¿Habría sido posible adoptar alguna otra medida de las que brinda la norma, sin tener que llegar a la adopción de una curatela representativas? A ello responde que cree que sí, precisamente, acudiendo a la figura del defensor judicial prevista por el nuevo art. 295.5”.
- 4 PAU PEDRÓN, A.: “De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código Civil”, *Boletín de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears*, 2020, vol. XXI, p. 415. Por su parte, DE AMUNATEGUI RODRIGUEZ, C.: *Apoyo a los mayores en el ejercicio de su discapacidad. Reflexiones a la vista del Anteproyecto de reforma de la legislación civil en materia de discapacidad*, Reus, Madrid, 2019, p. 33 señala que “la voluntad del sujeto no sólo es decisiva al diseñar una medida de protección –cuando ello sea posible–, sino que es consustancial con el apoyo y su relación con la autonomía del sujeto a lo largo del desarrollo y vigencia de las diversas instituciones”.
- 5 En esta línea, SÁNCHEZ GÓMEZ, A.: “Hacia un nuevo tratamiento jurídico de la discapacidad: Reflexiones a propósito del Proyecto de Ley de 17 de julio de 2020 por el 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*, octubre-diciembre 2020, vol. 7, núm. 5, p. 419 señala que, respecto a lo dispuesto en que la propia discapacidad psíquica que, impida a causa de la completa ausencia de voluntad poder tomar decisiones, sería pertinente “dar entrada al interés superior como criterio rector que debería guiar la actuación del curador, pese a la omisión del texto que nos ocupa y la resistencia a tenerlo en cuenta en la tramitación parlamentaria del mismo”; UREÑA CARAZO, B.: “El nuevo proceso de apoyo a las personas con discapacidad: un enfoque humanista”, *LA LEY, Derecho de familia*, enero-marzo 2022, núm. 33, p. 11; SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Á.: “Aspectos generales de la reforma del Código Civil relativa a las personas con discapacidad intelectual en el ejercicio de su capacidad jurídica”, *Revista Boliviana de Derecho*, enero 2022, núm. 22, p. 23. Sin embargo, para DE AMUNATEGUI RODRIGUEZ, C.: *Apoyo a los mayores en el ejercicio*, cit., pp. 40-41 es necesario asumir que “el estándar de protección se ha transformado y evolucionado en el sentido de sustituir y

puede, en todo caso, actuar como guía o criterio a tener en cuenta en la adopción de las medidas de apoyo subsidiario a la voluntad, deseos y preferencias⁶. En todo caso, frente al pronunciamiento de la sentencia, García Rubio y Torres Costas se muestran partidarias de la facultad de rechazo o renuncia a las medidas de apoyo que tiene toda persona con discapacidad no sólo operando sobre el respecto a su voluntad, sino porque también es relevante la posibilidad de contratar sin el apoyo ya constituido “así como que el contrato sea anulado en el plazo de caducidad de cuatro años (art. 1301.4 CC), incluso que quepa confirmarlo expresamente en un plazo anterior, con o sin apoyo; ambas cosas pueden suceder aun contra la voluntad de la persona encargada de ejercer dicho apoyo”⁷.

cambiar el criterio “interés superior” por el de “la voluntad y preferencias de la persona”⁸. Además, señala que “la valoración de las mencionadas preferencias y deseos de las personas incluye el derecho a equivocarse”. En este caso para la autora “se trata de asumir que a la hora de apoyar lo impone es respetar la voluntad, preferencias y autonomía del apoyado, no entrando como criterio de valoración de la decisión el hipotético perjuicio para la persona con discapacidad, aunque si el peligro para ella”.

- 6 PEREÑA VICENTE, M.: “La protección jurídica de adultos: el estándar de intervención y el estándar de actuación: entre el interés y la voluntad”, en AA.VV.: *La voluntad de la persona protegida* (dir. M. PEREÑA VICENTE), Dykinson, Madrid, 2018, p. 138; PETIT SÁNCHEZ, M.: “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*, octubre-diciembre 2020, vol. VII, núm. 5, p. 285; PALACIOS GONZÁLEZ, D.: “Guarda de hecho, curatela o defensor judicial: buscando el mejor apoyo para las personas con discapacidad psíquica”, *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad* (dir. G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, M. GARCÍA MOYA; coord. C. GIL MEMBRANO y J.J. PRETEL SERRANO), La Ley, Madrid, 2021, p. 420, habla, asimismo, de acudir al interés de la persona con discapacidad, necesariamente decidido por tercero, como cláusula de cierre, cuando no sea posible conocer la voluntad de la persona, ni siquiera saber cómo hubiera pensado o se hubiera comportado de haber podido en algún momento decidir y actuar conociendo las consecuencias de sus actos.

Asimismo, la STS, Sala de lo Civil, 6 mayo 2021 (RAJ 2021, 2381) se refiere el principio del interés superior de la persona con discapacidad como: “un principio axiológico básico en la interpretación y aplicación de las normas reguladoras de las medidas de apoyo que recaigan sobre las personas afectadas. Se configura como un auténtico concepto jurídico indeterminado o cláusula general de concreción, sometida a ponderación judicial según las concretas circunstancias de cada caso. La finalidad de tal principio radica en velar preferentemente por el bienestar de la persona afectada, adaptándose las medidas que sean más acordes a sus intereses, que son los que han de prevalecer en colisión con otros concurrentes de terceros” y añade que, dicho principio también se refiere la sentencia 458/2018, de 18 de julio señalando que: “el interés superior del discapaz –sentencias 635/2015, de 19 de noviembre; 403/2018, de 27 de junio-, es rector de la actuación de los poderes públicos y está enunciado expresamente en el art. 12.4 de la Convención de Nueva York sobre derecho de las personas con discapacidad. Este interés no es más que la suma de distintos factores que tienen en común el esfuerzo por mantener la discapaz en su entorno social, económico y familiar en el que se desenvuelve y como corolario lógico su protección como persona especialmente vulnerable en el ejercicio de los derechos fundamentales a la vida, salud e integridad, a partir de un modelo adecuado de supervisión para lo que es determinante un doble compromiso, social e individual por parte de quien asume su cuidado”. El juicio de modificación de la capacidad no puede concebirse como un conflicto de intereses privados y contrapuestos entre dos partes litigantes, que es lo que, generalmente, caracteriza los procesos civiles, sino como cauce adecuado para lograr la finalidad perseguida, que es la real y efectiva protección de la persona con discapacidad mediante el apoyo que pueda necesitar para el ejercicio de su capacidad jurídica (sentencias 341/2014, de 21 de julio; 244/2015, de 13 de mayo; 557/2015, de 20 de octubre; 5977/2017, de 8 de noviembre y 654/2020, de 3 de diciembre, entre otras)”. Y, también se refiere al principio de flexibilidad en el sentido que “el sistema de protección no ha de ser rígido, ni estándar, sino que se debe adaptar a las conveniencias y necesidades de protección de la persona afectada, y, además, constituir una situación revisable (sentencia 282/2009, de 29 de abril). “Debe ser un traje a medida” (sentencias 341/2014, de 1 de julio y 244/2015, de 13 de mayo). Responder a una “valoración concreta y particularizada de cada persona” (sentencias 557/2105, de 20 de octubre y 373/2016, de 3 de junio)”. Asimismo, vid., la SAP Islas Baleares, sección 4ª, 21 julio 2021 (JUR 2021.338965).

- 7 GARCÍA RUBIO, M^a.P. y TORRES COSTAS, M^a. E.: “Comentario al art. 249 del Código Civil”, en *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. M^a.P. GARCÍA RUBIO y M^a.J. MORO ALMARAIZ), Thomson Reuters, Aranzadi, Circuir Menor (Navarra) 2022, pp. 213-215.

Respecto al derecho a equivocarse, aun existiendo medida de apoyo, si la persona, que la presta considera que, la decisión que pretende adoptar la persona con discapacidad, le puede perjudicar, o bien ante esta situación de conflicto se opta por nombrar un defensor judicial o se acude a la autoridad judicial competente. No obstante, para García Rubio el planteamiento de base debe hacerse “en la inteligencia que, como regla general, es la persona con discapacidad y sólo ella quien puede considerarse encargada de decidir cuál es su interés, incluso aunque se equivoque, pues, las personas con discapacidad tienen el mismo derecho a equivocarse que todas las demás”⁸.

Por otra parte, con la actual reforma del Código Civil en materia de discapacidad se procede a una regulación completa de las medidas de apoyo, configurándolas como medidas suficientes y adecuadas para la protección de la persona con discapacidad y dando preferencia a las medidas voluntarias o preventivas establecidas por el propio interesado, al primar en la configuración de éstas la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad. Se sustituye la incapacitación y el nombramiento en caso de tutor o curador, según sea la incapacitación total o parcial, por aquellas medidas de apoyo que necesite la persona con discapacidad –sea ésta psíquica, preferentemente, o física-⁹.

De forma que, la idea central del nuevo sistema es la de apoyo a la persona que lo precise, además del respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad.

Marín Velarde define personas con discapacidad como: “aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales que, al interactuar con barreras de diferente naturaleza, les impiden la plena participación en la sociedad y el goce de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en condiciones de igualdad”¹⁰. Por su parte, en el art. 1 apartado segundo de la Convención se dispone que “las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que al

8 GARCÍA RUBIO, M^a.P.: “Las medidas de apoyo con carácter voluntario, preventivo o anticipatorio”, *Revista de Derecho Civil*, julio-septiembre 2018, vol. 5, núm. 3, pp. 32-33; LEGERÉN-MOLINA, A.: “La relevancia de la voluntad de la persona con discapacidad en la gestión de los apoyos”, en *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad* (dir. S. DE SALAS MURILLO y M^a. V. MAYOR DEL HOYO), Tirant lo Blanch, Valencia 2019, p. 198.

9 SÁNCHEZ GÓMEZ, A.: “Hacia un nuevo tratamiento jurídico”, cit., pp. 414-415, llama la atención sobre el hecho que el art. 249 hable de “personas necesitadas de protección” y no emplee el término discapacidad. Lo que, para la autora, supone un error porque “si no es posible identificar legalmente el problema que se quiere afrontar y resolver, difícilmente será posible diseñar una solución adecuada, lo que normalmente acaba desembocando en problemas a la hora de interpretar y aplicar las normas”.

10 MARÍN VELARDE, A.: “La discapacidad: su delimitación jurídica”, en *Contribuciones para una reforma de la discapacidad* (dir. E. MUÑOZ ESPADA), La Ley, Madrid 2020, p. 64.

interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”¹¹.

Las medidas de apoyo necesarias para aquellas personas mayores de edad o menores emancipadas que, las precisen para ejercitar su capacidad jurídica, tendrán por finalidad permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su actuación jurídica en condiciones de igualdad. Además estarán inspiradas en el respeto a la dignidad de las personas y en la tutela de sus derechos fundamentales (art. 249.I CC).

Tales medidas de apoyo pueden ser de origen legal o judicial y voluntarias. Tendrán aquellas una operatividad subsidiaria y por ello, solo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona con discapacidad. Por tanto, en la nueva regulación, se otorga absoluta preferencia a las medidas preventivas (voluntarias), esto es, a las que puede tomar el interesado en previsión de una futura necesidad de apoyo, las cuales han de prevalecer, una vez, constatada la necesidad de apoyo. Ciertamente, la voluntad de la persona con discapacidad constituye la base fundamental sobre la que se sustenta el diseño de los modelos de apoyo¹².

En todo caso, las instituciones jurídicas de apoyo, legales o judiciales, que precisen las personas para el ejercicio de su capacidad jurídica, son la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial. El guardador de hecho es una medida informal de apoyo que, puede continuar en el desempeño de su función, aun cuando halla medidas voluntarias o judiciales que, no se estén aplicando eficazmente (art. 263 CC) –principio de mínima intervención–.

Por el contrario, la curatela representa una medida formal de apoyo que se aplicará a quienes precisen el apoyo de modo continuado, estable y con cierta

11 El art. 2.2 de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, 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 a los efectos de esta Ley únicamente tendrán la consideración de personas con discapacidad: a) Las que presenten una discapacidad psíquica igual o superior al 33 por ciento; b) Las que presenten una discapacidad física o sensorial igual o superior al 65 por ciento. 3. El grado de discapacidad se acreditará mediante certificado expedido conforme a lo establecido reglamentariamente o por resolución judicial firme.

Por su parte, La Disposición Adicional cuarta del Código Civil establece que: “La referencia a la discapacidad que se realiza en los arts. 96, 756 número 7.º, 782, 808, 822 y 1041, se entenderá hecha al concepto definido en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, 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, y a las personas que están en situación de dependencia de grado II o III de acuerdo con la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia” y añade en su párrafo segundo que “A los efectos de los demás preceptos de este Código, salvo que otra cosa resulte de la dicción del art. de que se trate, toda referencia a la *discapacidad* habrá de ser entendida a aquella que haga precisa la provisión de medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica”.

12 En esta línea, DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: “El protagonismo de la persona con discapacidad en el diseño y gestión del sistema de apoyo”, en *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad* (dir. S. DE SALAS MURILLO y M.ª V. MAYOR DEL HOYO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 131.

permanencia¹³ y como medida subsidiaria, que entrará en escena en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona necesitada de apoyo¹⁴.

Su extensión vendrá fijada en la correspondiente resolución judicial atendiendo a la situación y circunstancias de la persona con discapacidad y a sus necesidades de apoyo (contenido flexible). Es objeto de una regulación más detallada y constituye la principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad, en sustitución de la tutela que, solo se aplica a los menores de edad no emancipados.

El nombramiento de defensor judicial también definida como medida formal de apoyo, procederá cuando la necesidad de apoyo se precise de forma ocasional, aunque sea recurrente; o en caso de situación de conflicto de intereses entre la persona con discapacidad y la que precisa apoyo.

Ahora bien, procede indicar que, entretanto no se adapte el Código Civil de Cataluña a la Convención de Nueva York de 2006 con la aprobación, por parte del Parlament de Catalunya, de los textos legales que implanten un nuevo régimen y la caracterización de las instituciones de apoyo a las personas con discapacidad, se establece un régimen transitorio con el objeto de dar respuesta a las necesidades surgidas una vez desaparecida la modificación judicial de la capacidad y estructurado el modelo procedimental en el derecho de las personas al apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica. De ahí, la aprobación del Real Decreto-Ley 19/2021, por el que se adapta el Código Civil de Cataluña a la reforma del procedimiento de modificación judicial de la capacidad. A partir de la entrada en vigor de este Decreto-Ley la tutela, la curatela y la potestad parental prorrogada o rehabilitada ya no se pueden constituir en relación a las personas mayores de edad. Se les aplicará, si procede, el régimen de la asistencia (arts. 226-1 a 226-7). De ahí que, en tanto, no se produzca la futura reforma del conjunto de

13 En este sentido, RIBOT IGUALADA, J.: "La nueva curatela: diferencias con el sistema anterior y perspectivas de funcionamiento", en *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad* (dir. S. DE SALAS MURILLO y M^a. V. MAYOR DEL HOYO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 222.

Por su parte, la STS, Sala de lo Civil, 6 mayo 2021 (RAJ 2021,2381) destaca que la curatela es una institución flexible, susceptible de abarcar tanto el ámbito personal como el patrimonial.

14 En esta línea, MUNAR BERNAT, P.A.: "Comentario al art. 269 del Código Civil", en *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. M^a.P. GARCÍA RUBIO y M^a.J. MORO ALMARAZ), Thomson Reuters, Aranzadi, Cívica Menor (Navarra) 2022, p. 347; VIVAS TESÓN, I.: "Curatela y asistencia", *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad. El Derecho en el umbral de la política* (dir. P. M. A. MUNAR BERNAT), Marcial Pons, Madrid, 2021, p. 286; LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Principios de Derecho Civil*, t. I, *Parte General y Derecho de la Persona*, 26^a ed. (revisada y actualizada con la colaboración de F. Yáñez Vivero, A. Donado Vara y F. J. Jiménez Muñoz), Marcial Pons, Madrid 2021, pp. 218-219 precisa que "la curatela aparece configurada en el nuevo sistema no sólo como medida subsidiaria respecto a cualquier medida adoptada por la persona, sino como medida supletoria cuando no exista ninguna otra medida de apoyo suficiente, es decir, es la última medida (entre las judiciales) a la que puede acudir".

Asimismo, vid., la SJPI, número 5, de Córdoba de 30 de septiembre de 2021 (LA LEY 293516,2021) no se nombra curador, pues, D^a Juana actúa como guardadora de hecho de su esposo y debe seguir ejerciendo su labor con el apoyo y colaboración de sus hijos; sin perjuicio que en caso que de forma excepcional necesite funciones representativas.

instituciones de protección de la persona, la tutela y la curatela se aplicarán sólo a las personas menores de edad, sin perjuicio de que el régimen legal del cargo de la tutela resulte aplicable supletoriamente a la asistencia en todo aquello que no se oponga al régimen propio de esta. Por lo que, una vez que, concluyan los trabajos en curso, se ordenará definitivamente las instituciones de apoyo y protección de las personas con discapacidad de acuerdo con el nuevo concepto de capacidad jurídica. Si bien, con la finalidad de hacer efectivo este proceso, la disposición final segunda ordena al Gobierno que, en el plazo de doce meses, un proyecto de ley en materia de apoyos al ejercicio de la capacidad jurídica¹⁵.

Pues, bien, en este contexto normativo, en el ordenamiento común las medidas de apoyo operan sobre una base asistencial, procurando que la persona con discapacidad pueda participar en el propio proceso de toma de decisiones, siendo necesario para ello que, se le informe adecuadamente, se le ayude a la comprensión de la misma y se facilite la forma de expresar sus deseos, preferencias y voluntad. Solo en casos excepcionales, podrán asumir funciones representativas, cuando no sea posible que la persona con discapacidad pueda participar en la toma de decisiones, al no ser posible determinar su voluntad, deseos y preferencias. En este caso, en el ejercicio de esas funciones representativas se deberá, además, tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores o circunstancias que, ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que hubiera adoptado la propia persona en caso de no requerir representación¹⁶. Se está pensando en esta última situación en personas que, no son capaces de expresar su voluntad o tomar decisiones con un mínimo entendimiento y voluntad. Estamos ante supuestos no sólo de discapacidad psíquica (enfermedades neurodegenerativas –alzheimer, demencia senil, parkinson-), sino también discapacidades físicas inhabilitantes de la persona en el desarrollo de su vida cotidiana (enfermedad de ELA –que paraliza progresivamente a la persona). De todas formas, aunque se parte de una participación en la toma de decisiones de la persona con discapacidad; no obstante, existen situaciones que podemos calificar como “intermedias” entre lo que se ha conocido hasta ahora como una modificación de la capacidad total y

15 Vid., la SAP Barcelona, sección 18ª, 17 noviembre 2021 (Roj. SAP B 13710/2021; ECLI:ES:APB:2021:13710).

16 En algunos preceptos objeto de reforma (arts. 1387, 1393, 1700.5 y, 1903 CC se emplea el término representación plena; que recuerda a la función del tutor en la tutela de personas mayores de edad cuando la modificación de la capacidad de obrar era total. No entiende bien porque el legislador en los citados preceptos ha utilizado tal concepto.

Parece que el legislador en estos preceptos, se distingue entre una representación simple (general) o una representación plena (específica) –se establecen grados-; cuando simplemente, se indica en las disposiciones generales relativas a las medidas de apoyo que, excepcionalmente se podrán otorgar al curador, por ejemplo, funciones representativas, sin ningún apelativo adicional.

Para RIBOT IGUALADA, J.: “La nueva curatela: diferencias”, cit., p. 227 entiende que “la referencia a la representación plena parece una puerta trasera desde lo que sería posible recuperar, si conviene una eficacia equivalente a la actual tutela, sobre todo para actuales las situaciones de incapacitación “total” pero no necesariamente sólo para estos casos”.

De todas formas, en la reforma por esta Ley 8/2021 del Código Penal, también se vuelve a emplear el término representación plena en el art. 120 ordinal 1º.

una modificación de la capacidad parcial, aunque quizá más cercanas a ésta -en lo que representa una limitación parcial para actuar-; que, exigirían, precisamente, una asistencia o ayuda en el ámbito personal o patrimonial o en ambos, bien de manera ocasional o con cierta estabilidad en el tiempo y que, a falta de medidas voluntarias adoptadas por la persona con discapacidad, determinarán antes que el nombramiento de un curador, el de un defensor judicial o guardador de hecho como medidas de apoyo informal o formal respectivamente (precisamente, sería aquellas situaciones derivadas de tratamientos oncológicos o de una fase inicial de enfermedades neurodegenerativas o de carácter físico que van a tener previsiblemente una evolución negativa en el futuro)¹⁷.

Como hemos señalado, la función de las instituciones de apoyo, como regla general, consistirá en asistir a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica en los ámbitos en los que sea preciso, respetando su voluntad, deseos y preferencias y su participación en la toma de decisiones que le afecte; lo que resulta esencial, por lo que, la capacidad jurídica abarca tanto la titularidad de derechos (capacidad jurídica) y la posibilidad de ejercitar las relaciones de la que es titular (capacidad de obrar), esto es, la dimensión estática (capacidad jurídica en sentido técnico restringido) y la dimensión dinámica (capacidad de obrar)¹⁸. En todo caso, todas las medidas de apoyo deberán ajustarse a los principios de necesidad, de proporcionalidad y mínima intervención¹⁹.

-
- 17 RIBOT IGUALADA, J.: “La nueva curatela: diferencias”, cit., p. 230, para dar lugar al nombramiento de un curador basta “con una necesidad de apoyo continuado de cualquier género o intensidad que, no permita limitar la provisión de apoyos a un acto o tipo de actos que se prevea ocasional”. Por su parte, SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, A.: “Aspectos generales de la reforma”, cit., p. 22 manifiesta al respecto que “en casos extremos y severos de discapacidad intelectual de una persona, situaciones donde el apoyo no puede darse de otro modo y solo ante situaciones de imposibilidad de este, pueda concretarse en la representación en la toma de decisiones”.
- 18 MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica: reflexiones para una reforma legal*, Aranzadi, Navarra 2014, pp. 75-76; ALVENTOSA DEL RÍO, J.: “Modificación judicial de la capacidad de obrar como sistema de protección de las personas vulnerables”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, febrero 2019, núm. 10, pp. 236-237; LÓPEZ SAN LUIS, R.: “El principio de respeto a la voluntad de la persona con discapacidad en la Convención de Nueva York (2006), y su reflejo en el Anteproyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad”, *Indret*, 2020, núm. 2, p. 119; SERRANO GARCÍA, I.: “Proyectos de reforma del tratamiento jurídico de las personas con discapacidad”, *Contribuciones para una reforma de la discapacidad* (dir. E. MUÑIZ ESPADA), La Ley, Madrid, 2020, p.75; ROGEL VIDE C., ¿Capacidad de los discapaces? Notas en torno al Proyecto de Ley 121/27”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 2021, núm. 1, pp. 14-15 indica al respecto que, “la supresión de la categoría jurídica de la capacidad de obrar supone poner patas arriba la esencia misma de los conceptos esenciales del derecho”.
- 19 Vid., la SAP A Coruña, sección 4ª, 8 octubre 2021 (Roj. SAP C 2310/2021; ECLI:ES:APC:2021:2310) manifiesta al efecto que, aunque Dª Cecilia está capacitada para tomar sus propias decisiones de medidas de apoyo, a salvo la ayuda que viene impuesta por su edad y sus limitaciones de movilidad, al haber sido diagnosticada de parkinson. En la situación actual, está en disposición de tomar sus decisiones por sí sola y no están de momento justificadas razones que sustenten la provisión judicial de apoyos para que Dª Cecilia pueda, en igualdad de condiciones, ejercitar sus derechos y tomar sus decisiones; la SAP Tarragona, sección 1ª, 17 noviembre 2021 (Roj. SAP T 1818/2021; ECLI:ES:APT:2021:1818); y, la SAP A Coruña, sección 3ª, 18 noviembre 2021 (Roj. SAP C 2608/2021; ECLI:ES:APC:2021:2608). Asimismo, vid., la SJPII Massamagrell, sección 4ª, 16 noviembre 2021 (Roj. SJPII 922/2021; ECLI:ES:JPII:2021:922).

En este contexto, y atendiendo a tales principios se prevé que, si una persona se encuentra en una situación que exige un apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica y se constata que es urgente la actuación, y no tiene un guardador de hecho como medida de apoyo, éste lo prestará de modo provisional, la entidad pública que en el respectivo territorio tenga la protección de mayores. En todo caso, la entidad deberá poner este hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal en el plazo de veinticuatro horas (art. 253 CC).

Sobre tales bases, procede indicar que, en esta regulación también se elimina del ámbito de la discapacidad, tanto la tutela como la patria potestad prorrogada y la patria potestad rehabilitada. Es, por ello, que en la nueva regulación se ha considerado más prudente establecer que, cuando el hijo el menor con discapacidad llegue a la mayoría de edad, se le presten los apoyos, que necesite del mismo modo y por el mismo medio, que se aplique a cualquier otro adulto que los requiera. En este caso, se podrá nombrar a los padres (progenitores) como curadores o como guardadores de hecho.

Así estas medidas se adoptarán en todo caso dando participación al menor en el proceso y atendiendo a su voluntad, deseos y preferencias (art. 254 CC). Por tanto, estarán legitimados para solicitar la adopción de medidas de apoyo el menor –con dieciséis años, pues, debe hacerlo en los dos años anteriores a la mayoría de edad-, los progenitores, el tutor, y el Ministerio Fiscal, estos también deberán solicitarlo dos años antes que, el menor llegue a la mayoría de edad y serán eficaces, una vez, alcanzada ésta, mientras tanto está sujeto a patria potestad o tutela. No obstante, estas medidas puede haberlas adoptado el mayor de dieciséis años e, igualmente, que surtirán efecto, alcanzada la mayoría de edad. Se trata de medidas voluntarias de apoyo adoptadas por el mayor de dieciséis años se entiende, a falta de mención que, puede concretarlas en documento público o privado. Si bien, como veremos, no podrá exigir el nombramiento de curador (autocuratela); ni tampoco podrá otorgar apoderamientos y mandatos preventivos. De todas formas, habrá situaciones en las que, como hemos indicado, los progenitores sean nombrados curadores con facultades representativas, solicitando la aplicación de tal medida dos años antes alcanzar el hijo/a la mayoría de edad, al padecer éstos una discapacidad física o psíquica que existente en el momento actual y que persistirá al alcanzar la mayoría de edad (pensemos en un hijo/a con parálisis cerebral desde el nacimiento y sin posibilidad de mejora o recuperación)²⁰.

20 En el Preámbulo de la Ley 8/2021 se especifica que, el menor con discapacidad, cuando llegue a la mayoría de edad, se le prestarán los apoyos que, necesite, al igual que, a cualquier adulto. Y habrá que añadir, ante el hecho claro que persista esa necesidad de asistencia o, en su caso, representación, cuando el hijo/a alcancen su mayoría de edad. Los progenitores en lugar de prorrogar su patria potestad, serán nombrados curadores o guardadores de hecho según la situación personal y patrimonial de sus hijos.

En este contexto, procede señalar en una concepción global que, la reforma del Código Civil en materia de discapacidad está basada en el respeto a la voluntad, deseos y las preferencias de la persona con discapacidad. Por lo que, además de este eje central que constituye la autonomía de la voluntad y la autodeterminación del individuo en su máxima expresión y sobre la que opera todo “el modelo social” de tratamiento de la discapacidad y no paternalista sobre el que descansa la Convención; existe otro eje también fundamental en su configuración como son las medidas de apoyo. Estas deberán estar inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales y actuar atendiendo a tal voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera. Igualmente procurarán que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias. Asimismo, fomentarán que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro. En todo caso, la función de las medidas de apoyo consistirá en asistir a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica en los ámbitos en los que sea preciso –personal o patrimonial-, respetando su voluntad, deseos y preferencias. Por lo que, en casos excepcionales, cuando no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona, las medidas de apoyo podrán incluir funciones representativas. En este caso, 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 habría adoptado la persona en caso de no requerir representación. Todas las medidas de apoyo deberán ajustarse a los principios de necesidad, proporcionalidad y mínima intervención y, se dará prioridad a las medidas voluntarias (poderes y mandatos preventivos, autocuratela, acuerdos de apoyo), a las legales y judiciales, en una suerte de “desjudicialización del sistema”, además de en esta línea, fijarse como regla general acudir previamente a la jurisdicción voluntaria, en concreto, el expediente de provisión de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad previsto en el art. 42 bis LJV²¹.

Este respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad informa toda la norma del Código Civil y también se extrapola a otros ámbitos normativos a través de las demás modificaciones legales al resto de la legislación civil y la procesal.

21 Si bien, como puntualiza SANTOS URBANEJA, F.: *Sistema de apoyo jurídico a las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Cuniep, Madrid, 2021, p. 250 esta desjudicialización no significa desautorización y es importante entender esto bien pues, “se propone “la razonable desjudicialización” porque en la actualidad la intervención judicial es excesiva, está sobredimensionada sin justificación en perjuicio del colectivo de las personas con discapacidad, sus familiares y allegados”. Por tanto, “el sistema judicial deberá actuar cuando sea necesario y en la medida que sea necesario. Fuera de esto lo normal, lo cotidiano es que se acuda al Juzgado cuando se haya producido una situación que lo justifique”.

De ahí que, acertadamente Ureña Carazo pone el acento en la idea de una protección integral de la persona (“visión holística”), tratando con ello de eliminar el enfoque paternalista propio del siglo pasado que se traducía en un exceso de protección y adaptarlo a la nueva realidad social²².

Sobre tales bases, como señala la sentencia de la Audiencia provincial de Barcelona, sección 18ª, de 15 de septiembre de 2021²³ “se busca asegurar la igualdad de las condiciones lo que, implica remover las barreras que impidan a estas personas ejercer sus derechos, mediante apoyos y salvaguarda, a partir del respeto a su voluntad, deseos y preferencias, también en la fijación de medidas de apoyo. Por tanto, no cabe imponer (salvo en casos muy excepcionales) una determinada conducta, ni puede concebirse el apoyo como instrumento para que las personas con discapacidad “deseen” o “desarrollen” las mismas capacidades naturales que otras personas o se alineen con un determinado desiderátum social o proyecto vital. No hay un referente social comparativo, un estándar de conducta, no se puede tratar diferente a la persona discapacitada que a las demás. Sin perjuicio de la deseable inclusión y la aceptación plena de sus diferencias por parte de la sociedad y que ésta deba promover en todos sus ámbitos la igualdad de oportunidades en la participación social, una sentencia judicial que establezca apoyos no lo puede hacer ya en la perspectiva paternalista o médico-asistencial de velar por la persona afectada y promover su desarrollo, sino que debe partir de la capacidad natural y del proyecto vital ya existente (o de su falta) y respetar la libertad, mientras responda a una voluntad bien conformada y no perjudique a terceros. La capacidad de cada persona configura la medida de su libertad y de su voluntad, sin que valga un referente genérico y las limitaciones a la libertad son las aceptables en el seno de una sociedad democrática, conforme al CEDH y la jurisprudencia del tribunal de Estrasburgo. (...) por lo que, en este contexto, la regla básica ha de ser que, en todo lo que no esté determinado judicialmente como necesitado de apoyos, la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica, lo que obliga a la Sala a concretar el elenco de situaciones posibles en las que deberá apoyar a la persona con discapacidad el asistente. El Tribunal Supremo habla de un “traje a medida” y la doctrina apunta a que el juez ha de valorar “las habilidades funcionales de la persona en relación con el diagnóstico y síntomas de su enfermedad, así como las repercusiones que éstas tengan en las distintas dimensiones de su vida social y jurídica. (...) Se trata de que pueda ejercer su capacidad jurídica con total garantía de seguridad, revisando cada cierto tiempo si el apoyo así lo permite. Y para elaborar esa “traje a medida” hay que conocer muy bien la situación de esa concreta persona, cómo se desarrolla su vida ordinaria y representarse en qué medida puede cuidarse por sí misma o necesita alguna

22 UREÑA CARAZO, B.: “El nuevo proceso de apoyo a las personas con discapacidad: un enfoque humanista”, *LA LEY Derecho de Familia*, enero-marzo 2022, núm. 33, p. 4.

23 Roj. SAP B 9511/2021; ECLI:ES:APB:2021:9511.

ayuda, si puede actuar por sí misma o si precisa que alguien lo haga por ella, para algunas facetas de su vida o para todas, hasta qué punto está en condiciones de decidir sobre sus intereses personales y patrimoniales y en qué medida precisa de una protección y ayuda”.

Pues bien, en este breve *excursus* sobre las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica, procede, asimismo, señalar que, el que disponga de bienes a título gratuito en favor de una persona necesitada de apoyo podrá establecer las reglas de administración y disposición de aquellos, así como designar la persona o personas a las que se encomienden dichas facultades. Igualmente, podrá establecer los órganos de control y supervisión que estime convenientes para el ejercicio de tales facultades y su funcionamiento. Las facultades no conferidas al administrador corresponderán al favorecido, que las ejercerá, si fuera necesario, con el apoyo que proceda y lo tuviera nombrado, si no se debería proceder a ello (art. 252 CC). Por lo que su actuación es subsidiaria; en todo lo no atribuido al administrador o administradores nombrados por el donante. En todo caso, la actuación del administrador o administradores alcanza a las reglas de administración y disposición de los bienes —se entiende de administración extraordinaria, enajenación y gravamen—; no a los actos de administración ordinaria que puede ejercerlos la persona con discapacidad (donataria) por sí solo, o, si fuera preciso y necesario, con el apoyo asignado.

Y, por su parte, el art. 9.6 CC entiende que, la ley aplicable a las medidas de apoyo para personas con discapacidad será el de su residencia habitual. En el caso de residencia en otro Estado, se aplicará la ley de la nueva residencia habitual, sin perjuicio del reconocimiento en España de las medidas de apoyo acordadas en otros Estados. No obstante, será de aplicación la ley española en la adopción de medidas provisionales o urgentes.

Sobre tales bases, el presente estudio se va a centrar, específicamente, en el régimen jurídico de la curatela representativa como medida de apoyo judicial de carácter continuo y establece, sin por ello dejar de analizar también su carácter preferentemente asistencial en cuanto constituye la regla general de su actuación.

II. LA CURATELA COMO MEDIDA JUDICIAL DE APOYO.

Las medidas de apoyo de origen legal o judicial solo operan en defecto o ante la insuficiencia de la voluntad de la persona con discapacidad (art. 249 apartado primero CC). Estas instituciones jurídicas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas que lo precisen son: la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial, además de las de naturaleza privada (art. 250 apartado primero CC). Si bien, conviene precisar que, las medidas de autorregulación

pueden coexistir con las medidas legales o judiciales que, se imponga, cuando, precisamente, aquéllas resulten insuficientes. Así puede coexistir la vigencia de un poder o mandato preventivo con el nombramiento de un curador²⁴. En todo caso, todas las medidas de apoyo y con tal la curatela, deberán ajustarse a los principios de subsidiariedad, necesidad, proporcionalidad y mínima intervención²⁵.

La curatela se configura como una institución de apoyo judicial básica de las personas discapacitadas²⁶, dando para ello una nueva regulación a la misma y ampliando el contenido y alcance de esta figura jurídica. Será proporcionada a las necesidades de la persona que las precise, respetando al máximo su autonomía, voluntad, deseos y preferencias. Se trata de una instrucción de apoyo que se aplica a las personas con discapacidad, dejando de operar respecto a la protección del emancipado que, estará asistido por un defensor judicial (art. 247.I CC). Es de constitución judicial –mediante resolución motivada, a través de expediente de provisión de medidas de apoyo previsto en la Ley de Jurisdicción Voluntaria (art. 42 bis y siguientes) o, en su caso, en procedimiento verbal contencioso en caso de oposición (arts. 748 y siguientes LEC- y aplicable a aquellas personas discapacitadas que, requieren de medidas de apoyo continuadas. Su contenido vendrá determinado en la correspondiente resolución judicial en armonía con la situación y circunstancias de la persona con discapacidad y con sus necesidades de apoyo (art. 250.5 CC). De ahí, su contenido estable, aunque provisional, pues, depende siempre de la situación personal y patrimonial de la persona y, asimismo, de la exigencia de revisión de las medidas. En concreto, siempre que se produzca cualquier cambio en la situación de la persona que requiera una modificación de las medidas que se hubieran tomado; y periódicamente, en un plazo máximo de tres años; y de manera excepcional y motivada, en el procedimiento de provisión o modificación de apoyos, podrá establecerse un plazo de provisión

24 Vid., la STS, Sala de lo Civil, 8 septiembre 2021 (RAJ 2021,4002) además de respetar la máxima autonomía de la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica y debe atenderse en todo caso, a su voluntad, deseos y preferencias. Igualmente, en la STS 6 mayo 2021 (RAJ 2021,2381) se hacía referencia a que uno de los principios que deriva de la Convención de Nueva York, en su interpretación jurisprudencial, era el de la consideración de los propios deseos y sentimientos de la persona con discapacidad.

25 Vid., la SAP A Coruña, sección 4ª, 8 octubre 2021 (LA LEY 244174,2021) pese a la edad y algunos rasgos de su personalidad, en la época actual Dª Cecilia no precisa que se adopten medidas de apoyo para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica –principio de necesidad-. Asimismo, en la SAP Pontevedra, sección 3ª, 13 enero 2022 (Roj. SAP PO 24/2022; ECLI:ES:APPO:2022:24) en el juicio notarial de capacidad se considera que la persona con discapacidad tiene capacidad jurídica para otorgar una donación.

26 En esta línea, MAGARIÑOS BLANCO, V.: “Comentarios al Anteproyecto de Ley para la reforma del Código Civil sobre Discapacidad”, *Revista de Derecho Civil*, julio-septiembre 2018, vol. V, núm. 3, p. 200.

Para PÉREZ ALVAREZ, M. Á.: “Las medidas de apoyo a las personas con discapacidad. La Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad”, *Curso de Derecho Civil (IV), Derecho de Familia* (coord. C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ), 6ª ed., Edisofer, Madrid 2021, pp. 438-439 la curatela “es una medida formal prevista para las personas con discapacidad que precisen apoyo de modo continuado por la autoridad judicial en el preceptivo procedimiento de provisión de apoyos y con la extensión que fije la correspondiente resolución”.

Por su parte, O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: *Compendio de Derecho Civil*, t. V, *Derecho de la familia*, 4ª ed., Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid 2021, p. 302 señala que “la curatela es la institución y el curador la persona que complementa la capacidad del sujeto a la misma, en aquellos casos que necesite un apoyo para tomar decisiones en cuestiones que le afecten, de todo tipo”.

superior; pero sin que pueda exceder de seis años. Ahora bien, para garantizar el respeto a la voluntad, deseos, y preferencias de la persona con discapacidad y, además evitar los abusos, conflictos de intereses e influencias indebidas, se podrán establecer medidas de control que se estimen oportunas (art. 270.I CC). E, igualmente, tanto la autoridad judicial como el Ministerio Fiscal podrán recabar del curador información sobre la situación personal y patrimonial de la persona con discapacidad, como la que se considere necesaria a fin de garantizar un buen funcionamiento de la curatela respectivamente.

Sobre tales bases, como pone de manifiesto el art. 269 apartado primero CC, se trata de una medida subsidiaria que, solo se constituirá por la autoridad judicial cuando "no exista otra medida de apoyo suficiente". Además, como toda medida de apoyo, deberá ajustarse, tal como hemos manifestado, a los principios de necesidad y proporcionalidad, esto es, ha de ser proporcionadas a las necesidades de la personas con discapacidad que las precise, respetando siempre la máxima autonomía de ésta en el ejercicio de su capacidad jurídica y, asimismo, atendiendo en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias (art. 268 apartado I CC) tanto para los actos en que el curador deba prestar asistencia, como para aquellos otros en que deba ejercerse la representación, han de fijarse de manera precisa –han de ser proporcionales- (art. 269 apartado cuarto CC). En fin, ha de adaptarse a las circunstancias concretas de la persona con discapacidad. Ha de hacerse un "traje a medida" en el que se respete la voluntad, los deseos y preferencia de la persona a quien se presta apoyo (art. 268 CC). Precisamente, el curador asistirá a la persona a la que preste apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica respetando su voluntad, deseos y preferencias y procurará fomentar las aptitudes de la persona a la que se preste apoyo; de modo que pueda ejercer su capacidad con menos apoyo en el futuro (art. 282 CC) –principio de mínima intervención-. Igualmente, cuando quien desempeñe la curatela esté impedido de modo transitorio para actuar en un caso concreto, o cuando exista un conflicto de intereses ocasional entre él y la persona a quien preste apoyo, el defensor judicial que lo sustituya, además de oír a la persona que precise apoyo, respetará su voluntad, deseos y preferencias (art. 283 CC). Por otra parte, en la configuración de este apoyo, la autoridad judicial establecerá en la resolución que constituya la curatela o en otra posterior las medidas de control que estime oportunas para garantizar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona que precise apoyo (art. 270 CC).

El propio significado de la palabra curatela -cuidado-, revela la finalidad de la institución: asistencia, apoyo, ayuda en el ejercicio de la capacidad jurídica; por tanto, como principio de actuación y en la línea de excluir en lo posible las actuaciones de naturaleza representativa, la curatela será, primordialmente, de naturaleza asistencial.

Por tanto, en principio, el juez constituirá una curatela asistencial, determinando que actos requieren la asistencia de curador no sólo en la esfera personal sino también en la patrimonial; y solo excepcionalmente, cuando la persona tenga tal grado de discapacidad que, le impida decidir por sí mismo, se establecerá una curatela representativa. Ciertamente, aunque el legislador entiende que el juez debe procurar fijar una curatela asistencial –función de asistir a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica en los ámbitos en que sea preciso, respetando su voluntad, deseos y preferencias (art. 250.2 CC)-; esto no le impide que, ante la situación fáctica del discapacitado se procede a otorgarla con carácter representativo. Lo cierto que procede la curatela asistencial o representativa atendiendo al grado de discapacidad de la persona; de forma que, si ésta es de tal grado que le impide operar en la vida normal con plenas facultades, se proceda a su representatividad, pues se ha de atender a las necesidades de las personas con discapacidad y a la proporcionalidad de la medida; y con el respecto, al máximo posible, de la voluntad, autonomía y preferencias de aquélla. Si se diera el caso que, la personas con discapacidad no puede expresar su voluntad, pues, el grado de discapacidad que padece, se lo impide, en este caso –aunque la curatela se representativa-. Se impone, por tanto, al curador que, tome, en consideración, en lo que representa su actuación “la trayectoria vital, los valores y las creencias de las personas con discapacidad”. La curatela representativa, por tanto, opera en casos excepcionales, tal como indica el art. 249 CC, siendo aquellos en los que la persona está privada absolutamente de sus facultades volitivas y cognitivas. Esta medida de apoyo será necesaria y proporcional a la situación de discapacidad de la persona.

Si bien, aunque no se contenga en la Ley 8/2021 no sería descartable, como expusimos en líneas precedentes, atender también al interés de la persona con discapacidad como guía o criterio rector en la toma de decisión y actuación del órgano de apoyo representativo que, es el curador. Y, operando sobre ese criterio “subsidiariamente” para justificar su decisión y recordemos la actuación del Pleno de la Sala de lo Civil, del Tribunal Supremo, en la mencionada sentencia de 8 de septiembre de 2021²⁷ al señalar que “en casos como el presente, en que existe una clara necesidad asistencial cuya ausencia está probando un grave deterioro personal, una degradación que le impide el ejercicio de sus derechos y las necesarias relaciones con las personas de su entorno, principalmente, sus vecinos, está justificas la adopción de las medidas asistenciales (proporcionada a las necesidades y respetando la máxima autonomía de la persona), aun en contra de la voluntad del interesado, porque se entiende que el trastorno que provoca la situación de necesidad, impide que esa persona tenga una conciencia clara de su situación. El trastorno no sólo le provoca esa situación clara y objetivamente degradante,

27 STS 8 septiembre 2021 (RAJ 2021,4002).

como persona, sino que además le impide advertir su carácter patológico y la necesidad de ayuda”. Por lo que añaden que “no intervenir en estos casos, bajo la excusa del respeto de la voluntad manifestada en contra de la persona afectada sería una crueldad social, abandonar a su desgracia a quien, por efecto directo de un trastorno mental, no es consciente del proceso de degradación persona que sufre. En el fondo, la provisión del apoyo en estos casos encierra un juicio o valoración que, si esa persona no estuviera afectada por este trastorno patológico, estaría de acuerdo en evitar o paliar esa degradación personal”.

Sobre tales bases, además de la curatela ordinaria o asistencial en la que intervienen la persona discapacitada, o la curatela representativa que, excepcionalmente se puede sustituir a la persona, Lora-Tamayo se inclina también por una curatela mixta en la que se atribuye al curador facultades asistenciales y representativas²⁸. La curatela representa una medida de apoyo de contenido variable en función de la situación de la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, de carácter continuo y revisable, siendo la función asistencial, como para toda medida de apoyo, la preferente en la configuración de su actuación.

Así, la curatela asistencial se configura como medida de apoyo más flexible, caracterizándose por su contenido de asistencia, ayuda, información, supervisión, abarcando tanto la esfera personal o patrimonial de la persona con discapacidad o ambas a la vez. El curador asistencial no suplente la voluntad de la persona, sino que asiste, encauza y, la complementa en su toma de decisiones mientras que la curatela representativa es en forma de apoyo más intensa, cuando la persona con discapacidad no puede tomar autónomamente decisiones e asuntos personales y patrimoniales de su incumbencia. No supone un mecanismo de sustitución, pues, la persona afectada sigue conservando facultades de autodeterminación y de toma de decisiones en menor proporción que, si se opta por la asistencia²⁹. Ahora bien, esta medida de apoyo judicial excepcionalmente puede incluir funciones representativas, especialmente, cuando no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona; si bien, en su ejercicio se tendrá presente,

28 LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I.: *Guía rápida sobre la Reforma civil y procesal para el apoyo a personas con discapacidad*, Francis Lefebvre, Madrid 2021, p. 74.

29 Vid., la SAP Murcia, sección 4ª, 8 octubre 2021 (LA LEY 254333,2021); la SAP Pamplona, sección 3ª, 21 octubre 2021 (Roj. SAP NA 1753/2021; ECLI:ES:APNA:2021:1753); la SAP Valencia, sección 10ª, 20 octubre 2021 (LA LEY 265322,2021); la SAP Zaragoza, sección 2ª, 15 noviembre 2021 (Roj. SAP Z2327/2021; ECLI:ES:APZ:2021:2327); la SAP Madrid, sección 22ª, 25 octubre 2021 (LA LEY 251571,2021); la SAP Ciudad Real, sección 1ª, 22 noviembre 2021 (Roj. SAP CR 136/2021; ECLI:ES:APCR:2021:1326); la SAP Tarragona, sección 1ª, 25 noviembre 2021 (Roj. SAP T 1898/2021; ECLI:ES:APT:2021:1898); la SAP Jaén, sección 1ª, 25 noviembre 2021 (Roj. SAP J 1538/2021; ECLI:ES:APJ:2021:1538); la SAP A Coruña, sección 5ª, 20 diciembre 2021 (Roj. SAP C 3029/2021; ECLI:ES:APC:2021:3029), la SAP Valladolid, sección 1ª, 23 diciembre 2021 (Roj. SAP VA 1928/2021; ECLI:ES:APVA:2021:1928); y, la SAP Pontevedra, sección 3ª, 21 marzo 2022 (Roj. SAP PO 469/2022; ECLI:ES:APO:2022:469). Asimismo, vid., la SJPII, número 2, de Tafalla, 16 junio 2021 (LA LEY 232952,2021); la SJPI, número 9, de Castellón de la Plana, 23 septiembre 2021 (Roj. SJPI 1530/2021; ECLI:ES:JPI:2021:1530); la SJPII, número 4, de Toledo, 16 de noviembre 2021 (LA LEY 290175,2021); la SJPII, número 3, de Durango, 25 noviembre 2021 (LA LEY 225488, 2021); y, la SJPII, número 2, de Orgaz, 27 de diciembre 2021 (LA LEY 304858,2021).

como hemos señalado, la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los diferentes factores que se tendrán en cuenta, con el fin de tomar la decisión que hubiera adoptado la persona en caso de no requerir la representación. La curatela con facultades de representación, como analizaremos, puede operar tanto en el ámbito personal (toma de decisiones para el normal desarrollo de su vida cotidiana en el ámbito habitacional/residencial), como en el sanitario (asistencia y tratamiento médico) y en el patrimonial (gestión y administración de su patrimonio)³⁰. En este supuesto, corresponde a la autoridad judicial determinar los actos en los que el curador habrá de asumir la representación de la persona con discapacidad, esto es, habrán de fijarse de manera precisa, cuáles son aquellos en que deba ejercer dicha representación (art. 269 apartado 4 CC). En todo caso, tanto los actos en los que el curador deba prestar la asistencia, como aquellos otros en que deba ejercer la representación, deberán fijarse de manera precisa y, no se podrá incluir en la sentencia la mera privación de derechos (art. 269 apartado 5 del citado cuerpo legal)³¹. No es función de la sentencia que se dicte en un procedimiento de determinación de apoyos privar de derechos a las personas con discapacidad, ni la prohibición de derechos. En este sentido, también se pronuncia la Disposición transitoria primera respecto a las prohibiciones

30 Vid., la SAP Valencia, sección 10ª, 16 septiembre 2021 (LA LEY 212410,2021); la SAP Cantabria, sección 2ª, 29 de octubre 2021 (Roj. SAP S 1237/2021; ECLI:ES:APS:2021:1237); la SAP Elche, 22 noviembre 2021 (Roj. SAP A 2610; ECLI:ES:APA:2021:2610); la SAP Ourense, sección 1ª, 22 noviembre 2021 (Roj. SAP OU 777/2021; ECLI:ES:APOU:2021:777); y, de la SAP Valencia, sección 10ª, 19 enero 2022 (Roj. SAP V 111/2022; ECLI:ES:APV:2022:111). Asimismo, *vid.*, la SJPII, número 4, de Massamagrell, 21 de septiembre 2021 (LA LEY 275376,2021); la SJPII, número 1, de Tafalla, 28 septiembre 2021 (LA LEY 229587,2021) D. Eduardo está diagnosticado de enfermedad de alzhéimer grado GDS 5 y que el déficit de funciones intelectuales y volitivas es permanente e irreversible. Tiene afectadas las habilidades funcionales necesarias para ejercer el gobierno de sí mismo en sus esferas personal y patrimonial y necesita vivir en un medio controlado con capacidad de provisión de cuidados sanitarios y básicos continuados para su persona. Aunque en la provisión de apoyos judiciales hay que atender en todo caso a la voluntad, deseos y preferencias del afectado, en casos como este, en que existe una clara necesidad asistencial cuya ausencia está provocando un grave deterioro personal que le impide el ejercicio de sus derechos y las necesarias relaciones con las personas de su entorno, está justificada la adopción de las medidas asistenciales, proporcionadas a las necesidades y respetando la máxima autonomía de la persona *aun en contra de la voluntad del interesado, porque el trastorno que provoca la situación de necesidad impide que tenga clara conciencia de su situación*. En consecuencia, se nombra curadores de D. Eduardo con facultades de representación a su hija Dª. Carmen debiendo prestarle el apoyo necesario para las actividades cotidianas, situación económica y administración de sus bienes, consentimiento en tratamientos médicos y seguimiento de pautas de alimentación y médicas (la cursiva es nuestra); la SJPI, número 9, de Castellón de la Plana, 4 octubre 2021 (LA LEY 179291,2021); la SJPII, número 1, de Alcaraz, 14 octubre 2021 (LA LEY 204752,2021); la SJPI, número 6, de Albacete, 21 octubre 2021 (LA LEY 209579,2021); la SJPI, número 7, de Guadalajara, 27 octubre 2021 (LA LEY 207395,2021); la SJPII, número 3, de Durango, 23 noviembre 2021 (LA LEY 205270,2021); la SJPII, número 2, de Tafalla, 23 noviembre 2021 (LA LEY 307912,2021); la SJPI, número 7, de Guadalajara, de 20 diciembre 2021 (LA LEY 290223,2021); la SJPII, número 2, de Tafalla, 29 diciembre 2021 (Roj. AJPII 851/2021; ECLI:ES:JPII:2021:851A); la SJPI, número 8, de Albacete 7/2022, de 14 de enero; la SJPII, número 2, de Villarrobledo, 7 febrero 2022 (LA LEY 23812,2022); y, la SJPI, número 8, de Albacete 14 enero y 10 febrero 2022 (LA LEY 10868,2022; LA LEY 15338,2022).

Para SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Á.: "Aspectos generales de la reforma", cit., p. 31 se establece como medida de apoyo la curatela representativa cuando "se trate de una discapacidad intelectual severa que, impida a la persona decidir por sí misma".

31 Coincidimos con GARCÍA RUBIO, Mª.P.: "Comentario al art. 250 del Código Civil", en *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. Mª.P. GARCÍA RUBIO y Mª.J. MORO ALMARAZ), Thomson Reuters, Aranzadi, Circuir Menor (Navarra) 2022, pp. 236-237 que hay "casos difíciles" o casos límite" y ante este tipo de situaciones "no queda más remedio que, entender que el curador representativo actuará en representación de la persona a la que se presta apoyo y que esa sustitución será además general o plena".

de derechos actualmente existentes que “a partir de la entrada en vigor de la presente ley las meras privaciones de derechos de las personas con discapacidad, o de su ejercicio, quedarán sin efecto”. De todas formas, el Código Civil recoge la posibilidad de una curatela con funciones representativas plenas (alcance general) cuando la situación de la persona con discapacidad lo exija. Por lo que, parece que hay grados en la curatela representativa, atendiendo a cada situación personal – necesidad y proporcionalidad de la medida- y, se fijarán en el auto que pone fin al expediente de jurisdicción voluntaria o la sentencia del juicio verbal³².

No obstante, aunque el legislador no alude a ello expresamente, se puede acordar por la autoridad judicial una *curatela mixta* con funciones representativas y de asistencia social³³.

En este contexto, la autoridad judicial constituirá la curatela cuando no exista otras medidas de apoyo suficiente para la persona con discapacidad y, determinará los actos para los que la persona requiera la intervención del curador, atendiendo a sus concretas necesidades de apoyo (art. 269 apartados 1 y 2 CC). Como regla general, quien toma las decisiones es la persona con discapacidad, asistida por el curador, que le informa, asesora y explica las consecuencias de la posición adoptada. Cuando sea preciso y solo de manera excepcional, podrá atribuirse al curador funciones representativas y sometido a un régimen específico de actuación en los términos apuntados: formación de inventario (arts. 285 y 286 CC); autorizaciones judiciales (art. 287). No se le exige fianza hipotecaria, como si sucede con la tutela de menores (art. 192 LH). En cambio, si se le aplican normas específicas como la prohibición testamentaria del art. 758 CC; o en materia de gananciales (art. 1393.I CC) y contrato de sociedad (art. 1700.5° CC).

32 En esta línea, CORRIPIO GIL-DELGADO, M^a.R.: “El nuevo marco civil de apoyos”, cit., p. 700.

33 Vid., la SAP Ciudad Real, sección 1^a, 22 noviembre 2021 (Roj. AAP CR 1326/2021; ECLI:ES:APCR:2021:1326) D. Rodolfo sufre un trastorno psicótico grave compatible con la esquizofrenia, no tratada, sin conciencia de enfermedad y que limita su capacidad de juicio, abstracción y volición, así como su interacción social. Cumple criterio diagnósticos actuales de esquizofrenia con predominio de síntomas positivos (delirio y alucinaciones), además de alteración en el comportamiento y repercusión grave social, familiar y laboral. Para el Tribunal una curatela representativa extensiva a todos los actos del mismo, resulta excesiva en las limitaciones que, a su libre actuación, afecta. En consonancia, con la situación actual que éste presenta. Se nombra como curadora a la Fundación MADRE quien asumirá y ejercerá el cargo conforme a los requisitos fijado en la Ley y en la esfera personal a las funciones representativas tendentes a cumplir con el internamiento obligatorio autorizado en un centro especializado de salud mental y al tratamiento médico ambulatorio, psicofarmacológico terapéutico psicosocial de salud mental en un centro adecuado, si D. Rodolfo, no accede de forma voluntaria. A la asistencia relativos a los actos relativos al cuidado de su personal, en general y en concreto, en el ámbito médico sanitario en todo lo que le afecta, sin perjuicio del control de la medicación, seguimiento del tratamiento, asistencia a citas médicas e ingresos hospitalarios; en la esfera patrimonial, D. Rodolfo conserva la posibilidad de gestionar y administrar sus ingresos, igualmente, conserva la iniciativa, pero necesitará ser asistido, apoyado y controlado tuitivamente por la curadora para los actos del art. 287 y estas medidas será revisadas a los seis meses. Asimismo, la SJPII, número 1, del Toro, 20 octubre 2021 (LA LEY 181844,2021); la SJPI, número 7, de Guadalajara, 29 diciembre 2021 (LA LEY 290214,2021); y, la SJPI, número 7, de Guadalajara, 8 febrero 2022 (LA LEY 29194,2022).

Ahora bien, con el objeto de proteger a las personas con discapacidad, por un lado, en la resolución judicial que constituya la curatela o en otra posterior, se fijarán aquellas medidas de control que estime oportunas dirigidas a garantizar el respeto de los derechos, la voluntad; y, atendiendo a las preferencias de la persona que, precisa el apoyo, así como para evitar los abusos, los conflictos de intereses y la influencia indebida. Y, por otro, podrá exigir en cualquier momento al curador, en el ámbito de sus funciones que, informe sobre la situación personal o patrimonial de la persona con discapacidad (art. 270 CC).

De todas formas, el Ministerio Fiscal podrá recabar, en cualquier momento, la información que, considere necesaria a fin de garantizar el buen funcionamiento de la curatela.

Ahora bien, además de la curatela judicial asistencial, representativa o mixta, ésta puede tener, como señala García Rubio, un origen voluntario con carácter preventivo o *ex ante*, la llamada autocuratela y constituir, en consecuencia, una figura de carácter mixto (voluntario y judicial)³⁴. Así, la persona con discapacidad, mayor de edad o menor emancipada, que en previsión de la concurrencia de circunstancias que, pueden dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones que las demás, podrá proponer en escritura pública el nombramiento o la exclusión de una o varias personas determinadas para el ejercicio de la función de curador. Igualmente establecer disposiciones sobre el funcionamiento y contenido de la curatela y, en especial, sobre el cuidado de su persona, reglas de administración y disposición de sus bienes, retribución del curador, obligación de hacer inventario o su dispensa y medidas de vigilancia y control, así como proponer a las personas que hayan de llevarlas a cabo (art. 271 CC). Incluso excluir la necesidad de autorización judicial para la realización de los actos previstos en el art. 287 CC³⁵.

34 GARCÍA RUBIO, M^a.P.: "Comentario al art. 250 del Código Civil", cit., p. 235.

Para la STS, Sala de lo Civil, 2 noviembre 2021 (RJ 2021,4958) la posibilidad de nombrar curador "es una manifestación del principio de autonomía de la voluntad, del libre desarrollo de la personalidad y del respecto a la dignidad humana reconocidos por el art. 10 CE, que faculta a una persona mayor de edad o menor emancipada para designar la persona que ejerza la función de curador, e incluso, excluir alguna o algunas del ejercicio de tal cargo". Las características que delimitan jurídicamente la autocuratela, tal y como es concebida por la ley son las siguientes: "1. Nos hallamos ante un negocio jurídico de derecho de familia; 2. Es personalísimo; 3. Es un negocio *inter vivos*; 4. Es solemne; 5. Vincula al juez al proceder al nombramiento de curador; 6. Es revocable; 7. Inscribible en el registro Civil; 8. La facultades de la persona interesada no sólo se limitan a la designación de quien vaya a ejercer las funciones del curador, incluso sus sustitutos, sino también contempla la opción de establecer las disposiciones que, considere oportunas con respecto al funcionamiento y ejercicio del cargo".

35 En esta línea, GARCÍA RUBIO, M^a.P.: "Comentario al art. 250 del Código Civil", cit., p. 237.

En la STS, Sala de lo Civil, 19 octubre 2021 (RAJ 2021,4847) dispuso la testadora nombrando tutores a tres de sus seis hijos expresando su deseo que no se nombrase a ninguno de los otros tres hijos no a institución pública o privada. Respecto a la voluntad, preferencias y deseos de las personas con discapacidad, no procede el nombramiento de la institución tutelar que hizo el juzgador de instancia, ni el nombramiento que la Audiencia efectuó de hijos no nombrados por la S testadoras. No se dan las causas legales previstas para prescindir del criterio preferente de la voluntad de aquella en la prestación de los apoyos que necesita. No cabe la imposición de otro sistema alternativo de curatela que no sea el nombramiento de la hija

No obstante, aunque la escritura de autotutela vincula a la autoridad judicial al constituir la tutela –de ahí, la importancia del juego de la autonomía de voluntad–; no obstante, aquélla podrá prescindir total o parcialmente de esas disposiciones voluntarias, de oficio o a instancia de las personas llamadas por ley a ejercer la tutela o del Ministerio Fiscal, si existen circunstancias graves desconocidas por la persona que las estableció o alteración de las causas expresadas por ella o que presumiblemente tuvo en cuenta en sus disposiciones, siempre mediante resolución motivada (art. 272 CC)³⁶.

III. CAPACIDAD Y APTITUD PARA SER CURADOR. INHABILIDAD.

El art. 275.I CC indica que, podrán ser tutores las personas físicas mayores de edad que, a juicio de la autoridad judicial, sean aptas para el adecuado desempeño de su función asistencial, o excepcionalmente, representativas, esto es, para el adecuado desempeño de su función. Como se indica, la exigencia de mayoría de edad es imperativa, no dispensable en un documento de autotutela³⁷. En todo caso, como señala acertadamente, Ammerman Yebra la expresión “apta para el adecuado desempeño de su función” se refiere a aquella persona “que no se encuentre incurso en algunas causas de inhabilidad y que además sea la más idónea para prestar el apoyo, ya sea por convivir y conocer bien a la persona con discapacidad, ya sea por otros factores que indiquen su aptitud para ser tutor”³⁸. Por lo que para ser tutor (persona física) se exige por el citado art. 275.I dos condiciones: la mayoría de edad (art. 246 CC); y la aptitud, a juicio de la autoridad

con la que convive que es la persona que con disponibilidad, cercanía, empatía y afecto le asiste en sus necesidades, conforma a sus propios deseos notarialmente expresados que deben ser respetados.

- 36 Vid., la STS, Sala de lo Civil, 2 noviembre 2021 (RAJ 2021,4958) indica que, la sentencia recurrida no respetó la voluntad de la demandada, sin razones bastantes que justificasen debidamente una decisión de tal clase. La demandada exteriorizó su voluntad que fuera su hija la que asumiera el cargo de tutora, tanto en la esfera personal, para la que fue designada por la Audiencia, como en la esfera patrimonial. La aplicación de la nueva Ley determina que se deje sin efecto la declaración de incapacidad, que ya no existe como tal, la cual debe ser sustituida por la declaración de la procedencia de la fijación de medidas judiciales de apoyo: sustitución de la tutela por la tutela, ya que aquella queda circunscrita a los menores de edad, no sujetos a patria potestad o en situación de desamparo. Asimismo, en la STS, Sala de lo Civil, 19 octubre 2021 (Roj. STS 3770/2021; ECLI:ES:TS:2021:3770) en el caso presente no se dan las circunstancias previstas en el art. 272.2 CC para prescindir del criterio preferente de la voluntad de la demandante, ya que concurren circunstancias graves desconocidas por la misma o variación de las contempladas al fijar la persona que prestará apoyos a D^a. Virginia. Convivía y sigue conviviendo con su hija D^a. Virginia que, es la persona que le asiste en sus necesidades conforme a los propios deseos expresados notarialmente, que deben ser respetados, toda vez que, dentro del marco de la esfera de disposición de las personas, se comprende la elección de la que en atención a su disponibilidad, cercanía, empatía, afecto o solicitud, desempeña el cargo de tutora. Y, en la STS, Sala de lo Civil, 21 diciembre 2021 (RAJ 2022,217) se considera insuficiente la motivación para prescindir de la voluntad exteriorizada por el demandado, dada la trascendencia que se le otorga en la nueva Ley. Se requiere una motivación especial que brilla por su ausencia, con lo que la nueva sentencia que se dicte, se deberá manifestar expresamente al respecto, explicitando las concretas razones por las que, en su caso, se prescinde de la voluntad y preferencia en tal aspecto exteriorizado por el demandado.
- 37 DE SALAS MURILLO, S.: “Comentario al art. 275 del Código Civil”, *Comentarios al Código Civil* (coord. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021, p. 508.
- 38 AMMERMAN YEBRA, J.: “Comentario al art. 275 del Código Civil”, en *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. M^a.P. GARCÍA RUBIO y M^a.J. MORO ALMARAZ), Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2022, p. 389.

judicial, para el adecuado desempeño de la función³⁹. Si bien, no se fija límite máximo de edad para ocupar el cargo de curador⁴⁰.

Asimismo, lo podrán ser personas jurídicas así: las fundaciones y demás personas jurídicas sin ánimo de lucro, públicas o privadas, entre cuyos fines figure la promoción de la autonomía y asistencia a las personas con discapacidad (art. 275 núm. 1 apartado primero CC)⁴¹. Aunque, se hace referencia a que se trate de personas o entidades de carácter público o privado sin ánimo de lucro, no faltan quienes entienden que, nada impide que aquellas personas o entidades públicas o privadas con ánimo de lucro que asumen en un compromiso con la sociedad en forma de responsabilidad social corporativa o responsabilidad social empresarial, puedan ser nombradas curadoras –máxime si entablan acciones dirigidas a contribuir en la mejora de las personas con discapacidad⁴².

Por el contrario, no podrán ser curadores al estar incurso en causa de inhabilidad:

1º. Quienes hayan sido excluidos por la persona que precise apoyo (escritura de autocuratela).

2º. Quienes por resolución judicial estuvieran privados o suspendidos en el ejercicio de la patria potestad o, total o parcialmente, de los derechos de guarda y protección;

3º. Quienes hubieren sido legalmente removidos de una tutela, curatela o guarda anterior.

Estas tres causas de inhabilidad son de carácter absoluto, afectan a todo curador. En esencia, responden o a voluntad del interesado, o quienes han demostrado una ineptitud previo o falta de cumplimiento de sus deberes paterno-filiales o

39 En esta línea, RUIZ-RICO RUIZ MORÓN, J.: “Medidas de apoyo a personas con discapacidad y sistema tutelar de menores”, *Curso de Derecho Civil IV, Derecho de familia y sucesiones* (coord. F. J. Sánchez Calero), 10ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia 2021, p. 347.

40 Vid., la SAP Valencia, sección 10ª, 19 enero 2022 (Roj. SAP V 111/2022; ECLI:ES:APV:2022:111) no se ha acreditado en el momento actual que su edad (86 años) suponga un impedimento u obstáculo que le impida el adecuado cumplimiento de las obligaciones que impone el cargo de curador con funciones de representación.

41 FERNÁNDEZ-TRESGUERRAS, A.: *El ejercicio de la capacidad jurídica. Comentario de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2021, p. 124 especifica que “puede tratarse de una fundación de interés general, asociación (ONG) u organismo público como las fundaciones tutelares dependientes de las Comunidades Autónomas incluso con la colaboración mixta público-privada, e incluso, aunque su personalidad jurídica no se separe de la Administración, estatal, autonómica o municipal como organismo independiente, mixto o autonómico”. Vid., asimismo, la SAP Madrid, sección 24ª, 8 junio 2020 (JUR 2020,336354) a favor de entidad especializada; la SAP Tarragona, sección 1ª, 16 diciembre 2020 (JUR 2021,8476) nombramiento de institución pública como curador; la SAP Navarra, sección 3ª, 3 junio 2021 (JUR 2021,254506) a favor de la Fundación Navarra para la Tutela de Adultos.

42 AMMERMAN YEBRA, J.: “Comentario al art. 275 del Código Civil”, cit., pp. 389-390.

de guarda –tutela, curatela- que, acredite su falta de compromiso y actitud para actuar con la diligencia debida en el cumplimiento del cargo de curador⁴³.

Aunque no lo diga el Código Civil, tampoco pueden ser curadoras las personas jurídicas con ánimo de lucro, lo que no se entiende bien su exclusión; máxime, si se trata de gestionar un patrimonio complejo en su composición que, requiere determinados conocimientos económico-financieros entre otros; o atendiendo a las razones apuntadas.

En todo caso, la autoridad judicial tampoco podrá nombrar curador, salvo circunstancias excepcionales debidamente motivadas, a las personas siguientes:

1º. A quien haya sido condenado por cualquier delito que haga suponer fundadamente que no desempeñará bien la curatela.

2º. A quien tenga conflicto de intereses con la persona que precise apoyo.

3º. Al administrador que hubiese sido sustituido en sus facultades de administración durante la tramitación del procedimiento concursal.

4º. A quien le sea imputable la declaración como culpable de un concurso, salvo que la curatela lo sea solamente de la persona.

Las causas 3ª y 4ª relacionadas con el concurso, ha de entenderse que, afecta a la curatela del patrimonio, no así de la persona.

Por otra parte, al tratarse de causas de inhabilidad relativas, permiten a la autoridad judicial nombrar curador al incurso en las mismas, si concurren “circunstancias excepcionales, debidamente motivadas”.

No obstante, no parece que, las inhabilidades absolutas convenidas en el art. 275 primer párrafo CC pueden ser dispensadas en la escritura de autocratela; si, en cambio, las relativas, en cuanto la propia autoridad judicial puede nombrarles curadores, si concurren circunstancias excepcionales.

En fin, tampoco, conforme establece el art. 250 apartado 8 CC, podrán ser nombrados curadores quienes, en virtud de una relación contractual, presten servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga a la persona que precisa el apoyo para evitar influencias indebidas y abusos.

43 En esta línea, PÉREZ ÁLVAREZ, M. Á.: “Las medidas de apoyo a las personas”, cit., p. 442.

IV. NOMBRAMIENTO DE CURADOR Y TOMA DE POSESIÓN DEL CARGO.

I. Nombramiento.

De entre las personas habilitadas y con capacidad, la autoridad judicial podrá nombrar como curador a las personas mencionadas en el art. 276, fijando como criterio prioritario el atender a la voluntad de la persona que precisa apoyo – autocratela-; a falta de la misma establece un elenco de personas que son llamadas con carácter subsidiario –llamamientos legales-. Todo ello sin obviar que la persona con discapacidad puede excluir a determinadas personas del cargo de curador o que, se admita la exclusión del cargo. Por tanto, en primer lugar se nombra; a quien haya sido propuesto para su nombramiento por la persona que precise apoyo o por la persona en quien esta hubiera delegado, salvo que concurra alguna de las circunstancias previstas en el párrafo segundo del art. 272. Estamos ante la figura de la autocratela regulada en el art. 271 CC.

No obstante, indicaremos que, en el caso de autocratela, la autoridad judicial podrá nombrar curador a quien haya sido propuesto por la persona que precise apoyo (documento público de autocratela –art. 271-), o por la persona en quien esta hubiera delegado –en el cónyuge o en otra persona de elección del curador relacionada en la escritura pública de autocratela (art. 274 CC)-, salvo que concurra alguna de las circunstancias previstas en el segundo párrafo del art. 272 –existan circunstancias graves desconocidas por la persona que las estableció o alteración de las causas expresadas por ello o que presumiblemente tuvo en cuenta en sus disposiciones-.

En defecto de tal propuesta voluntaria realizada en documento de autocratela por la propia persona discapacitada, la autoridad judicial nombrará curador:

1º Al cónyuge, o a quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, siempre que convivan con la persona que precisa el apoyo. Resulta preferible el cónyuge que conviva con la persona necesitada de apoyos. En situaciones de crisis matrimonial o de pareja no pueden ser nombrados curadores los ex cónyuges o ex pareja. Ahora bien, no falta quienes consideran que puede ser curador quien pese a estar separado de hecho sigue viviendo en el mismo domicilio⁴⁴.

Si se nombra al cónyuge con facultades de representación plena –será con carácter general- y bajo el régimen de gananciales, la administración y disposición de bienes gananciales se transferirá por ministerio de la ley al cónyuge nombrado curador de su consorte con discapacidad (art. 1387 CC).

44 AMMERMAN YEBRA, J.: "Comentario al art. 276 del Código Civil", cit., p. 397.

2º Al hijo o descendiente. Si fueran varios, será preferido el que de ellos conviva con la persona que precisa el apoyo.

3º Al progenitor o, en su defecto, ascendiente. Si fueran varios, será preferido el que de ellos conviva con la persona que precisa el apoyo.

4º A la persona o personas que el cónyuge o la pareja conviviente o los progenitores hubieran dispuesto en testamento o documento público.

5º A quien estuviera actuando como guardador de hecho.

6º Al hermano, pariente o allegado que conviva con la persona que precisa la curatela⁴⁵.

7º A una persona jurídica en la que concurren las condiciones indicadas en el párrafo segundo del art. 275 CC.

De tales nombramientos legales se puede señalar lo siguiente que: 1. Se equipara al cónyuge a la pareja de hecho; 3 La línea recta descendente es preferente a los ascendientes y hermanos. De ser varios los descendientes goza de preferencia el que conviva con la persona que precisa apoyo; 4. Los progenitores son llamados con preferencia a los descendientes y al resto de los ascendientes; 5. Como novedad, se posibilita la designación por el cónyuge o pareja conviviente en testamento o documento público. Si bien, se discute si simplemente es una delegación respecto de la elección entre diferentes candidatos designados por al autocuratelado, o se crea una nueva legitimación, permitiendo ampliar las tradicionales disposiciones de los padres u otras personas⁴⁶; 6. Se incorpora al guardador de hecho como persona que puede ser nombrada curadora. No se entiende que, se posicione en quinto lugar y no se le dé una categoría más preferente, pues, puede ser quien hasta ahora ha asistido o en su caso representado a la persona del guardado y en todo caso, haya convivido o esté conviviendo con él⁴⁷; 7. Además de a los hermanos, se nombra al pariente o allegado “que conviva con la persona que necesita curatela”; 8. La convivencia con la persona con discapacidad representa un criterio a tener en cuenta, máxime si concurren varias personas del mismo grado –a la hora de concretar la preferencia-; y, 9. En último lugar, se recurre al nombramiento de la

45 Vid., la SAP Barcelona, sección 18ª, 16 julio 2020 (JUR 2020,251658) a favor de su hermana con funciones de administración ordinaria.

46 En esta línea, DE SALAS MURILLO, S.: “Comentario al art. 276 del Código Civil”, *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, (dir. C. GUILARTE MARTÍN-CALERO), Thomson Reuters Aranzadi Cizur Menor, Navarra 2021, p. 750; FERNÁNDEZ-TREGUERRES, A.: *El ejercicio de la capacidad jurídica*, cit., p. 128.

47 En esta línea, CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, S.: “La curatela: ¿Una nueva institución?”, *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021, de 2 de junio* (dirs. M. PEREÑA VICENTE y Mª DEL M. HERAS HERNÁNDEZ, coord. por Mª NÚÑEZ NÚÑEZ), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 250.

persona jurídica, siempre que cumpla las condiciones establecidas en el art. 275.2 del citado Código Civil.

No obstante, la autoridad judicial podrá alterar este orden, una vez oída la persona que precise apoyo. Si, oída ésta, no resultare clara su voluntad, la autoridad judicial podrá alterar tal orden legal, nombrando a la persona más idónea para comprender e interpretar su voluntad, deseos y preferencias. De forma que, el juez puede prescindir de este orden legal, si la voluntad de la persona que precise apoyo no está clara en cuanto al nombramiento de la personas idónea. Pero como siempre, se buscará aquella persona que pueda conocer e interpretar mejor su voluntad, deseos y preferencias. Como precisa Munar Bernat⁴⁸ si existen dos personas que se hallen en igualdad de rango, el criterio determinante para preferir a uno u otro, es la convivencia con la persona que precisa de apoyos.

En principio, el Código Civil opta por el carácter unipersonal de la curatela, esto es, que el cargo de curador sea ejercido por una persona; no obstante, permite que se pueda nombrar a uno o varios curadores, si la voluntad y necesidades de la persona que precisa el apoyo lo justifican (art. 277.I CC). En todo caso, la curatela plural habrá de tener en cuenta la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, pudiendo separar como cargos distintos los de curador de la persona y curador de los bienes (el citado art. 277.I CC), como también sucede en la tutela.

De ser la curatela confiada a varias personas, la autoridad judicial establecerá el modo de funcionamiento (de forma simultáneos, sucesiva, mancomunada o solidaria, conjunta) respetando la voluntad de la persona que precisa el apoyo. No ha optado el legislador por concretar tal forma de actuación, prefiriendo dejarlo en manos de la autoridad judicial su concreción. Ahora bien, si es un solo el curador nombrado y se produce una situación de conflicto de intereses, de carácter ocasional, entre el curador y el curatelado, se nombrará un defensor judicial que los sustituya. Para el nombramiento se oirá a la persona que precise el apoyo y respetará su voluntad, deseos y preferencias. De esta misma manera, se procederá en caso que el curador esté impedido de modo transitorio, por cualquier causa, para actuar en un caso concreto (art. 283 CC). De ser varios los curadores designados y con funciones homogéneas, éstas serán asumidas por aquellos que no estén afectados por el impedimento o no tengan un conflicto de intereses puntual con el curatelado. No obstante, de no ser homogéneas las funciones, deberá nombrarse para tales casos un defensor judicial. De ser la situación de impedimento o de conflicto prologada o reiterada, la autoridad judicial podrá reorganizar el funcionamiento de la curatela –redistribuyendo las

48 MUNAR BERNAT, P.A.: "La curatela: principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad", *Boletín de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears*, 2020, vol. XXI, p. 452.

funciones- o, proceder a nombrar un nuevo curador, removiendo al anterior nombrado del cargo.

En este contexto, el nombramiento podrá tener lugar en el auto del expediente de provisión de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad (art. 42 bis c) LJV); y si hay oposición, en la sentencia de los procesos sobre adopción de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad que, se sustancian por los trámites del juicio verbal (art. 760 LEC)⁴⁹. También en documento público de autocuratela y en testamento, no en documento público notarial como si lo hacen los progenitores respecto al designación de tutor a favor de su hijo menor de edad (art. 201 CC).

De todas formas, no surtirá efecto la disposición testamentaria hecha a favor del curador representativo, salvo si se ha hecho después de la extinción de la curatela. No obstante serán válidas las disposiciones hechas a favor del curador que sea pariente con derecho a suceder *ab intestato* (art. 753.1 y 4 CC).

En todo caso, si el socio en una sociedad civil tiene medidas de apoyo que impliquen facultades de representación plena en la esfera patrimonial, conlleva la extinción de la sociedad civil; se exceptúa cuando se trata de sociedades civiles que revisten as formas reconocidas en el Código de Comercial, en los casos que deban subsistir con arreglo a dicho cuerpo legal (art. 1700 ordinal 3 y 5 CC).

Ahora bien, en sede de autocuratela se hace referencia a las designaciones de contenido negativo, permitiendo que la propuesta el interesado excluya a ciertas personas del ejercicio de la función de curador. En concreto, la propuesta de nombramiento, exclusiones y demás disposiciones voluntarias establecidas en la escritura de autocuratela vinculan a la autoridad judicial al constituir la curatela. No obstante, también procede señalar que, aquélla 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 la persona que las estableció o alteración de las causas expresadas por ella o que presumiblemente tuvo en cuenta en sus disposiciones. Por lo que, el nombramiento de curador no podrá recaer en aquellas personas que el interesado hubiera excluido del ejercicio

49 En el AJPIL, número 1, de Tafalla, 15 diciembre 2021 (Roj. AJPIL 769/2021; ECLI:ES:JPII:2021:769A) tras poner fin al expediente de jurisdicción voluntaria y entre tanto se tramita la correspondiente demanda de adopción de medidas de apoyo en juicio contencioso, se acuerdas la adopción de medidas provisionales frente a D. Agapito siendo las siguientes: 1. Sus padres, D^a Marcelina y D. pero Miguel podrán adoptar aquellas decisiones y actuaciones sanitarias tendentes a garantizar los tratamientos y terapias que requiera Agapito tanto para el control y cuidado de sus enfermedades como para sus conductas adictivas; 2. Sus padres ejercerán como administradores con facultades de representación en la administración y disposición patrimonial de D. Agapito. Los padres designarán la cuenta bancaria en la que se ingrese la pensión que recibe y se ocuparán de su administración.

de la función de aquél, siempre que no se den las circunstancias descritas, en cuyo caso no vincularán al juez.

2. Constitución, toma posesión del cargo, inventario y fianza.

La curatela es una medida judicial de apoyo, mediante resolución motivada cuando no exista otra medida de apoyo suficiente para la persona con discapacidad. En la misma, determinará los actos para los que la persona requiere asistencia del curador en el ejercicio de su capacidad jurídica atendiendo a sus concretas necesidades de apoyo (curatela asistencial). Si, excepcionalmente es necesario constituir una curatela representativa, la autoridad judicial determinará en resolución motivada los actos concretos en los que el curador habrá de asumir la representación de la persona con discapacidad. A tal fin, como “traje a medida”, los actos en los que el curador deba prestar el apoyo deberán fijarse de manera precisa, indicando, en su caso, cuáles son aquellos donde debe ejercer la representación. Si bien, el curador actuará atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias del curatelado. Igualmente procurarán que éste pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándole, ayudándole en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias. En casos excepcionales de curatela representativa, el curador deberá tener en cuenta en el ejercicio de sus funciones 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 habría adoptado la persona en caso de no requerir representación. En cualquier caso, se fomentará que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro.

De todas formas, conviene precisar que, en la resolución judicial en la que se constituya una curatela asistencial o en su caso, representativa se exige la concreción de los actos que el curador debe prestar asistencia, como de aquellos otros que debe ejercer la representación. Los actos no contemplados en la resolución podrá ejercitarlo la persona discapacitada sin ningún apoyo, pues, se ha de procurar que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones. En este caso, corresponde al notario ante una actuación concreta que, no necesite apoyo determinar la capacidad natural de la persona –esto es, llevar a cabo el correspondiente juicio de capacidad-.

En ningún caso –curatela asistencial o curatela representativa- la resolución judicial podrá incluir la mera privación de derechos.

Asimismo, corresponde a la autoridad judicial establecer en la resolución que constituya la curatela o en otra posterior las medidas de control que estime oportunas para garantizar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias

de la persona que precisa el apoyo, así como para evitar los abusos, los conflictos de intereses y la influencia indebida. También podrá exigir en cualquier momento al curador que, en el ámbito de sus funciones, informe sobre la situación personal o patrimonial de aquella.

En todo caso, sin perjuicio de las revisiones periódicas de estas resoluciones, el Ministerio Fiscal también podrá recabar en cualquier momento la información que considere necesaria a fin de garantizar el buen funcionamiento de la curatela. Y, en fin, la autoridad judicial podrá dictar las salvaguardas que considere oportunas a fin de asegurar que el ejercicio de las medidas de apoyo se ajuste a los criterios resultantes de este precepto y, en particular, atienda a la voluntad, deseos y preferencias de la persona que las requiera.

A efectos procesales, cuando sea pertinente la provisión de alguna medida judicial como la curatela, se procederá a la tramitación del *expediente de provisión de apoyos*, siendo competente para conocer el Juzgado de Primera Instancia del lugar donde resida la persona con discapacidad.

Si antes de la celebración de la comparecencia se produjera un cambio de la residencia habitual de la persona a que se refiera el expediente, se remitirán las actuaciones al Juzgado⁵⁰ correspondiente en el estado en que se hallen⁵⁰.

En cuanto los promotores de este expediente serán Ministerio Fiscal, la propia persona con discapacidad, su cónyuge no separado de hecho o legalmente o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable y sus descendientes, ascendientes o hermanos⁵¹. No obstante, cualquier persona está facultada para poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos que puedan ser determinantes de una situación que requiera la adopción judicial de medidas de apoyo. Las autoridades y funcionarios públicos que, por razón de sus cargos, conocieran la existencia de dichos hechos respecto de cualquier persona, deberán ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal. En ambos casos, este iniciará el presente expediente.

50 Como señala FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A.: "Jurisdicción voluntaria: provisión de apoyos a personas con discapacidad", *LA LEY Derecho de Familia*, enero-marzo de 2022, núm. 33, p. 5, que "se opta por el lugar en que realmente vive la persona, la residencia habitual y no sólo el lugar en el que se resida o esté empadronada en atención a su domicilio". A lo que añade que, esto supone "una excepción al principio de *perpetuatio iurisdictionis*, consiste en el mantenimiento de la jurisdicción con independencia de los cambios de residencia que se produzcan a lo largo de la tramitación de los distintos procedimientos".

51 Resulta acertada la crítica realizada por FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A.: "Jurisdicción voluntaria: provisión de apoyos", cit., p. 5 de que "no se haya reconocido legitimación para promover el expediente a las personas físicas o jurídicas que tengan la guarda de la persona que puede quedar sujeta a curatela". A lo que añade que "el llamamiento a los descendientes y ascendientes se hace de forma global y sin referencia alguno al grado de parentesco en línea descendientes o ascendientes por lo que están llamados todos aquellos que se encuentren en esta posición sin excepción alguna, lo que conlleva una legitimación extraordinariamente amplia y por tanto, incompatibles con el afán restrictivo de la judicialización de este tipo de situaciones".

Ahora bien, la persona con discapacidad podrá actuar con su propia defensa y representación. Si no fuera previsible que proceda a realizar por sí misma tal designación, con la solicitud se pedirá que se le nombre un defensor judicial, quien actuará por medio de Abogado y Procurador.

En todo caso, el Letrado de la Administración de Justicia realizará las adaptaciones y los ajustes necesarios para que la persona con discapacidad comprenda el objeto, la finalidad y los trámites del expediente que le afecta, conforme a lo previsto en el art. 7 bis de esta Ley –ajustes razonables-⁵².

A la solicitud se acompañarán los documentos que acrediten la necesidad de la adopción de medidas de apoyo, así como un dictamen pericial de los profesionales especializados de los ámbitos social y sanitario, que aconsejen las medidas de apoyo que resulten idóneas en cada caso⁵³. Asimismo, se propondrán aquellas pruebas que se considere necesario practicar en la comparecencia.

Admitida a trámite la solicitud por el Letrado de la Administración de Justicia, este convocará a la comparecencia al Ministerio Fiscal, a la persona con discapacidad y, en su caso, a su cónyuge no separado de hecho o legalmente, o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable y a sus descendientes, ascendientes o hermanos. Los interesados podrán proponer en el plazo de cinco días desde la recepción de la citación aquellas diligencias de prueba que consideren necesario practicar en la comparecencia. También se recabará certificación del Registro Civil y, en su caso, de otros Registros públicos que se consideren pertinentes, sobre las medidas de apoyo inscritas.

52 Art. 7 bis. Ajustes para personas con discapacidad: “1. En los procesos a los que se refiere esta Ley en los que participen personas con discapacidad se realizarán las adaptaciones y los ajustes que sean necesarios para garantizar su participación en condiciones de igualdad. Dichas adaptaciones y ajustes se realizarán, tanto a petición de cualquiera de las partes o del Ministerio Fiscal, como de oficio por el propio Tribunal, y en todas las fases y actuaciones procesales en las que resulte necesario, incluyendo los actos de comunicación. Las adaptaciones podrán venir referidas a la comunicación, la comprensión y la interacción con el entorno. 2. Las personas con discapacidad tienen el derecho a entender y ser entendidas en cualquier actuación que deba llevarse a cabo. A tal fin: a) Todas las comunicaciones con las personas con discapacidad, orales o escritas, se harán en un lenguaje claro, sencillo y accesible, de un modo que tenga en cuenta sus características personales y sus necesidades, haciendo uso de medios como la lectura fácil. Si fuera necesario, la comunicación también se hará a la persona que preste apoyo a la persona con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica. b) Se facilitará a la persona con discapacidad la asistencia o apoyos necesarios para que pueda hacerse entender, lo que incluirá la interpretación en las lenguas de signos reconocidas legalmente y los medios de apoyo a la comunicación oral de personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas. c) Se permitirá la participación de un profesional experto que a modo de facilitador realice tareas de adaptación y ajuste necesarias para que la persona con discapacidad pueda entender y ser entendida. d) La persona con discapacidad podrá estar acompañada de una persona de su elección desde el primer contacto con las autoridades y funcionarios –por ejemplo, un guardador de hecho-”.

53 FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A.: “Jurisdicción voluntaria: provisión”, cit., p. 10 manifiesta que “en el nuevo paradigma de la discapacidad requiere un sistema de colaboración interprofesional o de “mesa redonda” con profesionales especializados de los ámbitos social, sanitario y otros que, puedan aconsejar las medidas de apoyo que resulten idóneas en cada caso”.

La autoridad judicial antes de la comparecencia podrá recabar informe de la entidad pública que, en el respectivo territorio, tenga encomendada la función de promoción de la autonomía y asistencia a las personas con discapacidad, o de una entidad del tercer sector de acción social debidamente habilitada como colaboradora de la Administración de Justicia. La entidad informará sobre las eventuales alternativas de apoyo y sobre las posibilidades de prestarlo sin requerir la adopción de medida alguna por la autoridad judicial⁵⁴.

Asimismo, la autoridad judicial podrá ordenar antes de la comparecencia un dictamen pericial, cuando así lo considere necesario atendiendo a las circunstancias del caso.

En la comparecencia se procederá a celebrar una entrevista entre la autoridad judicial y la persona con discapacidad, a quien, a la vista de su situación, podrá informar acerca de las alternativas existentes para obtener el apoyo que precisa, bien sea mediante su entorno social o comunitario, o bien a través del otorgamiento de medidas de apoyo de naturaleza voluntaria⁵⁵. Resulta esencial esta novedad de la entrevista, donde la persona con discapacidad podrá expresar su voluntad, deseos y preferencias.

Asimismo, se practicarán aquellas pruebas que hubieren sido propuestas y resulten admitidas y, en todo caso, se oír a las personas que hayan comparecido y manifiesten su voluntad de ser oídas.

Si, tras la información ofrecida por la autoridad judicial, la persona con discapacidad opta por una medida alternativa de apoyo, se pondrá fin al expediente.

54 La Disposición adicional primera de la Ley 8/2021 se refiere al régimen de colaboración entre la Administración de Justicia y las entidades del Tercer Sector de Acción Social y su apartado 2 dispone que: "Las entidades del Tercer Sector de Acción Social colaboradoras con la Administración de Justicia podrán desempeñar las siguientes actuaciones: a) Informar, auxiliar, asistir, aportar conocimiento experto y, en general, cooperar con la Administración de Justicia en las materias propias de su ámbito, en los términos que se determine reglamentariamente; b) Actuar como interlocutores ante el departamento ministerial o autonómico responsable de la Justicia a través de sus órganos de participación y consulta, en los términos previstos en la normativa que resulte de aplicación; c) Colaborar con la Administración de Justicia en el diseño, desarrollo y aplicación de todo tipo de iniciativas, programas, medidas y acciones que redunden en la mejora del servicio público de la Justicia y de la percepción que la ciudadanía tiene del mismo; d) Cualquier otra que se determine reglamentariamente". Y añade en su apartado 3 que: "El procedimiento para el reconocimiento como entidades del Tercer Sector de Acción Social colaboradoras de la Administración de Justicia y la concreción de los derechos y obligaciones que dicho reconocimiento comporta se regulará reglamentariamente. En todo caso, la resolución de reconocimiento como entidad del Tercer Sector de Acción Social colaboradora con la Administración de Justicia, así como su revocación serán objeto de publicación en el "Boletín Oficial del Estado" o en el diario oficial de la Comunidad Autónoma correspondiente".

55 El art. 18. 6º LJV dispone que al respecto que "El desarrollo de la comparecencia se registrará en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen, de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil".

Y el art. 19.2 de la citada Ley manifiesta que "Cuando el expediente afecte a los intereses de un menor o persona con discapacidad con medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica, la decisión se podrá fundar en cualesquiera hechos de los que se hubiese tenido conocimiento como consecuencia de las alegaciones de los interesados, las pruebas o la celebración de la comparecencia, aunque no hubieran sido invocados por el solicitante ni por otros interesados".

También se podrá fin al expediente de existir oposición de la persona con discapacidad a cualquier tipo de apoyo, la oposición del Ministerio Fiscal o la oposición de cualquiera de los interesados en la adopción de las medidas de apoyo solicitadas⁵⁶, sin perjuicio de que la autoridad judicial pueda adoptar provisionalmente las medidas de apoyo de aquella o de su patrimonio, que considere convenientes. Dichas medidas podrán mantenerse por un plazo máximo de treinta días, siempre que con anterioridad no se haya presentado la correspondiente demanda de adopción de medidas de apoyo en juicio contencioso.

No se considerará oposición la relativa únicamente a la designación como curador de una persona concreta, en cuyo caso el expediente continúa y se resuelve (arts. 13 a 22 LJV aplicables con carácter supletorios a los expedientes específicos como establece el propio art. 13).

Las medidas se adoptarán mediante auto y deberán ser conformes a lo dispuesto en la legislación civil aplicable sobre esta cuestión. Tales medidas serán objeto de revisión periódica en el plazo y la forma en que disponga el auto que, las hubiera acordado, debiendo seguirse el trámite contemplado en el art. 42 bis c) LJV.

En todo caso, cualquiera de las personas legitimadas para iniciar el expediente, así como quien ejerza el apoyo, podrá solicitar la revisión de las medidas antes de que transcurra el plazo previsto en el auto (art. 42 bis a), b) y c) LJV).

Por su parte, para la *tramitación del expediente relativo a tutela o curatela* será competente para el conocimiento de este expediente el Juzgado de Primera Instancia del domicilio o, en su defecto, de la residencia del menor o persona con discapacidad. Se iniciará mediante solicitud presentada por el Ministerio Fiscal o por cualquiera de las personas legalmente indicadas para promover la tutela o curatela. En ella deberá expresarse el hecho que dé lugar a una u otra, acompañando los documentos acreditativos de la legitimación para promover el expediente e indicando los parientes más próximos de la persona respecto a la que deba constituirse la tutela o curatela y sus domicilios. Igualmente deberá acompañarse certificado de nacimiento de esta y, en su caso, el certificado de últimas voluntades de los progenitores, el testamento o documento público notarial otorgado por estos en los que se disponga sobre la tutela o curatela de sus hijos menores, o el documento público notarial otorgado por la propia persona

56 El art. 17.3 LJV tras disponer que: "los interesados serán citados a la comparecencia con al menos quince días de antelación a su celebración, avisándoles de que deberán acudir a aquélla con los medios de prueba de que intenten valerse. La citación se practicará en la forma prevenida en la Ley de Enjuiciamiento Civil, con entrega de la copia de la resolución, de la solicitud y de los documentos que la acompañen". Añade en su apartado segundo que "Si alguno de los interesados fuera a formular oposición, deberá hacerlo en los 5 días siguientes a su citación, y no se hará contencioso el expediente, ni impedirá que continúe su tramitación hasta que sea resuelto, salvo que la ley expresamente lo prevea. Del escrito de oposición se dará traslado a la parte solicitante inmediatamente".

con discapacidad en el que se hubiera dispuesto en previsión sobre su propia curatela u otras medidas de apoyo voluntarias.

En la comparecencia se oirá al promotor; a la persona cuya designación se proponga si fuera distinta al promotor; a aquel cuya curatela se pretenda constituir; a los parientes más próximos, al Ministerio Fiscal, y a cuantas personas se considere oportuno.

Tanto el Juez como el Ministerio Fiscal actuarán de oficio respetando la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad en lo que conste, adoptando y proponiendo las medidas, diligencias, informes periciales y pruebas que estimen oportunas.

El Juez designará curador a persona o personas determinadas, de conformidad con lo prevenido en el Código Civil.

En la resolución acordando el nombramiento de curador, se adoptarán las medidas de fiscalización de la curatela establecidas por el propio afectado en el documento público notarial otorgado al respecto salvo que sea otro el interés de la persona afectada.

En todo caso, cuando corresponda de acuerdo con la legislación civil aplicable, en la resolución por la que se constituya la curatela u otra posterior, el Juez podrá acordar las medidas de vigilancia y control oportunas, así como exigir al curador informe sobre la situación personal de la persona con discapacidad y el estado de la administración de sus bienes. Si se adoptaren en resolución posterior, se oirá previamente al curador, a la persona respecto a la que deba constituirse la curatela y, al Ministerio Fiscal.

El Juez, en la resolución por la que constituya la curatela o en otra posterior, podrá exigir al curador de modo excepcional la constitución de fianza que asegure el cumplimiento de sus obligaciones, debiendo determinar, en tal caso, la modalidad y cuantía de la misma

También podrá con posterioridad, de oficio o a instancia de parte interesada, dejar sin efecto o modificar en todo o en parte la fianza que se hubiera prestado, tras haber oído al curador, a la persona con discapacidad que precise medidas de apoyo y, al Ministerio Fiscal.

La resolución que se dicte será recurrible en apelación sin que produzca efectos suspensivos.

Durante la sustanciación del recurso, e incluso si se instara un proceso ordinario posterior sobre el mismo objeto, quedará a cargo del curador electo, en su caso,

el cuidado de la persona con discapacidad y la administración de su caudal, según proceda, bajo las garantías que, parecieran suficientes al Juez (art. 43 y 45 LJV).

Como hemos indicado, si hay oposición de la persona con discapacidad a cualquier tipo de apoyo, del Ministerio Fiscal o de cualquiera de los interesados en la adopción de las medidas de apoyo solicitadas se podrá fin al expediente de jurisdicción voluntaria y se inicia un proceso de naturaleza especial, contencioso y plenario, de carácter preferente que se tramita por los cauces del juicio verbal conforme lo establecido en los arts. 756 a 762 LEC.

Será competente para conocer de las demandas sobre la adopción de medidas de apoyo a personas con discapacidad la autoridad judicial que conoció del previo expediente de jurisdicción voluntaria, salvo que la persona a la que se refiera la solicitud cambie con posterioridad de residencia, en cuyo caso lo será el juez de primera instancia del lugar en que esta resida. Si antes de la celebración de la vista se produjera un cambio de la residencia habitual de la persona a que se refiera el proceso, se remitirán las actuaciones al Juzgado correspondiente en el estado en que se hallen⁵⁷.

Están *legitimados para promover el procedimiento* la propia persona interesada, su cónyuge no separado de hecho o legalmente o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, su descendiente, ascendiente o hermano –enumeración con carácter *de numerus clausus*-. De todas formas, el Ministerio Fiscal deberá promover dicho proceso si las personas mencionadas no existieran o no hubieran presentado la correspondiente demanda, salvo que concluyera que existen otras vías a través de las que la persona interesada pueda obtener los apoyos que precisa. Ahora bien, cuando con la demanda se solicite el inicio del procedimiento de provisión de apoyos, las medidas de apoyo correspondientes y un curador determinado, se le dará a este traslado de aquella a fin de que pueda alegar lo que considere conveniente sobre dicha cuestión (art. 757 LEC).

En cuanto a la posible intervención en el procedimiento, las personas legitimadas para instar el proceso de adopción de medidas judiciales de apoyo o que acrediten un interés legítimo podrán intervenir a su costa en el ya iniciado, con los efectos previstos en el art. 13 LEC. Como apunta Ureña Carazo la remisión que, hace el citado art. 757 al art. 13 de la citada Ley adjetiva, da cabida “a otras personas que convivan con la persona con discapacidad, pero que no tengan el grado de parentesco exigido legalmente, lo que evita, la existencia de situaciones

57 UREÑA CARAZO, B.: “El nuevo proceso de apoyo”, cit., p. 5, dispone que “se trata de una norma de carácter imperativo (no cabe ni sumisión expresa ni tácita), que atribuye la competencia objetiva al juez de primera instancia y la territorial al juez de residencia de la persona con discapacidad”, añade “como novedad, se permite un cambio para el supuesto de un traslado de residencia de la persona con discapacidad, una vez iniciado el procedimiento y antes de la celebración de la vista”.

de desigualdad entre los familiares de la persona afectada, en atención a los que ostentaban la condición de parte y los que no⁵⁸.

Admitida la demanda, 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. Si bien, una vez notificada la demanda por medio de remisión o entrega, o por edictos cuando la persona interesada no hubiera podido ser notificada personalmente, si transcurrido el plazo previsto para la contestación a la demanda la persona interesada no compareciera ante el Juzgado con su propia defensa y representación, el Letrado de la Administración de Justicia procederá a designarle un defensor judicial, a no ser que ya estuviera nombrado o su defensa corresponda al Ministerio Fiscal por no ser el promotor del procedimiento. A continuación, se le dará al defensor judicial un nuevo plazo de veinte días para que conteste a la demanda si lo considera procedente. Asimismo, el Letrado de la Administración de Justicia llevará a cabo las actuaciones necesarias para que la persona con discapacidad comprenda el objeto, la finalidad y los trámites del procedimiento, de conformidad con lo previsto en el art. 7 bis.

En cuanto a las pruebas, además de las pruebas que se practiquen de conformidad con lo dispuesto en el art. 752 LEC, el Tribunal practicará las siguientes: 1. Se entrevistará con la persona con discapacidad que resulta de nuevo una novedad esencial en la reforma que, da participación activa a la persona con discapacidad; 2. Dará audiencia al cónyuge no separado de hecho o legalmente o a quien se encuentre en situación de hecho asimilable, así como a los parientes más próximos de la persona con discapacidad; 3. Acordará los dictámenes periciales necesarios o pertinentes en relación con las pretensiones de la demanda, no pudiendo decidirse sobre las medidas que deben adoptarse sin previo dictamen pericial acordado por el Tribunal. Para dicho dictamen preceptivo se contará en todo caso con profesionales especializados de los ámbitos social y sanitario, y podrá contarse también con otros profesionales especializados que aconsejen las medidas de apoyo que resulten idóneas en cada caso⁵⁹.

58 UREÑA CARAZO, B.: "El nuevo proceso de apoyo", cit., p. 5.

59 UREÑA CARAZO, B.: "El nuevo proceso de apoyo", cit., p. 10 indica que "se instaura por primera vez un sistema de colaboración profesional o "de mesa redonda", lo que implica necesariamente la especialización de todos los operadores jurídicos que intervengan en el proceso (jueces, abogados, fiscales, letrados de administración de justicia, psicólogos y trabajadores sociales)". Por su parte, SANTOS URBANEJA, F.: *Sistema de apoyo jurídico a las personas*, cit., p. 256 señala que "esta prueba consiste en recabar un "dictamen plural", no exigible en la legislación precedente, encierra una potencialidad enorme en orden a establecer si lo que verdaderamente concurre en el demandado es una limitación en el ejercicio de su capacidad jurídica o, si por el contrario, lo que pasa es que no existen o no se arbitran los recursos sociosanitarios a los que aquél tiene derecho". Y añade que "para que fuese más eficaz, la elaboración del dictamen debería hacerse de forma conjunta. Del mismo modo, conjunta deberá ser la exposición de los dictámenes en el acto de la vista del juicio".

Ahora bien, en los casos en que la demanda haya sido presentada por la propia persona con discapacidad, el Tribunal podrá, previa solicitud de esta y de forma excepcional, no practicar las audiencias preceptivas, si así resultara más conveniente para la preservación de su intimidad.

En todo caso, cuando el nombramiento de curador no estuviera propuesto, sobre esta cuestión se oír a la persona con discapacidad, al cónyuge no separado de hecho o legalmente o a quien se encuentre en situación de hecho asimilable, a sus parientes más próximos y a las demás personas que el Tribunal considere oportuno, siendo también de aplicación lo dispuesto en el apartado anterior.

Lo que representa una novedad es que, si la sentencia que decida sobre las medidas de apoyo fuere apelada, se ordenará también de oficio en la segunda instancia la práctica de las pruebas preceptivas señaladas.

Se decidirá mediante sentencia y 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.

Ahora bien, *una vez nombrado el curador tomará posesión de su cargo* ante el Letrado de la Administración de Justicia (art. 282.I CC) y mediando determinadas circunstancias habrá de constituir garantía –fianza- que asegure el cumplimiento de sus obligaciones (art. 284 CC) y hacer inventario (art. 285 CC).

Con respecto a la constitución de la fianza (garantía en sentido amplio –personal y real-), no reviste carácter necesario y solo habrá de constituirse cuando la autoridad judicial lo considere necesario por concurrir razones excepcionales, con el objeto asegurar el cumplimiento de sus obligaciones y, asimismo, determinará la modalidad y cuantía de la misma. Una vez constituida, la fianza será objeto de aprobación judicial.

En cualquier momento la autoridad judicial podrá modificar o dejar sin efecto la garantía que se hubiese prestado (art. 284 CC).

En cuanto al inventario, reviste carácter necesario, cuando el curador tiene facultades representativas, que deberá llevarlo a cabo dentro del plazo de sesenta días, a contar desde aquel en que hubiese tomado posesión de su cargo.

Ahora bien, en el documento de autotutela podrá establecerse tanto la obligación de hacer inventario a todo curador –sea asistencial o representativo-, como dispensar de su realización a ambos supuestos de tutela –en todo caso al curador con facultades representativas es al que, habría que reconducir, especialmente, la facultad de dispensa-. Podrá igualmente establecer disposiciones

sobre el funcionamiento y contenido de la curatela y, en especial, sobre el cuidado de su persona, reglas de administración y disposición de sus bienes, retribución del curador, obligación de hacer inventario o su dispensa y medidas de vigilancia y control, así como proponer a las personas que hayan de llevarlas a cabo.

Así las cosas, en relación con el inventario procede señalar que: 1. Se formará ante el Letrado de la Administración de Justicia, con citación de las personas que estime conveniente. No obstante, éste podrá prorrogar el plazo previsto de sesenta días si concurriere causa para ello; 2. Respecto al dinero, alhajas, objetos preciosos y valores mobiliarios o documentos que, a juicio del letrado de la Administración de Justicia, no deban quedar en poder del curador, serán depositados en un establecimiento destinado a este efecto. No tiene mucho sentido el dinero que se entiende depositado en una cuenta bancaria, como tampoco los valores mobiliarios –títulos valor-. En todo caso, el dinero –hay que tener en cuenta la limitación de la Ley 11/2021, de 9 de julio para prevenir el blanqueo de capitales-⁶⁰; las alhajas, objetos preciosos u otros documentos se depositarán o bien en una caja fuerte en un banco, o en una notaría o en poder de un amigo, o en un almacén de seguridad. Las posibilidades son varias; y, 3. De todas formas, los gastos que ocasionen las anteriores medidas correrán a cargo de los bienes de la persona en cuyo apoyo se haya establecido la curatela (art. 285 CC).

En fin, en una suerte de condonación tácita o presunta, el art. 286 CC establece que, si el curador no incluya en el inventario los créditos que tenga contra la persona a la que presta apoyo, se entenderá que renuncia a ellos⁶¹.

V. EJERCICIO DE LA CURATELA: DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL CURADOR.

El curador, una vez nombrado y tomado posesión de su cargo ante el Letrado de la Administración de Justicia, deberá cumplir con determinados deberes y obligaciones. Por una parte, asistirá a la persona a la que preste apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica respetando su voluntad, deseos y preferencias y, procurará que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones –pueda decidir por sí misma-.

Aunque, no tiene la obligación de velar o proteger a la personas con discapacidad no convivir con ella; en el ejercicio de la curatela estará obligado a mantener contacto personal con la persona a la que va a prestar apoyo y a

60 Se establece la prohibición de pago en efectivo superior a la cantidad de 1000 euros.

61 En esta línea, ÁLVAREZ LATA, N.: “Comentario al art. 286 del Código Civil”, en *Comentarios al Código Civil* (COORD. R. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO), 5ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra 2021, p. 524.

desempeñar las funciones encomendadas con la diligencia debida⁶². No se exige necesariamente la convivencia curador-curatelado; no obstante, si la misma ha sido la circunstancia que ha tenido en cuenta la autoridad judicial para la elección y nombramiento de curador, el cese de la convivencia puede tenerse en cuenta ante una posible remoción del curador (art. 276 CC).

Igualmente, procurará que la persona con discapacidad pueda desarrollar su proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias. En esta línea, fomentará que las personas con discapacidad puedan ejercer su capacidad jurídica por sí misma, si su situación jurídica lo permite o plantea una disminución del alcance asistencial o representativo del curador. En caso que el curador asuma funciones representativas, deberá tener en cuenta la trayectoria vital de las personas con discapacidad, sus creencia 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 (art. 249 CC). En todo caso, fomentará las aptitudes de la persona a la que preste apoyo, de modo que pueda ejercer su capacidad con menos apoyo en el futuro o prescindiendo de éste —operando en el ejercicio de su plena capacidad jurídica sin necesidad de apoyos—.

En cuanto a las posibles obligaciones a cumplir por el curador antes de comenzar en el ejercicio del cargo, está, como hemos indicado en líneas precedentes, la de prestar fianza que asegure el cumplimiento de sus obligaciones, cuando lo considere necesario por concurrir circunstancias excepcionales; si bien, en cualquier momento, la autoridad judicial podrá modificar o dejar sin efecto la garantía que hubiese prestado (art. 284); y, si se trata de curatela con facultades representativas: la formación de inventario y constitución de depósito. Precisamente, estará obligado a hacer *inventario del patrimonio de la persona en cuyo favor se ha establecido el apoyo* dentro del plazo de sesenta días, a contar desde aquél en que hubiese tomado posesión de su cargo. Como precisa acertadamente Ruiz-Rico Ruiz Morón “la práctica del inventario constituye una garantía para los intereses patrimoniales de la persona que precisa de apoyo. Es la vía que permitirá comprobar, al finalizar la curatela, el resultado de la gestión del curador, sin perjuicio de las medidas de control que la autoridad judicial o el propio interesado hubieren establecido (arts. 270 y 271 CC)”⁶³. En todo caso, la autoridad judicial no puede dispensar de la obligación de hacer inventario, aunque, si la persona sujeta a curatela en la escritura de autocuratela (art. 271 CC). De

62 Para Ruiz-Rico Ruiz Morón, J.: “Medidas de apoyo a personas”, cit., pp. 353-354 el contacto personal es “ciertamente la base imprescindible para un adecuado desarrollo de la función de curador; es la vía que permite materializar personalmente los apoyos que sean necesarios, en la medida y en la proporción que reclama esa misma necesidad. Se podrá catalogar de deber instrumental; el medio de cumplimiento de los deberes que entraña la función que el curador ha asumido”.

63 Ruiz-Rico Ruiz Morón, J.: “Medidas de apoyo a personas”, cit., p. 353.

todas formas, el incumplimiento de la obligación de hacer inventario es causa de remoción conforme a lo previsto en el art. 278 CC.

En todo caso, como igualmente hemos indicado, de existir en el patrimonio de la persona con discapacidad dinero, alhajas, objetos preciosos y valores mobiliarios o documentos que, podrán ser depositados en un establecimiento destinado a este efecto, si, a juicio del Letrado de la Administración de Justicia, no deban quedar en poder del curador. En todo caso, si el depósito ha sido realizado por una persona con discapacidad prescindiendo de las medidas de apoyo cuando sean precisas y el depositante conociera la existencia de medidas de apoyo en el momento de la contratación, o se hubiera aprovechado de la situación de la discapacidad obteniendo de ello una ventaja injusta, el depositante solo tendrá acción para reivindicar la cosa depositada mientras estén en poder del depositario, o que éste le abone la cantidad en que se hubiera enriquecido con la cosa o con el precio (art. 1765 CC). No obstante, si después de hacer el depósito, el depositante contara con medidas de apoyo, la devolución del depósito se ajustará a lo que resulte de tales medidas (art. 1773 CC).

Por otra parte, reiteramos de nuevo que, cuando la autoridad judicial lo considere necesario por concurrir razones excepcionales, podrá exigir al curador *la constitución de fianza* que asegure el cumplimiento de sus obligaciones y determinará la modalidad y cuantía de la misma. Aunque se emplea el término fianza, ha de ser sustituido por el de garantía. Por lo que ésta podrá ser garantía real o personal. Una vez, constituida, la garantía será objeto de aprobación judicial. En cualquier momento, la autoridad judicial podrá modificar o dejar sin efecto la garantía que se hubiese prestado (art. 284 CC).

Conforme al art. 46.3 LJV practicadas todas las diligencias acordadas, el nombrado aceptará en acta otorgada ante el Letrado de la Administración de Justicia la obligación de cumplir los deberes de su cargo conforme a las leyes y este acordará dar posesión del cargo, le conferirá las facultades establecidas en la resolución judicial que acordó su nombramiento y le entregará certificación de esta. Por lo que, para asumir la condición de curador no solo basta la resolución judicial en la que se le nombre, sino que acepte el cargo y que le haya dado posesión del mismo el Letrado de Administración de Justicia. Asimismo, el Juzgado que haya acordado la curatela remitirá testimonio al Registro Civil correspondiente tanto de la resolución dictada como del acta de la posesión del cargo, a los efectos oportunos.

En este contexto, durante el ejercicio del cargo, además del apoyo a la persona discapacitada señalado: si se *trata de curatela asistencial*: asistirá a la persona a la que preste apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica respetando su voluntad, deseos y preferencias y procurará que la persona con discapacidad pueda

desarrollar su propio proceso de toma de decisiones. De forma que, cuando se formalice documentalmente un negocio deberá intervenir el curador en su labor asistencial, aunque, el consentimiento lo preste el curatelado; dejando constancia de su intervención y asistencia, pues, si se prescinde de ella puede el negocio ser anulado por la vía de los arts. 1301 y 1302 CC. Si la *curatela es representativa*, el curador representa a la persona discapacitada, siendo su intervención necesaria en el otorgamiento del negocio y en la prestación del consentimiento. Si bien, en el ejercicio de su función representativa, además de actuar con la diligencia debida, tendrá 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 habría adoptado la persona en caso de no requerir representación. De ahí que, el ejercicio de las funciones representativas por parte del curador, en cuando suponen sustitución de la voluntad de la persona con discapacidad, se contempla con carácter excepcional, solo cuando circunstancias personales de especial gravedad del curatelado, hagan imprescindible tal forma de actuar por parte del curador. De todas formas, en cualquiera de los supuestos –asistencial o representativo- el curador procurará fomentar las aptitudes de la persona a la que preste apoyo, de modo que pueda ejercer su capacidad con menos apoyo en el futuro. Sobre tales bases, el contenido de la curatela vendrá determinado por la autoridad judicial que delimitará los actos para los que la persona con discapacidad necesita la asistencia del curador en el ejercicio de su capacidad jurídica, atendiendo a sus concretas necesidades de apoyo y en la proporción que exija su situación personal y patrimonial. Por lo que, si se trata de curatela asistencial se determinará el campo de actuación asistencial del curador –esfera personal o esfera patrimonial-, esto es, se concretará los actos en los que el curador deberá prestar apoyos a la persona con discapacidad. Si, por el contrario, la curatela es representativa corresponde a la autoridad judicial señalar de manera precisa, los concretos actos en los cuales el curador debe ejercer la representación de la persona con discapacidad (art. 269.4 CC). En cualquier caso, el curador actuará bajo los criterios fijados en el art. 249 CC⁶⁴ y, la resolución judicial en que lo nombre y fije el contenido de su actuación, no podrá incluir la mera privación de derechos –un contenido negativo-.

Por otra parte, el curador que ejerza funciones de representación de la persona, que precisa el apoyo, necesita autorización judicial para los actos que determine la resolución y, en todo caso, para los siguientes:

64 Así, el curador deberá actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera. Igualmente, procurará que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias. Asimismo, fomentará que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro. En el supuesto excepcional de curatela representativa el curador en el ejercicio de sus funciones representativa, 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 habría adoptado la persona en caso de no requerir representación.

1º. Realizar actos de trascendencia personal o familiar cuando la persona afectada no pueda hacerlo por sí mismo, todo ello a salvo de lo dispuesto legalmente en materia de internamiento, consentimiento informado en el ámbito de la salud o en otras leyes especiales⁶⁵. Sin embargo, el antiguo art. 271.I CC el tutor necesitaba autorización judicial “para internar al tutelado en un establecimiento de salud mental o de educación o de formación especial”. Tampoco necesitara autorización judicial para actos personalísimos: matrimonio, testamento, reconocimiento de hijos, nacionalidad, vecindad civil, nulidad, separación o divorcio, capitulaciones matrimoniales.

Ahora bien, en esta reforma no se modifica la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, por lo que, en relación con el consentimiento por representación se otorgará en los siguientes supuestos: a) Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho (art. 9.3 a)). En ese caso, lo prestará el curador, salvo que, en instrucciones previas otorgadas exista un representante sanitario nombrado por la propia persona con discapacidad.

En relación con la legalización de la eutanasia activa o el suicidio asistido en España, el art. 5.2 de la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo establece que en los casos en los que el médico responsable certifique que el paciente no se encuentra en el pleno uso de sus facultades, ni puede prestar su conformidad libre voluntaria y consciente para realizar las solicitudes, cumpla lo previsto en el apartado 1) –sufrir una enfermedad grave e incurable o un padecimiento grave, crónico e imposibilitante en los términos establecidos en esta Ley, certificada

65 Vid., los arts. 9 y 11 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica respecto al consentimiento informado y el documento de instrucciones previas; y los arts. 3 h) y 5.2 Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo de regulación de la eutanasia, respecto de la solicitud de la eutanasia activa o el suicidio asistido. Precisamente, con relación a la vacunación con el COVID 19, el AJPI, número 6, Santiago de Compostela, 20 enero 2021 (Roj. AJPI 1/2021; ECLI:ES:JPI:2021:1A) autoriza el suministro de vacuna contra el Sars-Covid 19 a D. Gerónimo mayor de edad, considerando que el consentimiento informado por sustitución prestado por la entidad tutelar FUNGA debe ser atendido a pesar de la negativa del paciente, careciendo el mismo de capacidad natural actual para comprender el alcance de la intervención médica pautada. Deberá verificarse la vacunación en las fechas previstas conformes a las dosis prescritas u por el personal sanitario especializado que corresponda según el Plan Gallego de Vacunación frente al Sars-Covid. Por su parte, el AJPI, número 6, Girona, 3 diciembre 2021 (Roj. AJPI:507/2021; ECLI:ES:JPI:2021:507A) nos recuerda que el art. 763 LC faculta al juez para autorizar el internamiento en un centro adecuado para el tratamiento médico de personas que, con patentes trastornos psíquicos, no están en condiciones de decidir ellas mismas. En este caso, el dictamen del facultativo ha indicado al efecto que, la persona internada requiere de tratamiento médico en régimen de internamiento, y es procedente la autorización judicial para esta medida, que durará el tiempo que sea clínicamente necesario. No obstante, se dispone que, se ha de informar a este tribunal cada seis meses sobre la necesidad de proseguir con el internamiento o proceder el alta clínica.

por el médico responsable- y haya suscrito con anterioridad un documento de instrucciones previas, testamento vital, voluntades anticipadas o documentos equivalentes legalmente reconocidos (mandatos y apoderamientos preventivos) se podrá facilitar la prestación de ayuda para morir conforme a lo dispuesto en dicho documento, y si se ha nombrado representante en ese documento –vgr., el propio curador- será el interlocutor válido con el médico responsable.

En caso de internamiento, éste puede ser voluntario o involuntario. Si la persona con discapacidad de cierta edad (tercera edad) que no necesita medidas de apoyos, decide ingresar en un centro geriátrico o residencial de la tercera edad, a aquélla corresponde prestar el consentimiento a dicho internamiento voluntario. Si esa misma persona con discapacidad tiene medidas de apoyo, como un curador, éste deberá actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias, informándola, ayudándola y facilitando que pueda expresar su voluntad y preferencias. Como en el supuesto anterior, a la persona con discapacidad corresponde tomar la decisión –consentir- el ingreso en tales centros. Si se trata de personas con discapacidad que padecen un deterioro cognitivo que le impide proveer correctamente su cuidado personal y gestionar su patrimonio, pues, sufre una enfermedad neurodegenerativa –tipo alzhéimer, demencia senil, parkinson-, y, respecto de las que no es posible determinar su voluntad, deseos y preferencias, el curador asume funciones representativas, y en este caso, deberá tener en cuenta en el ejercicio de estas funciones la trayectoria vital del tutelado, sus creencias y valores, así como los factores que ésta hubiera tenido en cuenta, con el fin de adoptar la decisión que habría tomado en caso de no requerir representación en este supuesto. Si de la misma se deduce claramente que, su voluntad es el ingreso en dicho centro residencial, se procederá al mismo. De no ser posible conocer la decisión que hubiera tomado, atendiendo a lo dispuesto legalmente en materia de internamiento y al ser un acto de trascendencia personal este internamiento adquiere, en este caso, la naturaleza de involuntario y, el curador necesitará autorización judicial (art. 287.I CC)⁶⁶. En todo caso, debemos recordar que, conforme el art. 269 apartado 5 CC: “En ningún caso podrá incluir la resolución judicial la mera privación de derechos” –en relación con el art. 17 de la Constitución Española en esta materia-.

Por otra parte, si se trata de una persona con discapacidad que sufre un trastorno psicótico grave –esquizofrenia, bipolaridad- y tiene una curatela como medida de apoyo (padres, hermanos, otros parientes o personas interesadas) y resulta

66 En esta línea, MIGUEL ALHAMBRA, L., Y CHACÓN CAMPOLLO, R.: “Internamiento en residencia de ancianos con demencia. Reflexiones con motivo de la entrada en vigor de la Ley 8/2021, de 2 de junio”, *El Notario del Siglo XXI*, marzo-abril 2022, núm. 102, p. 35.

Por su parte, antes de la reforma por Ley 8/2021, el Tribunal Constitucional en sentencias 13/2016, de 1 de febrero; 34/2016, de 29 de febrero y 132/2016, de 18 de julio, como la Circular 2/2017, de 8 de julio de la Fiscalía General del estado sobre el ingreso no voluntario urgente por trastorno psíquico en centros residenciales, ampliaron al ámbito objeto de aplicación del art. 763 LEC al ingreso involuntario en residencia geriátricas.

necesario su internamiento en un centro especializado en salud mental para, junto con las medidas de naturaleza sanitaria que resulten necesarias para su bienestar, se determine que tratamiento concreto precisa; si la persona no quiere consentir su internamiento, éste será involuntario aplicando lo dispuesto en el art. 763 LEC –no modificado en esta reforma-, que, se refiere al internamiento por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo y, para ello será necesario autorización judicial previa a dicho internamiento que, será recabada del tribunal del lugar donde resida la persona afectada. Salvo que razones de urgencia hicieren necesaria la inmediata adopción de la medida. En este caso, el responsable del centro en que se hubiere producido el internamiento deberá dar cuenta de éste al tribunal competente lo antes posible y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas, a los efectos de que se proceda a la preceptiva ratificación de dicha medida, que deberá efectuarse en el plazo máximo de setenta y dos horas desde que el internamiento llegue a conocimiento del tribunal. En los casos de internamientos urgentes, la competencia para la ratificación de la medida corresponderá al tribunal del lugar en que radique el centro donde se haya producido el internamiento. De todas formas, este internamiento tendrá carácter temporal, pues, como indica el citado precepto en su apartado cuarto párrafo cuarto, cuando los facultativos que atiendan a la persona internada consideren que no es necesario mantener el internamiento, darán de alta al enfermo, y lo comunicarán inmediatamente al tribunal competente.

2º. Enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, bienes o derechos de especial significado personal o familiar, bienes muebles de extraordinario valor, objetos preciosos, y valores mobiliarios no cotizados en mercados oficiales de la persona con medidas de apoyo, dar inmuebles en arrendamiento por término inicial que exceda de seis años, o para celebrar contratos o realizar actos que tengan carácter dispositivo y sean susceptibles de inscripción. Se refiere a bienes de especial significado personal o familiar; concepto indeterminado que, exigirá atender a la voluntad del sujeto a la hora de concretar su alcance; o bien que se haga referencia expresa de ello en el propio poder o mandato. Emplea el término bienes que, podrá ser muebles o inmuebles, al no especificar como en los otros casos. Por otra parte, se refiere a actos de disposición o gravamen sobre bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, para celebrar contratos o realizar actos que tengan carácter dispositivo y sean susceptibles de inscripción. En consecuencia, no será necesaria la autorización judicial para actos de administración sobre inmuebles, si no son susceptibles de inscripción registral.

De todas formas, la enajenación de los referidos bienes se realizará mediante venta directa salvo que el Tribunal considere que es necesaria la enajenación en subasta judicial para mejor y plena garantía de los derechos e intereses de su titular.

Se elimina el requisito de la subasta judicial muy criticado antaño. Por lo que, la regla general es la venta directa y la excepción la venta en subasta. No obstante, respecto de la autorización o aprobación judicial de actos de disposición, gravamen u otros que se refieran a los bienes y derechos de personas con discapacidad con medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica, el art. 63.3 LJV indica que, si la solicitud fuera para la realización de un acto de disposición podrá también incluirse en la solicitud la petición de que la autorización se extienda a la celebración de venta directa, sin necesidad de subasta ni intervención de persona o entidad especializada. En este caso, deberá acompañarse de dictamen pericial de valoración del precio de mercado del bien o derecho que se trate y especificarse las demás condiciones del acto de disposición que se pretenda realizar. Por lo que, al no haber sido objeto de modificación su redacción, se deduce la regla contraria a la prevista en el art. 287 CC, debiendo en todo caso, atender a lo previsto en este último precepto al quedar tácitamente derogado el mencionado art. 63.3 en lo referente a la exigencia de venta en subasta como regla general⁶⁷. No obstante a la solicitud de autorización judicial para la venta de valores no cotizados en mercados oficiales se deberá acompañar los documentos, que precisa tal art. 63.3 LJV, esto es, dictamen pericial de valoración del precio de mercado del bien o derecho de que se trate y especificarse las demás condiciones del acto de disposición que se pretenda realizar.

En todo caso, se exceptúa la venta del derecho de suscripción preferente de acciones y la venta de valores mobiliarios cotizados en bolsa, aunque tengan extraordinario valor; con anterioridad, sin embargo, se exigía autorización judicial para todos los valores mobiliarios. Tampoco se necesita autorización judicial para los arrendamientos inferiores a seis años, aunque sean inscribibles; ni a los arrendamientos que, sean superiores a esos seis años, pero sean consecuencia de prórrogas legales (art. 10 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos).

En todo caso, la referencia a los establecimientos mercantiles o industriales procede de la redacción originaria del Código Civil y, como precisa Fernández-Tresguerres tiene dos acepciones ambas distintas a la empresa o sucursal. Así “la primera, la de conjunto organizado de bienes y derechos con los que el empresario lleva a cabo su actividad empresarial; la segunda, como base física, sede abierta al público, desde que el empresario lleva a cabo sus operaciones”. En ambos casos, la persona con discapacidad puede ser titular o cotitular del establecimiento mercantil, o llevar la organización un tercero⁶⁸. De todas formas, el art. 4 del Código de Comercio dispone que: “Tendrán capacidad para el ejercicio habitual del comercio las personas mayores de edad y que tengan la libre disposición de sus

67 LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I.: *Guía rápida sobre la Reforma civil*, cit., p. 97.

68 FERNÁNDEZ-TRESGUERRAS, A.: *El ejercicio de la capacidad jurídica*, cit., p. 143.

bienes". En cualquier caso, puede tratarse de empresario individual, o disponer de una licencia o concesión administrativa para su desarrollo –por ejemplo, licencia de taxi, concesión de una administración de lotería-

Respecto al concepto bienes de extraordinario valor junto a los objetos preciosos que estaba en la legislación anterior y se mantiene en la nueva legislación, aparte de atender al valor sentimental, habrá que acudir a su valor económico que habrá que determinar en relación con la composición y cuantía del patrimonio del curatelado. En todo caso, recordemos que el dinero, alhajas, objeto precioso y valores mobiliarios podrán ser depositados en establecimiento destinado al efecto. En fin, en cuanto a bienes o derechos de especial significado personal o familiar; que, precisamente, no se atiende a su valor económico, sino sentimental, puede darse el caso que, siendo rentable económicamente su venta, no pueda realizarse si no hay previa autorización judicial al tratarse de un bien de especial significado personal o familiar (cubertería de plata de la abuela; o la vajilla de santa clara).

3º. Disponer a título gratuito de bienes o derechos de la persona con medidas de apoyo, salvo los que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar. Esto es los regalos o donaciones que sean habituales en el ejercicio de los usos sociales (regalos navidad, cumpleaños) siempre que sean de escasa relevancia económica. Ahora bien, la exigencia de autorización judicial en la disposición a título de donación siendo una forma habitual de proceder de la persona con discapacidad en determinados momentos (donaciones habituales a ONGs, a Caritas); en estos casos el curador deberá en el ejercicio de su funciones 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 habría adoptado la persona en caso de no requerir representación como sería realizar la donación en los términos habituales⁶⁹.

4º. Renunciar derechos, así como transigir o someter a arbitraje cuestiones relativas a los intereses de la persona cuya curatela ostenta, salvo que sean de escasa relevancia económica. La renuncia es no solo abdicativa, sino también traslativa⁷⁰.

No se precisará la autorización judicial para el arbitraje de consumo. Al respecto, se modifica el art. 1811 CC en el que reiteran que el tutor y el curador con facultades de representación necesitarán autorización judicial para transigir sobre cuestiones relativas a los intereses de la persona cuya representación ostentan, salvo que se trata de asuntos de escasa relevancia".

69 GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: "Comentario al art. 287 del Código Civil", cit., p. 808.

70 ÁLVAREZ LATA, N.: "Comentario al art. 288 del Código Civil", cit., p. 527.

Por su parte, el art. 63 LJV establece al respecto que, en la solicitud deberá expresarse el motivo del acto o negocio de que se trate, y se razonará la necesidad, utilidad o conveniencia del mismo; se identificará con precisión el bien o derecho a que se refiera; y se expondrá, en su caso, la finalidad a que deba aplicarse la suma que se obtenga. Asimismo, con la petición que se deduzca se presentarán los documentos y antecedentes necesarios para poder formular juicio exacto sobre el negocio de que se trate y, en su caso, las operaciones particionales de la herencia o de la división de la cosa común realizada. Y añade el apartado 2 que, en el caso de autorización solicitada para transigir, se acompañará, además, el documento en que se hubieren formulado las bases de la transacción. Y el art. 65.3 LJV determina que, si la autorización solicitada para transigir, fuera concedida por el Juez, determinará la expedición de testimonio que se entregará al solicitante para el uso que corresponda.

No obstante, no se hace mención ni a la mediación, ni a la conciliación.

5º. Aceptar sin beneficio de inventario cualquier herencia o repudiar esta o las liberalidades. También necesitará autorización judicial el curador con facultades representativas para aceptar pura y simplemente la herencia y los legados y donaciones modales u onerosas, y, no, en cambio, no la necesitará para aceptar herencia a beneficio de inventario, los legados, la donación pura y simple⁷¹.

A tal efecto establece el art. 93.2 b) LJV que necesitarán autorización judicial “los curadores representativos para aceptar a beneficio de inventario cualquier herencia o legado o para repudiar los mismos”. Y el art. 95 LJV respecto a la resolución que dicte al efecto dispone que: “1. El Juez, teniendo en cuenta la justificación ofrecida y valorando su conveniencia a los intereses de los llamados a la herencia, resolverá concediendo o denegando la autorización o aprobación solicitada. 2. En el caso de haberse solicitado autorización o aprobación para aceptar sin beneficio de inventario o repudiar la herencia, si no fuera concedida por el Juez, sólo podrá ser aceptada a beneficio de inventario. 3. La resolución será recurrible en apelación con efectos suspensivos”.

6º. Hacer gastos extraordinarios en los bienes de la persona a la que presta apoyo. La mayoría de la doctrina toma como referencia lo establecido en el art. 500 CC en sede de usufructo. Así en su apartado 2 considera gastos ordinarios “los que exijan los deterioros o desperfectos que procedan del uso natural de las cosas y sean indispensables para su conservación”; por lo que los no comprendidos

71 GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: “Comentario al art. 287 del Código Civil”, en *Comentarios a la Ley 8/2021, por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. C. GUILARTE MARTÍN-CALERO), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra 2021, p. 810, quien, además precisa que “se comprende con la expresión liberalidad todos los actos a título gratuito que impliquen una aportación al activo patrimonial, por tanto, donación, legado y todos aquellos actos que se equiparan a éstos (cesión gratuita de un crédito, condonación, contrato a favor de tercero...)”.

en dicha definición precisarán de autorización judicial –así los gastos útiles y los de lijo y mero recreo⁷². Por su parte, Fernández-Tresguerres aclara que, en los gastos extraordinarios se tendrá en cuenta la proporcionalidad del patrimonio de la persona sujeta a curatela en relación con aquellos gastos que no sean de mera conservación o administración”⁷³.

7º. Interponer demanda en nombre de la persona a la que presta apoyo, salvo en los asuntos urgentes o de escasa cuantía. Con independencia de la jurisdicción y en defensa de los intereses personales y patrimoniales del curatelado. No se exigirá autorización judicial cuando se trate de asuntos de escasa cuantía y riesgo para el patrimonio del curatelado, o urgentes (vencimiento de un plazo); ambos extremos habrán de probarse y justificarse por el curador⁷⁴.

No será precisa la autorización judicial cuando la persona con discapacidad inste la revisión de la resolución judicial en que previamente se le hubiese determinando los apoyos. En este caso, podrá interponer tal expediente de revisión tanto la persona discapacitada como el curador, sin necesitar autorización judicial. Insistamos de nuevo que, siempre se fomentarán que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro; asimismo, que, las medidas adoptadas por la autoridad judicial en un procedimiento de provisión de apoyos serán proporcionadas a las necesidades de la persona que las precise, respetando siempre la máxima autonomía de esta en el ejercicio de su capacidad jurídica y atendiendo en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias. Además, las medidas de apoyo adoptadas judicialmente serán revisadas periódicamente en un plazo máximo de tres años. No obstante, la autoridad judicial podrá, de manera excepcional y motivada, en el procedimiento de provisión o, en su caso, de modificación de apoyos, establecer un plazo de revisión superior que no podrá exceder de seis años. Todo lo anterior, sin perjuicio que, las medidas de apoyo adoptadas judicialmente se pueden revisar, en todo caso, ante cualquier cambio en la situación de la persona que pueda requerir una modificación de dichas medidas (arts. 249 y 268 CC).

8º. Dar y tomar dinero a préstamo y prestar aval o fianza. Se entiende a toda clase de garantías de deudas u obligaciones ajenas –prenda de acciones que coticen en bolsa –propiedad de los padres- para garantizar un crédito ajeno (del hijo); y, al préstamo de dinero y negocios equivalentes al mismo –vgr., pólizas de crédito en cuenta corriente⁷⁵.

72 ÁLVAREZ LATA, N.: “Comentario al art. 287 del Código Civil”, cit., p. 528; GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: “Comentario al art. 287 del Código Civil”, cit., p. 810 quien añade que “además en estos casos habrá de estarse al *quantum* del gasto y ponerlo en relación con el patrimonio de la persona sometida a curatela”.

73 FERNÁNDEZ-TRESGUERRAS, A.: *El ejercicio de la capacidad jurídica*, cit., p. 146.

74 GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: “Comentario al art. 287 del Código Civil”, cit., p. 811.

75 GUILARTE MARTÍN-CALERO C.: “Comentario al art. 287 del Código Civil”, cit., p. 812.

9º. Celebrar contratos de seguro de vida, renta vitalicia⁷⁶ y otros análogos, cuando estos requieran de inversiones o aportaciones de cuantía extraordinaria (art. 287 CC)⁷⁷. De nuevo, se emplea un concepto indeterminado “inversiones o aportaciones de cuantía extraordinaria”; para su concreción habrá que atender a la situación patrimonial de la persona con discapacidad -al valor total de su patrimonio- y, a la cuantía de la inversión sobre el total del mismo. No es lo mismo un patrimonio de escasa cuantía, donde una inversión media en tales instrumentos financieros puede representar una cifra importante (extraordinaria) sobre el total; que, si esta misma operación se realiza sobre un patrimonio de cuantía importante, con la consiguiente calificación de inversión ordinaria⁷⁸. En todo caso, no queda claro si el parámetro para determinar la inversión o aportación extraordinaria sea objetivo o subjetivo, o atender a ambos. Ahora bien, se habla de celebrar contratos, no de rescate, por ejemplo, de un plan de pensiones o contrato de seguro. De todas formas, cabe plantearse si en esa necesaria autorización judicial para la celebración de contrato de seguro, se puede extender a cuando sea nombrada persona beneficiaria del seguro el propio curador. Y, respecto a otros contratos análogos, estarían los seguros de renta, planes de pensiones, contratos de alimentos.

Para fórmulas de financiación como la venta de la nuda propiedad manteniendo el usufructo o la hipoteca inversa se necesitará autorización judicial por la vía del art. 287.2 CC al tratarse de venta y gravamen de un bien inmueble.

En todo caso, con la autorización judicial se pretende, asimismo, evitar abusos, conflictos de intereses e influencias indebidas (art. 270 CC)⁷⁹.

Ahora bien, con el objeto de favorecer a la persona de curatelado, la autoridad judicial, cuando lo considere adecuado para garantizar la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, podrá autorizar al curador

76 LORA-TAMAYO RODRIGUEZ, I.: *Guía rápida sobre la Reforma civil*, cit., p. 98 pone el ejemplo, de “un curador representativo que podrá comprar una vivienda para la persona necesitada de apoyo, invirtiendo metálico de su propiedad, aunque su precio sea importante; pero esa cantidad no podrá ser la contraprestación, sin obtener autorización judicial, de una renta vitalicia”.

77 Será competente para el conocimiento de este expediente el juzgado de primera instancia de residencia de la persona con discapacidad. Podrá promover este expediente quienes ejerzan el apoyo a la persona con discapacidad a los fines de realizar el acto jurídico que se trate, así como la propia persona con discapacidad de conformidad con las medidas de apoyo establecidas (art. 62.1 y 2 LJV).

78 FERNÁNDEZ-TRESGUERRAS, A.: *El ejercicio de la capacidad jurídica*, cit., p. 147 se pregunta que, se entiende por cuantía extraordinaria –un 10%, un 30%-
Por su parte, entiende PALLARÉS NEILA, J.: “El ejercicio de la nueva curatela”, *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021, de 2 de junio*, (dir. M. PEREÑA VICENTE y M^a. del M. HERAS HERNÁNDEZ y coord. M^a. NÚÑEZ NÚÑEZ), Tirant lo Blanch, Valencia 2022, p. 276 que se podrían incluir los contratos que promueven entidades bancarias como los contratos de defunción de prima única o la adquisición de participación de un fondo de inversión, o similares.

79 En todo caso, para LINACERO DE LA FUENTE, M.: *Tratado de Derecho de Familia. Aspectos sustantivos*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 614, la enumeración del art. 287 “sigue teniendo las lagunas propias de una lista cerrada (omisión de actos que puedan implicar un riesgo patrimonial, acaso se podría fijar una cuantía límite de 30.000 euros).

la realización de una pluralidad de actos de la misma naturaleza o referidos a la misma actividad económica, especificando las circunstancias y características fundamentales de dichos actos (vgr. operaciones bursátiles) (art. 288 CC).

Ahora bien, no necesitarán autorización judicial previa, pero si aprobación judicial una vez practicadas:

1. La partición de herencia o la división de cosa común realizada por el curador representativo. Se trata de partición o división de mutuo acuerdo entre comuneros. No así para la división judicial. En cuanto a la practicada por árbitros coincido con Guilarte Martín-Calero que, su ubicación correcta sería el art. 287.4⁸⁰. Por otra parte, la designación testamentaria de un contador partidario no excluye la aprobación judicial preceptiva⁸¹.

2. Si se hubiese nombrado para la partición un defensor judicial deberá obtener también la aprobación judicial, salvo que se hubiera dispuesto otra cosa al hacer el nombramiento (art. 289 CC)⁸².

De todas formas, antes de autorizar o aprobar cualquiera de los actos que, o bien necesitan autorización judicial previa, o aprobación judicial posterior, la autoridad judicial oirá al Ministerio Fiscal y a la persona con medidas de apoyo y recabará los informes que, le sean solicitados o estime pertinentes (art. 290 CC). Asimismo, la autoridad judicial determinará los actos para los que la persona requiere asistencia del curador en el ejercicio de su capacidad jurídica atendiendo a sus particulares necesidades de apoyo y a los actos concretos en los que el curador habrá de asumir la representación de la persona con discapacidad, si bien, en este último caso, mediante resolución motivada –traje o trajes a medida- (art. 269.2 y 3 CC). Puede ir desde actos cotidianos hasta actos de especial trascendencia personal y patrimonial –actos de administración y disposición-. Si bien, se procurará que, la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica participa en la toma de decisiones y, sea adecuadamente informada, ayudándola en la comprensión de los que representa la actuación concreta a realizar. Esto no impide que, en la labor asistencial del curador se pueda plantear un conflicto de intereses entre la actuación de éste y la voluntad de la persona con discapacidad por entender aquél que, proceder conforme a dicha voluntad, le puede resultar

80 GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: "Comentario al art. 287 del Código Civil", cit., p. 814

81 FERNÁNDEZ-TRESGUERRAS, A.: *El ejercicio de la capacidad jurídica*, cit., p. 149.

82 El art. 1060 apartado 2 CC dispone al respecto que: "Tampoco será necesaria autorización ni intervención judicial en la partición realizada por el curador con facultades de representación. La partición una vez practicada requerirá aprobación judicial. La partición realizada por el defensor judicial designado para actuar en la partición en nombre (...) de una persona a cuyo favor se hayan establecido medidas de apoyo, necesitará la aprobación judicial, salvo que se hubiera dispuesto otra cosa al hacer el nombramiento".

perjudicial al curatelado; por lo que resultará procedente nombrar un defensor judicial (art. 295.2 CC).

En este ámbito, resulta curioso que, el guardador de hecho pueda solicitar una prestación económica a favor de una persona con discapacidad –una pensión retributiva o no- sin necesidad de autorización judicial, siempre, además que, ésta no suponga un cambio significativo en la forma de vida de la persona. Asimismo, indica que, no será necesaria la autorización judicial para realizar actos jurídicos sobre bienes de la persona guardada, si tiene escasa relevancia económica o carecen de especial significado personal o familiar (art. 264.3 CC). Se puede plantear su aplicación con relación a la actuación del curador.

Por otra parte, de darse el caso que, la persona que desempeñe la curatela esté impedido de modo transitorio para actuar en un caso concreto, o cuando exista un conflicto de intereses ocasional entre él y la persona a quien preste apoyo, el Letrado de la Administración de Justicia nombrará un defensor judicial que lo sustituya⁸³. Para este nombramiento se oirá a la persona que precise el apoyo y se respetará su voluntad, deseos y preferencias. De ser varios los curadores con funciones homogéneas, estas serán asumidas por quien de entre ellos no esté afectado por el impedimento o el conflicto de intereses. Por tanto, no será necesaria el nombramiento de defensor judicial, cuando sean varios los nombrados para el ámbito personal o para el ámbito patrimonial y puedan ejercer funciones personales en los ámbitos indicados.

En todo caso, si la situación de impedimento o conflicto fuera prolongada o reiterada, la autoridad judicial podrá reorganizar el funcionamiento de la curatela, e incluso proceder al nombramiento de un nuevo curador (art. 283 CC).

Ahora bien, puede suceder que, el curador esté en desacuerdo con la decisión de la personas con discapacidad, aunque no se prevé en la norma que, hacer ante esta situación; de plantearse un conflicto de intereses, se nombrará un defensor judicial por imposibilidad transitoria para ejercer las funciones (art. 283 CC); o bien se solicitará autorización judicial *ad hoc* para actuar en el marco de las salvaguardas que la autoridad judicial puede dictar a fin de asegurar que el ejercicio de las medidas de apoyo se ajuste a los criterios resultantes de este precepto y, en particular, atienda a la voluntad, deseos y preferencias de la persona que las requiera (art. 249 *in fine* CC)⁸⁴.

83 Vid., el AAP Sevilla, sección 2ª, 28 octubre 2021 (Roj. AAP SE 775/2021; ECLI:ES:APSE:2021:775A) mientras el curatelado quería la venta del piso en la playa, el curador prefiere conservar el piso, ya que no existe necesidad de venderlo y tampoco le gusta el precio ofertado. Por lo que, ante la negativa del curador de intervenir en la venta o de permitirla, se nombra un defensor judicial.

84 Vid., ÁLVAREZ LATA, N.: “Comentario al art. 282 del Código Civil”, cit., p. 521; DE SALAS MURILLO S., ¿Existe un derecho a no recibir apoyos en el ejercicio de la capacidad?, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2020, núm. 780, p. 2230. En esta línea, LENGUENEN MOLINA, A.: “La relevancia de la voluntad de la persona”, cit., p.

En fin, en el caso que no se solicite autorización judicial por el curador representativo para los actos enumerados en el citado art. 287 CC. Si se le dota de carácter imperativo a dicha exigencia de autorización judicial sería la nulidad⁸⁵; no obstante, en aplicación de la sentencia del Tribunal Supremo, del Pleno de la Sala de lo Civil, de 10 de enero de 2018 se podría optar por la anulabilidad⁸⁶; o, en fin, no han faltado resoluciones que se han inclinado por la vía del art. 1259 del mencionado Código Civil que, permite al *dominus negotii* o dueño del negocio suplir la falta de autorización judicial con la ratificación del acto, si no hay conflicto de intereses. No se ha manifestado el legislador de forma expresa, por lo que, quizá se ha de optar por la anulabilidad; si partimos de la naturaleza no imperativa del art. 287 CC –máxime si en el apoderamiento preventivo se puede excluir por el poderdante la aplicación de las reglas de la curatela; pues, de otra forma, haría de mejor condición al apoderado que al curador en su actuación; e incluso, como hemos apuntado en líneas precedentes en la escritura de autocuratela-⁸⁷. De todas formas, nos merece un juicio la propuesta *de lege ferenda* realizada por Gómez Linacero al penalizar la infracción del art. 287 CC “con una causa de ineficacia sui generis especial, sujeta a un plazo de caducidad de 4 años que, pudieran ejercitar también los familiares y el Ministerio Fiscal y que fuera susceptible de ratificación en documento notarial o, en otro caso, por medio de un defensor judicial ajeno al curador nombrado por el propio notario o por el propio curador cuando el notario autorizante no aprecie conflicto de intereses. Y, además, excluyendo cualquier opción del contratante de revocar el negocio salvo por la propia acción de nulidad que también le asistiría como parte legítima”⁸⁸.

Por otra parte, en cuanto al régimen de ineficacia de los contratos celebrados sin la medida de apoyo establecida por las personas con discapacidad, cuando éstas existen y son eficaces, el art. 1302 CC permite su impugnación y ser anulables pero resulta necesario que, el otro contratante fuera conocedor de la existencia de medidas de apoyo en el momento de la contratación o se hubiera aprovechado de otro modo de la situación de discapacidad obteniendo de ello una ventaja injusta y se trata de contratos celebrados por personas con discapacidad provistas de medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad de contratar prescindiendo de dichas medidas cuando fueran precisas.

203 reconoce legitimación para poder negarse a completar una decisión que puede perjudicar a la persona del curador y lo procedente es que el juez actúe escuchando a ambas partes.

85 La STS, Sala de lo Civil, 8 julio 2010 (Roj. STS 4705/2010; ECLI:ES:TS:2010:4705) opta por considerar nulos los actos realizados por el tutor sin autorización judicial exigida en el art. 271 CC; al igual que, sucedía con los padres respecto al art. 166 del citado cuerpo legal y su naturaleza imperativa.

86 LA LEY 396,2018. En esta línea, ALVAREZ LATA, N.: “Comentario al art. 287 del Código Civil”, cit., p. 529; FERNÁNDEZ-TRESGUERRAS A.: *El ejercicio de la capacidad jurídica*, cit., p. 140.

87 Vid., las SSTs, Sala de lo Civil, 22 abril y 8 julio 2010 (LA LEY 49066,2010; LA LEY 157550,2010); y 28 octubre 2014 (LA LEY 161498,2014).

88 GÓMEZ LINACERO, A.: “Régimen de ineficacia contractual en materia de discapacidad: actos realizados por el curador sin autorización judicial (287 CC) y contratos celebrados sin medidas de apoyo (1302.3 CC)”, *Diario La Ley*, 9 de mayo de 2022, núm. 10064, sección Tribuna, p. 11.

Se dispone como legitimados para solicitar la anulación del contrato; la persona con discapacidad con el apoyo que precisen. También podrán ser anulados por sus herederos durante el tiempo que faltara para completar el plazo, si la persona con discapacidad hubiere fallecido antes del transcurso del tiempo en que pudo ejercitar la acción. Y, en fin, por la persona a la que hubiera correspondido prestar el apoyo. Por tanto, para ejercitar dicha acción de anulación resulta necesario no sólo que se haya realizado el contrato sin las medidas de apoyo, sino que también resultan necesarias para formar un consentimiento válido. De todas formas, como precisa Tena Arregui “se trata de conceder una legitimación especial derivada de la mala fe y del abuso, que es lo único que debería probar el titular de la medida de apoyo. Si prueba que el otro contratante ha actuado de mala fe, aprovechándose de la situación de discapacidad y ha obtenido por ello una ventaja injusta que rompe el principio de justicia conmutativa, se está probando simultáneamente un vicio del consentimiento cercano al dolo”⁸⁹.

Si bien, esto no impide que, si la otra parte contratante ha operado de buena fe, y prueba que en ese momento y para ese concreto acto, a pesar de prescindir de las medidas de apoyo, la persona con discapacidad ha prestado un consentimiento informado y, existe, un juicio positivo de capacidad del notario, el contrato se considere válido.

En fin, relacionado con el ámbito de actuación del curador y aplicable, en general, a quien desempeñe alguna medida de apoyo, están las *prohibiciones* contenidas en el art. 251 CC; en concreto, se prohíbe al curador: 1. Recibir liberalidades de la persona que precisa el apoyo o de sus causahabientes, mientras que no se haya aprobado definitivamente su gestión, salvo que se trate de regalos de costumbre o bienes de escaso valor. Serrano Chamorro señala al respecto que recibir liberalidades “no debería ser un acto prohibido sin más, por lo que habría que distinguir de qué liberalidades estamos hablando y cuánto supone en el patrimonio del tutelado” y añade que “no tiene dudas en permitir la donación remuneratoria, cuando se trate de gratitud por los cuidados físicos, atenciones, cariños, muestras de apoyo, auxilios recibidos”⁹⁰. Por su parte, Álvarez Lata indica el término liberalidades hace referencia “a todos los actos *inter vivos* que tengan carácter lucrativo (y no sólo que sean actos gratuitos)”⁹¹; 2. Prestar medidas de apoyo cuando en el mismo acto intervenga en nombre propio o de un tercero y existiera conflicto de intereses. Se opera sobre una doble representación en nombre propio y en nombre de un tercero y además que haya un conflicto de

89 TENA ARREGUI, R.: “El régimen de ineficacia de los contratos celebrados sin apoyo por las personas con discapacidad”, *El Notario del Siglo XXI*, enero-febrero 2022, núm. 101, p. 46.

90 SERRANO CHAMORRO, M^a. E.: “Actos sujetos a autorizaciones y prohibiciones por las personas que ejercen cargos tutelares o medidas de apoyo”, *Revista de Derecho de Familia*, enero-marzo 2022, núm. 94, p. 49.

91 ÁLVAREZ LATA, N.: “Comentario al art. 251 del Código Civil”, en *Comentarios al Código Civil* (coord. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), 5^a ed., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, p. 475.

intereses; y, 3. Adquirir por título oneroso bienes de la persona que precisa el apoyo o transmitirle por su parte bienes por igual título⁹².

De todas, formas, estas prohibiciones no resultan de aplicación cuando en las medidas de apoyo voluntarias el otorgante las haya excluido expresamente en el documento de constitución de las medidas de apoyo voluntarias –podría plantearse su exclusión en la escritura de autotutela, partiendo del sustrato voluntario sobre el que opera- (art. 251.2 CC).

VI. EXCUSA, IMPOSIBILIDAD TRANSITORIA O SOBREVENIDA Y REMOCIÓN DEL CARGO DE CURADOR.

En cuanto a *la remoción del cargo*, serán removidos de la tutela los que: 1. Después del nombramiento, incurran en una causa legal de inhabilidad; 2. Se conduzcan mal en su desempeño por incumplimiento de los deberes propios del cargo, por notoria ineptitud de su ejercicio; o 3. Cuando, en su caso surgieran problemas de convivencia graves y continuados con la persona a la que prestan apoyo (art. 278 CC). Resulta necesario que concurren un incumplimiento de los deberes continuado o una notoria ineptitud para asumir el cargo; no siendo causa, por tanto, de remoción un incumplimiento impuntual; y además que los problemas de convivencia sean continuados y de cierta gravedad. Como apunta acertadamente Ruiz-Rico Ruiz-Morón “lo relevante es que se constate un comportamiento inadecuado para quien ha de prestar apoyo a una persona con discapacidad, medie o no culpa del curador”⁹³.

No obstante, la autoridad judicial, de oficio o a solicitud de la persona a cuyo favor se estableció el apoyo o del Ministerio Fiscal, cuando conociere por sí o a través de cualquier interesado circunstancias, que comprometan el desempeño correcto de la tutela, podrá decretar la remoción del curador mediante expediente de jurisdicción voluntaria (art. 278.2 CC). Por su parte, el art. 49.I LJV otorga legitimación también a “otra persona interesada”, por lo que habrá que entender que también se le otorga legitimación, aunque se omita en el Código Civil. De todas formas, como podrá oponerse a la remoción el curador, se podrá fin al expediente de jurisdicción voluntaria y se pasará a un proceso contencioso.

Como medida de salvaguarda, durante la tramitación del expediente de remoción la autoridad judicial podrá suspender al curador en sus funciones y, de considerarlo necesario, acordarse el nombramiento de un defensor judicial.

92 Para SERRANO CHAMORRO, M^a. E.: “Actos sujetos a autorizaciones”, cit., p. 51, cuando se habla de adquisiciones a título oneroso estamos ante “una permuta, dación en pago, sociedad, transacción, etc., no sólo la prohibición clásica en materia de compraventa del art. 1459 del CC”.

93 RUIZ-RICO RUIZ MORÓN, J.: “Medidas de apoyo a personas con discapacidad”, cit., p. 357.

Una vez, declarada judicialmente la remoción, se procederá al nombramiento de nuevo curador en la forma establecida en este Código, salvo que fuera pertinente otra medida de apoyo.

Ahora bien, son incapaces para suceder por causa de indignidad el removido del ejercicio de la curatela de una persona con discapacidad por causa que le sea imputable, respecto de la herencia del mismo (art. 756 ordinal 2º párrafo tercero CC).

Por otra parte, en caso de *persona física se puede excusar* antes de comenzar su actuación, cuando el desempeño del cargo resulte excesivamente gravoso o entrañe grave dificultad para la persona nombrada para el ejercicio del cargo; o también siendo la causa sobrevenida, esto es, una vez se está ejerciendo la curatela, si hay motivos de excusa –no es apta para el cargo o les es excesivamente gravoso (edad avanzada)- (art. 279 CC).

En cuanto a las personas jurídicas privadas podrán excusarse cuando carezcan de medios suficientes para el adecuado desempeño de la curatela o las condiciones de ejercicio de la curatela no sean acordes con sus fines estatutarios –que deben ser de promoción de autonomía y asistencia a las personas con discapacidad-. Lo que como señala De Salas Murillo puede ocurrir “cuando a una fundación especializada en apoyar a personas con síndrome de Down, les asignan una curatela respecto de una persona con graves adicciones a droga o alcohol”⁹⁴.

De todas formas, el interesado que alegue causa de excusa, deberá hacerlo dentro del plazo de quince días a contar desde que tuviera conocimiento del nombramiento. Si la causa fuera sobrevenida, podrá hacerlo en cualquier momento.

En tanto la autoridad judicial resuelve acerca de la excusa, el nombrado estará obligado a ejercer su función.

De no cumplir con su función y siendo necesaria una actuación de apoyo, se procederá al nombramiento de un defensor judicial que, sustituya al curador, quedando el sustituido responsable de los gastos ocasionados por la excusa, si esta fuera rechazada.

No obstante, si el curador ha sido nombrado en testamento, se excuse de la curatela por cualquier causa, perderá lo que en consideración al nombramiento le hubiere dejado el testador (art. 280 CC).

Admitida la excusa, se procederá al nombramiento de nuevo curador.

94 DE SALAS MURILLO, S.: “Comentario al art. 279 del Código Civil”, cit., p. 516.

De todas formas, no podrá concurrir causa de excusa, cuando quien desempeña los apoyos es una entidad pública.

Ahora bien, la admisión de excusa o la decisión de remoción de personas físicas o jurídicas designadas no pueden generar desprotección e indefensión de la persona que precisa apoyos; de ahí que, la autoridad judicial puede contar con la colaboración de organismos o entidades públicas competentes o del Ministerio Fiscal que, pueden asumir provisionalmente dichos apoyos (art. 281 CC).

En fin, en cuanto a la imposibilidad sobrevenida para el ejercicio del cargo y conflicto de intereses, puede resultar que quien desempeña el cargo de curador resulte impedido de modo transitorio para actuar o se plantee un conflicto de intereses ocasional con la persona del curatelado. Si ello sucede el Letrado de la Administración de Justicia nombrará un defensor judicial que lo sustituya. Para este nombramiento se oirá a la persona que precise el apoyo y se respetará su voluntad, deseos y preferencias. Ahora bien si se diera el caso que, fueran varios los curadores con funciones homogéneas, estas serán asumidas por quien de entre ellos no esté afectado por el impedimento o el conflicto de intereses –en el supuesto de curatela plural-.

No obstante, de ocurrir que, la situación de impedimento o conflicto fuera prolongada o reiterada, la autoridad judicial de oficio, a instancia del Ministerio Fiscal, de cualquier persona legitimada para instar el procedimiento de provisión de apoyos o de cualquier persona que esté desempeñando la curatela y previa audiencia a la persona con discapacidad y al Ministerio Fiscal, podrá reorganizar el funcionamiento de la curatela; e incluso, proceder al nombramiento de un nuevo curador (art. 283 CC).

VII. RETRIBUCIÓN DEL CURADOR, REEMBOLSO E INDEMNIZACIÓN.

Conforme el art. 281 CC el curador tiene derecho a una retribución, siempre que el patrimonio de la persona con discapacidad lo permita, así como al reembolso de los gastos justificados y a la indemnización de los daños sufridos sin culpa por su parte en el ejercicio de su función, cantidades que serán satisfechas con cargo a dicho patrimonio.

En todo caso, corresponde a la autoridad judicial fijar su importe y el modo de percibirlo, para lo cual tendrá en cuenta el trabajo a realizar y el valor y la rentabilidad de los bienes (art. 48 LJV).

Aunque parece que, sea de justicia reembolsar al curador persona física en los gastos hechos en el ejercicio de su función y en los daños sufridos por su parte;

para una parte de la doctrina, nada impide que, sea el curador persona jurídica sin ánimo de lucro reciba una retribución por su labor como curador; lo que además se justifica pues, en ocasiones, la administración del patrimonio del curatelado exige una dedicación profesionalizada⁹⁵.

Ahora bien, a diferencia de la tutela, no se establece la posibilidad de permuta de alimentos por frutos.

VIII. EXTINCIÓN DE LA CURATELA.

La curatela se extingue de pleno derecho por la muerte o declaración de fallecimiento de la persona con medidas de apoyo. No se dice nada sobre la declaración de ausencia, para la doctrina también extinguiría la tutela, procediéndose a nombre un representante del ausente⁹⁶.

Asimismo, se extingue por resolución judicial, cuando ya no sea precisa esta medida de apoyo –principio de proporcionalidad y de necesidad–.

El curador, además de la obligación de rendición periódica de cuentas que en su caso le haya impuesto la autoridad judicial, también al cesar en sus funciones, deberá rendir ante aquella la cuenta general de su administración en el plazo de tres meses, prorrogables por el tiempo que fiera necesario, si concurre justa causa (art. 292 CC)⁹⁷.

La acción para exigir la rendición de esta cuenta prescribe a los cinco años, contados desde la terminación del plazo establecido para efectuarla.

Si bien, antes de resolver sobre la aprobación de la cuenta, la autoridad judicial oírá también en su caso al nuevo curador, si, por ejemplo, ha sido removido del cargo, a la persona a la que se prestó apoyo, si puede, o a sus herederos.

La aprobación judicial de las cuentas no impedirá el ejercicio de las acciones que recíprocamente puedan asistir al curador y a la persona con discapacidad que recibe el apoyo o a sus causahabientes por razón de la curatela.

95 DE SALAS MURILLO, S.: “Comentario al art. 281 del Código Civil”, cit., p. 518.

96 GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: “Comentario al art. 291 del Código Civil”, cit., p. 817; LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ I., *Guía rápida sobre la Reforma civil*, cit., p. 101.

97 El AAP Sevilla, sección 2ª, 19 noviembre 2021 (Roj. AAP SE 974/2021; ECLI:ES:APSE:2021:974A) indica a propósito de la rendición final de cuentas que “en primer lugar, desde un punto de vista subjetivo, la diligencia que debe exigirse al curador es la propia de un padre de familia, no la de un comerciante, y ello se traduce en que no entran en juego las normas o reglas en materia de documentación aplicables a estos segundos. Desde un punto de vista objetivo, la documentación aportada debe ser suficiente para conocer los actos de la gestión realizada, las razones que explican el motivo de su adopción, las consecuencias económicas de las mismas y el estado del patrimonio de la persona fallecida en el momento de su muerte. No es sino otra forma de decir lo mismo que es una cuenta justificada, pero ello no puede asimilarse a cuenta documentada en todos los asuntos o eventos.

En todo caso, los gastos necesarios de la rendición de cuentas serán a cargo del patrimonio de la persona a la que se prestó apoyo (art. 293 CC).

Ahora bien, el saldo de la cuenta general devengará el interés legal, a favor o en contra del curador. Si el saldo es a favor del curador, el interés legal se devengará desde el requerimiento para el pago, previa restitución de los bienes a su titular. Si es en contra del curador, devengará el interés legal una vez transcurridos los tres meses siguientes a la aprobación de la cuenta.

Aunque no se concreta en los arts 292 y 293 CC si se trata de una obligación asumida tanto por el curador asistencial como el curador representativo; existe una tendencia en la doctrina por inclinarse en que solo se exija al curador representativo, no sólo porque la rendición de cuentas recae sobre la administración efectuada, sino también porque el curador con facultades representativas tiene obligación de hacer inventario⁹⁸.

IX. REVISIÓN Y PUBLICIDAD.

Las medidas de apoyo adoptadas serán revisadas periódicamente en un plazo máximo de tres años y, en todo caso, ante cualquier cambio en la situación de la persona que pueda requerir una modificación de dichas medidas (artículo 268.2 y 3 CC).

La autoridad judicial podrá exigir en cualquier momento al curador que, en el ámbito de sus funciones, informe sobre la situación personal o patrimonial de la persona con discapacidad (art. 270.1 CC). Ahora bien, sin perjuicio de las revisiones periódicas de estas resoluciones, el Ministerio Fiscal podrá recabar en cualquier momento la información que considere necesaria a fin de garantizar el buen funcionamiento de la curatela (art. 270.2 CC).

Por tanto, legitimados para solicitar la revisión serán: cualquiera de las personas legitimadas para iniciar el expediente, así como quien ejerza el apoyo, podrá solicitar la revisión de las medidas antes de que transcurra el plazo previsto en el auto. Esto es, el Ministerio Fiscal, la propia persona con discapacidad, su cónyuge no separado de hecho o legalmente o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable y sus descendientes, ascendientes o hermanos. No obstante, cualquier persona está facultada para poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos que puedan ser determinantes de una situación que requiera la adopción judicial de medidas de apoyo. Las autoridades y funcionarios públicos que, por razón de sus cargos, conocieran la existencia de dichos hechos respecto de cualquier persona, deberán ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal.

Al respecto, procede señalar que, el Juzgado que dictó las medidas será también el competente para conocer de la citada revisión, siempre que la persona con discapacidad permanezca residiendo en la misma circunscripción. En caso contrario, el Juzgado de la nueva residencia habrá de pedir un testimonio completo del expediente al Juzgado que anteriormente conoció del mismo, que lo remitirá en los diez días siguientes a la solicitud.

En la revisión de las medidas, la autoridad judicial recabará un dictamen pericial cuando así lo considere necesario atendiendo a las circunstancias del caso, se entrevistará con la persona con discapacidad y ordenará aquellas otras actuaciones que considere necesarias. A estos efectos, la autoridad judicial podrá recabar informe de las entidades a las que se refiere el apartado 2 del art. 42 bis b). Del resultado de dichas actuaciones se dará traslado a la persona con discapacidad, a quien ejerza las funciones de apoyo, al Ministerio Fiscal y a los interesados personados en el expediente previo, a fin de que puedan alegar lo que consideren pertinente en el plazo de diez días, así como aportar la prueba que estimen oportuna. Si alguno de los mencionados formulara oposición, se pondrá fin al expediente y se podrá instar la revisión de las medidas conforme a lo previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Una vez, recibidas las alegaciones y practicada la prueba, la autoridad judicial dictará nuevo auto con el contenido que proceda atendiendo a las circunstancias concurrentes (arts. 42 bis a) y 42 bis c) LJV).

Si el proceso es contencioso, el art. 761 LEC señala que, las medidas contenidas en la sentencia dictada serán revisadas de conformidad con lo previsto en la legislación civil, debiendo seguirse los trámites previstos a tal efecto en la Ley de Jurisdicción Voluntaria. Pueden promoverlo cualquiera de las personas mencionadas en el apartado 1 del art. 757 -la propia persona interesada, su cónyuge no separado de hecho o legalmente o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, su descendiente, ascendiente o hermano-, así como quien ejerza el apoyo de la persona con discapacidad.

Ahora bien, respecto a *la revisión de las medidas ya acordadas* (sentencias de modificación de la capacidad ya dictadas) la propia disposición transitoria cuarta nos dice que "las personas con capacidad modificada judicialmente, los progenitores que ostenten la patria potestad prorrogada o rehabilitada, los tutores, los curadores, los defensores judiciales y los apoderados preventivos podrán solicitar en cualquier momento de la autoridad judicial la revisión de las medidas que se hubiesen establecido con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley para adaptarla a esta. Y añade al respecto que "en todo caso, con la primera presentación del informe y rendición de cuentas anual posterior a la entrada en vigor de esta ley, los tutores o curadores solicitaran que se proceda a la revisión

judicial de la situación actual de las personas a su cargo para adaptarla a la presente Ley. Dicha revisión deberá efectuarse por el Juez en el plazo máximo de dos años desde que tuvo lugar la solicitud. En el caso de patria potestad prorrogada o rehabilitada la revisión se efectuará en el plazo máximo de dos años desde la entrada en vigor de la presente Ley”⁹⁹.

Por su parte, en cuanto a la *publicidad de las medidas de apoyo*, el Letrado de la Administración de Justicia acordará que las sentencias y demás resoluciones dictadas en estos procedimientos se comunicará de oficio a los Registros Civiles para la práctica de asientos que corresponda, así como al Registro de la Propiedad, cuando afecten a las facultades de administración y disposición de bienes inmuebles, y a los Registros de lo Mercantil o de Bienes Muebles cuando resulte procedente. A petición de parte, se comunicaran también a cualquier otro Registro público a los efectos que en cada caso correspondan (art. 755 LEC). Asimismo, el art. 300 CC indica que, las resoluciones judiciales sobre cargos tutelares habrán de inscribirse en el Registro Civil.

El art. 4 ordinal II LRC señala al respecto que, serán inscribibles en el Registro Civil: “las resoluciones judiciales dictadas en procedimiento de provisión de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad”. La resolución judicial dictada en un proceso de provisión de apoyos, así como la que la deje sin efecto o la modifique, señala el art. 72 apartado I LRC se inscribirá en el registro individual de la persona con discapacidad. La inscripción expresará la extensión y los límites de las medidas judiciales de apoyo. Asimismo, se inscribirá cualquier otra resolución judicial sobre medidas de apoyo a personas con discapacidad (modificación de las medidas de apoyo). Estas resoluciones solo será oponibles frente a terceros cuando se hayan practicado las oportunas inscripciones” (art. 73 LRC). De todas formas, por tratarse de datos de publicidad restringida, el art. 84 del primer párrafo de la LRC que, solo podrán acceder a autorizar a terceras personas la publicidad de loa asientos que contengan datos especialmente protegidos, el inscrito o el curador en caso de persona con discapacidad (art. 84 primer párrafo LRC).

En cuanto al Registro de la Propiedad, el art. 2.4 LH señala que en los registros expresados en el art. 1 se inscribirán: “4. Las resoluciones judiciales que establezcan medias de apoyo a las personas con discapacidad, las resoluciones dictada en los expedientes de declaración de ausencia y fallecimiento, las resoluciones judiciales de prodigalidad y de concurso establecidas en la legislación concursal, así como las demás resoluciones y medidas previstas en las leyes que afectan a la libre administración y disposición de los bienes de una persona. Las inscripciones se practicarán a nombre de la persona con discapacidad que recibe medidas de

⁹⁹ En el AAP Valencia, sección 10ª, 25 octubre 2021 (Roj. AAP V 2615/2021; ECLI:ES:APV:2021:2615A) la tutela se sustituye por curatela; y, en la SAP A Coruña, sección 5ª, 26 octubre 2021 (Roj. SAP C 2364/2021; ECLI:ES:APC:2021:2364) revisión de la sentencia dejando sin efecto la tutela anterior.

apoyo y en el libro único informatizado de situaciones de la persona a que se refiere el último inciso del apartado 5 del art. 222 bis”.

Sobre la base de lo previsto en el citado art. 755.2 LEC, el art. 242 bis LH señala que, serán objeto de asiento en el Libro sobre administración y disposición de bienes inmuebles las resoluciones judiciales sobre personas con discapacidad.

En fin, procede señalar que, el art. 222 apartado 3, segundo párrafo LEC dispone que “en las sentencias sobre provisión de medidas judiciales de apoyo la cosa juzgada tendrá efecto frente a todos a partir de su inscripción o anotación en el Registro”.

X. RESPONSABILIDAD CIVIL Y PENAL DEL CURADOR Y CURATELADO.

El curador responderá de los daños que hubiese causado por su culpa o negligencia a la persona a la que preste apoyo (art. 294 CC). La acción para reclamar esta responsabilidad prescribe a los tres años contados desde la rendición final de cuentas. Se trata de una responsabilidad subjetiva por culpa o negligencia en su actuación, de carácter específico para esta medida de apoyo, frente a la general contenida en el art. 1902 CC, que, como bien sabemos, tiene un plazo de ejercicio de un año.

Por su parte, el art. 282 del citado cuerpo legal establece que, debe desempeñar las funciones encomendadas con la diligencia debida –obligación legal de diligencia del curador (diligencia de un buen padre de familia)-. Esta exigencia de actuación diligente, además de representar una pauta de su conducta en el ejercicio de la curatela, supone una medida ante el incumplimiento y la responsabilidad del curador.

Asimismo, el nuevo párrafo cuanto del art. 1903 CC dispone que, los curadores a quienes se haya atribuido facultades de representación plena de la persona a quien presta apoyo y convivan con esta, responde por los daños causados por ésta. En todo caso, como dispone el art. 299 del citado Código Civil la persona con discapacidad responderá por hecho propio, esto es, por los daños causados a otro, sin perjuicio de la responsabilidad por hecho ajeno del curador de acuerdo con los arts. 1902 y 1903 del mencionado cuerpo legal. Si bien, la responsabilidad por hecho ajeno del curador alcanza únicamente a los curadores con facultades representativas y siempre que convivan con el curatelado. Con esta modificación del art. 1903 CC parece reducir el número de responsables. En nuestra opinión, el legislador se ha limitado en sustituir el término tutor por curador; pues, recordemos la anterior redacción del art. 1903 apartado 3 CC señalaba que los tutores respondían de los perjuicios causados por los incapacitados que

estuviesen bajo su autoridad y habitasen en su compañía. En principio, se trata de responsabilidad subjetiva por culpa. Y se mantiene la exención de responsabilidad si prueban que actuaron con la diligencia de un buen padre de familia. Se parte de la presunción de culpa, presunción *iusis tantum* y se trata de una culpa *in vigilando*. Si bien, conviene señalar que, la tendencia actual de la jurisprudencia del Tribunal Supremo está cuasiobjetivizando la responsabilidad de los padres y los tutores –ahora curadores-, pues no suele no admitir la alegación de un comportamiento diligente de los padres o tutores. Con lo que en la realidad práctica, siempre responden. En todo caso, la responsabilidad del guardador de hecho, defensor judicial o, en su caso, del apoderado parece residenciarla nuestro legislador en otros posibles responsables (art. 299 CC).

Por su parte, precisa Parra Lucán que, al igual que, en el ámbito penal la responsabilidad del curador es subsidiaria de la responsabilidad por hecho propio del curatelado (art. 1902 CC)¹⁰⁰.

En el ámbito de la responsabilidad penal y, por ende, de la responsabilidad civil derivada del delito, se modifica el art. 118 regla 1ª del primer párrafo CP. Se precisa que, en los casos de los números 1º y 3º del art. 20 del mencionado cuerpo legal son también responsables por los hechos que ejerciten los declarados exentos de responsabilidad penal, quienes ejerzan su apoyo legal o de hecho, siempre que hubiera mediado culpa o negligencia por su parte, y sin perjuicio de la responsabilidad civil directa, que pudiera corresponderles a los inimputables. Se parte de la responsabilidad civil derivada del delito que, en este caso, si corresponde tanto al curador, como al guardador de hecho, defensor judicial u a otra persona que presta apoyo (apoderado) al inimputable penalmente. Mantiene como la actual redacción su responsabilidad cuando medie culpa o negligencia por parte de quienes tengan bajo su potestad, guarda legal o de hecho. Por tanto, pese a la inimputabilidad penal del sometido a curatela, en este art. 118 se establece a quien corresponde la responsabilidad civil en caso de que jueguen las siguientes eximentes de responsabilidad penal: 1. El que al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión. El trastorno mental transitorio no eximirá de pena cuando hubiese sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer el delito o hubiera previsto o debido prever su comisión; 3. El que, por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad.

Por otra parte, el art. 120 CP establece: “Son también responsables civilmente, en defecto de los que lo sean criminalmente: 1. Los curadores con facultades de

100 PARRA LUCAN, M^a. Á.: “Las personas con discapacidad psíquica”, *Curso de Derecho Civil*, t. I, vol. II, *Derecho de la persona* (coord. P. DE PABLO CONTRERAS), 7ª ed., Edisofer, Madrid 2021, p. 156

representación plena que convivan con la persona a quien prestan apoyo, siempre que haya por su parte culpa o negligencia". Por lo que, dispone una responsabilidad civil subsidiaria de los curadores con facultades de representación plena que convivan con la persona a quien prestan apoyo ("en defecto"), siempre que haya por su parte culpa o negligencia –responsabilidad por hecho propio-.

También se modifica, con la Ley 8/2021 la disposición adicional primera CP "cuando una persona sea declarada exenta de responsabilidad criminal por concurrir alguna de las causas previstas en los números 1 y 3 del art. 20, el Ministerio Fiscal evaluará, atendiendo a las circunstancias del caso, la procedencia de promover un proceso para la adopción judicial de medidas de apoyo a la persona con discapacidad o en el supuesto que, tales medidas hubieran sido ya anteriormente acordadas, para su revisión". De forma que, en el desarrollo del proceso penal se pueda constatar la necesidad de que el autor de los hechos –aun exento de responsabilidad criminal- puede requerir la adopción de medidas de apoyo que carecía hasta ahora. En consecuencia, corresponde al Ministerio Fiscal analizar la situación de la persona con discapacidad y en su caso, promover un procedimiento de provisión de apoyos.

En todo caso, sobre tales bases el art. 109.1 CP señala que, la ejecución de un delito o falta obliga a reparar los daños y perjuicios derivados de uno y otra. La responsabilidad indicada comprende la restitución del bien, la reparación del daño y la indemnización de los perjuicios materiales y morales (art. 110 CP). A tal efecto, deberá restituirse, siempre que sea posible, el mismo bien, con abono de los deterioros o menoscabos sufridos por éste. La restitución tendrá lugar aunque el bien se halle en poder de tercero y éste lo haya adquirido legalmente y de buena fe, dejando a salvo su derecho de repetición contra quien corresponda y, en su caso, el de ser indemnizado por el responsable civil del delito (art. 111.1 CP). La reparación del daño podrá consistir en obligaciones de dar, hacer o no hacer, que el Juez o Tribunal establecerá atendiendo a la naturaleza de aquél y a las condiciones personales y patrimoniales del culpable, determinando si han de ser cumplidas por él mismo o pueden ser ejecutadas a su costa (art. 112 CP). La indemnización comprende los perjuicios materiales y morales, causados al agraviado, a los familiares de éste o a determinados terceros (art. 113 CP). Si la víctima hubiese contribuido con su conducta, a la producción del daño o perjuicio sufrido, los Jueces o Tribunales podrán moderar el importe de su reparación o indemnización (art. 114 CP). Por su parte, el art. 116.1 CP establece que, toda persona criminalmente responsable por un delito o falta lo es también civilmente, si del hecho derivan daños y perjuicios. Si son dos o más los responsables, los Jueces o tribunales señalarán la cuota de la que deberá responder cada uno. A lo que añade el apartado segundo del citado precepto, que los autores y los cómplices, cada uno dentro de su respectiva clase, serán responsables solidariamente entre sí

por cuotas y subsidiariamente por las correspondientes a los demás responsables. En todo caso, la responsabilidad subsidiaria se hará efectiva: primero, sobre los bienes de los autores, y después, en los correspondientes a los cómplices. Si bien, tanto en los casos de responsabilidad solidaria como la subsidiaria, quedará siempre a salvo la repetición del que hubiere pagado contra los demás por las cuotas correspondientes a cada uno.

En fin, el art. 117 CP se refiere a la responsabilidad directa de los aseguradores que, hubieran asumido el riesgo de las responsabilidades pecuniarias derivadas del uso o explotación de cualquier bien, empresa, industria o actividad; por lo que, producido el evento que determine el riesgo asegurado, serán responsables civiles directos hasta el límite de la indemnización legalmente establecida o convencionalmente pactada, sin perjuicio del derecho a repetir contra quien corresponda.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ LATA, N.: "Comentario a los artículos 282, 286, 287 y 288 del Código Civil", en *Comentarios al Código Civil* (coord. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), 5ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2021

ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S.: "Protección o derecho a equivocarse en la Ley 8/2021 (más sobre la STS de 8 de septiembre de 2021)", *El Notario del Siglo XXI*, marzo-abril 2022, núm. 102, pp. 24-29.

ALVENTOSA DEL RÍO, J.: "Modificación judicial de la capacidad de obrar como sistema de protección de las personas vulnerables", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, febrero 2019, núm. 10, pp. 224-281.

- "Las instituciones de guarda y protección de la persona", en *Derecho Civil IV (Derecho de Familia)*, (coord. J.R. DE VERDA Y BEAMONTE), Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, S.: "La curatela: ¿Una nueva institución?", en *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021, de 2 de junio*, (dir. M. PEREÑA VICENTE y Mª. DEL M. HERAS HERNÁNDEZ, coord. Mª. NÚÑEZ NÚÑEZ), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: *Apoyo a los mayores en el ejercicio de su discapacidad. Reflexiones a la vista del Anteproyecto de reforma de la legislación civil en materia de discapacidad*, Reus, Madrid, 2019.

- "El protagonismo de la persona con discapacidad en el diseño y gestión del sistema de apoyo", en *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad* (dir. S. DE SALAS MURILLO y Mª. V. MAYOR DEL HOYO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

- "Sentencia del Pleno de 8 de septiembre de 2021, sobre adopción de medidas de apoyo en aplicación de la Ley 8/2021. ¿Van a cambiar muchas las cosas?", *Blog Hay Derecho*, 27 de septiembre de 2021.

DE SALAS MURILLO, S.: "Comentario a los artículos 275, 276, 279 y 281 del Código Civil", en *Comentarios al Código Civil* (coord. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2021

- ¿Existe un derecho a no recibir apoyos en el ejercicio de la capacidad?", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, julio-agosto 2020, núm. 780, pp. 2227-2268.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A.: "Jurisdicción voluntaria: provisión de apoyos a personas con discapacidad", *LA LEY Derecho de Familia*, enero-marzo 2022, núm. 33, pp. 6-45.

FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, A.: *El ejercicio de la capacidad jurídica. Comentario de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2021.

GARCÍA RUBIO, M^a.P.: "Las medidas de apoyo con carácter voluntario, preventivo o anticipatorio", *Revista de Derecho Civil*, julio-septiembre 2018, vol. 5, núm. 3, pp. 29-60.

- "Comentario al artículo 250 del Código Civil", en *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. M^a.P. GARCÍA RUBIO y M^a.J. MORO ALMARAZ), Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2022.

GARCÍA RUBIO, M^a.P., y TORRES COSTAS, M^a.E.: "Comentario al artículo 249 del Código Civil", en *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. M^a.P. GARCÍA RUBIO y M^a.J. MORO ALMARAZ), Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2022.

GÓMEZ LINACERO, A.: "Régimen de ineficacia contractual en materia de discapacidad: actos realizados por el curador sin autorización judicial (287 CC) y contratos celebrados sin medidas de apoyo (1302.3 CC)", *Diario La Ley*, 9 de mayo de 2022, núm. 10064, sección Tribuna. pp. 1-19.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: "Comentario a los artículos 287 y 291 del Código Civil", en *Comentarios a la Ley 8/2021, por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad* (dir. C. GUILARTE MARTÍN-CALERO), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2021.

LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Principios de Derecho Civil*, t. I, *Parte general y derecho de la persona*, 26^a edición (revisada y actualizada con la colaboración de F. Yañez Vivero, A. Donado Vara, y F. J. Jiménez Muñoz), Marcial Pons, Madrid, 2021.

LEGERÉN-MOLINA, A.: "La relevancia de la voluntad de la persona con discapacidad en la gestión de los apoyos", en *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad* (dir. S. DE SALAS MURILLO y M^a. V. MAYOR DEL HOYO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

LINACERO DE LA FUENTE, M.: *Tratado de Derecho de Familia. Aspectos sustantivos*, 3^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

LÓPEZ SAN LUIS, R.: "El principio de respecto a la voluntad de la persona con discapacidad en la Convención de Nueva York (2006), y su reflejo en el

Anteproyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad”, *Indret*, 2020, núm. 2, pp. 111-138.

LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I.: *Guía rápida sobre la Reforma civil y procesal para el apoyo a personas con discapacidad*, Francis Lefebvre, Madrid, 2021.

MAGARIÑOS BLANCO, V.: “Comentarios al Anteproyecto de Ley para la reforma del Código Civil sobre Discapacidad”, *Revista de Derecho Civil*, julio-septiembre 2018, vol. V, núm. 3, pp. 199-225.

MARÍN VELARDE, A.: “La discapacidad: su delimitación jurídica”, en *Contribuciones para una reforma de la discapacidad* (dir. E. MUÑIZ ESPADA), La Ley, Madrid, 2020.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica: reflexiones para una reforma legal*, Aranzadi, Navarra, 2014.

MIGUEL ALHAMBRA, L., Y CHACÓN CAMPOLLO, R.: “Internamiento en residencia de ancianos con demencia. Reflexiones con motivo de la entrada en vigor de la Ley 8/2021, de 2 de junio”, *El Notario del Siglo XXI*, marzo-abril 2022, núm. 102, pp. 30-39.

MUNAR BERNAT, P.A.: “La curatela: principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad”, *Boletín de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears*, 2020, vol. XXI, pp. 436-470.

O’CALLAGHAN MUÑOZ, X.: *Compendio de Derecho Civil*, t. V, *Derecho de la familia*, 4ª ed., Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2021.

PALLARÉS NEILA, J.: “El ejercicio de la nueva curatela”, en *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021, de 2 de junio*, (dir. M. PEREÑA VICENTE y Mª. DEL M. HERAS HERNÁNDEZ y coord. Mª. NÚÑEZ NÚÑEZ), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

PARRA LUCÁN, Mª.Á.: “Las personas con discapacidad psíquica”, *Curso de Derecho Civil*, t. I, vol. II, *Derecho de la persona* (coord. P. DE PABLO CONTRERAS), 7ª ed., Edisofer, Madrid, 2021.

PEREÑA VICENTE, M.: “La Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad. ¿El inicio del fin de la incapacitación?”, *La Ley* de 9 de septiembre de 2011, pp. I-II.

PAU PEDRÓN, A., “De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código Civil”, *Boletín de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears*, 2020, vol. XXI, pp. 411-435.

PEREÑA VICENTE, M.: “La protección jurídica de adultos: el estándar de intervención y el estándar de actuación: entre el interés y la voluntad”, en *La voluntad de la persona protegida* (dir. M. PEREÑA VICENTE), Dykinson, Madrid, 2018.

PÉREZ ÁLVAREZ, M.A.: “Las medidas de apoyo a las personas con discapacidad. La Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad”, *Curso de Derecho Civil (IV), Derecho de Familia*, (coord. C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ), 6ª ed., Edisofer, Madrid, 2021.

PALACIOS GONZÁLEZ, D.: “Guarda de hecho, curatela o defensor judicial: buscando el mejor apoyo para las personas con discapacidad psíquica”, en *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*, (dir. G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, M. GARCÍA MAYO; coord. C. GIL MEMBRANO y J.J. PRETEL SERRANO), La Ley, Madrid, 2021.

PETIT SÁNCHEZ, M.: “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*, octubre-diciembre 2020, vol. VII, núm. 5, pp. 265-313.

RIBOT IGUALADA, J.: “La nueva curatela: diferencias con el sistema anterior y perspectivas de funcionamiento”, en *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad* (dir. S. DE SALAS MURILLO y Mª. V. MAYOR DEL HOYO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019,

RUIZ-RICO RUIZ MORÓN, J., “Medidas de apoyo a personas con discapacidad y sistema tutelar de menores”, *Curso de Derecho Civil IV Derecho de familia y sucesiones* (coord. por F. J. SÁNCHEZ CALERO), 10ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

SÁNCHEZ GÓMEZ, A.: “Hacia un nuevo tratamiento jurídico de la discapacidad: Reflexiones a propósito del Proyecto de Ley de 17 de julio de 2020 por el 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*, octubre-diciembre 2020, vol. 7, núm. 5, pp. 385-428.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Á.: “Aspectos generales de la reforma del Código Civil relativa a las personas con discapacidad intelectual en el ejercicio de su capacidad jurídica”, *Revista Boliviana de Derecho*, enero 2022, núm. 33, pp. 14-51.

SANTOS URBANEJA, F.: *Sistema de apoyo jurídico a las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Cuniepe, Madrid, 2021.

SERRANO CHAMORRO, M^a. E.: "Actos sujetos a autorizaciones y prohibiciones por las personas que ejercen cargos tutelares o medidas de apoyo", *Revista de Derecho de Familia*, enero-marzo 2022, núm. 94, pp. 39-60.

SERRANO GARCÍA, I.: "Proyectos de reforma del tratamiento jurídico de las personas con discapacidad", en *Contribuciones para una reforma de la discapacidad* (dir. ESTHER MUÑIZ ESPADA), La Ley, Madrid, 2020.

TENA ARREGUI, R.: "El régimen de ineficacia de los contratos celebrados sin apoyo por las personas con discapacidad", *El Notario del Siglo XXI*, enero-febrero 2022, núm. 101, pp.40-47.

UREÑA CARAZO, B.: "El nuevo proceso de apoyo a las personas con discapacidad: un enfoque humanista", *LA LEY Derecho de Familia*, enero-marzo 2022, núm. 33, pp. 189-200.