



---

**Universidad de Valladolid**



# Máster de Acceso a la Abogacía

## MEDIDAS DE APOYO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, APLICADAS AL DERECHO DE FAMILIA

Presentado por: Diego de la Rubia Trillo

Tutelado por: D. Andrés Domínguez Luelmo

*En Valladolid, enero de 2023.*

# ÍNDICE

1. PLANTEAMIENTO.....	4
2. SUPUESTO DE HECHO.....	5
3. CUESTIONES QUE SE PLANTEAN.....	7
4. NORMATIVA APLICABLE.....	8
5. FUNDAMENTOS DE DERECHO.....	9
5.1. Cuestión teórica.....	13
5.2. Cuestiones prácticas.....	16
5.2.1. ¿Cómo puede solicitar María estar en compañía de su madre de manera permanente y que sea su única asesora en cuestiones que afecten a su vida personal?.....	16
5.2.1.1. <i>Medidas de apoyo voluntarias</i> .....	18
5.2.1.2. <i>Guarda de hecho</i> .....	19
5.2.1.3. <i>Curatela</i> .....	26
5.2.2. ¿Es posible que María, pudiese seguir acudiendo al centro de educación especial?.....	31
5.2.3. ¿Qué sucederá con la herencia que le dejó su abuelo materno? ¿Al ser una persona con discapacidad, en caso de herencia por parte del abuelo materno como se debería proceder? .....	36
6. CONCLUSIONES.....	39
7. BIBLIOGRAFÍA.....	48
8. JURISPRUDENCIA.....	50

## ABREVIATURAS UTILIZADAS

<b>AP.</b>	Audiencia Provincial.
<b>Art./Arts.</b>	Artículo/Artículos.
<b>CC.</b>	Código Civil.
<b>CDPD.</b>	Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con Discapacidad.
<b>CE.</b>	Constitución Española.
<b>CM.</b>	Rec- Committee of Ministers of Europe Council, Recomendation/ Recomendación del Comité del Consejo de Ministros de Europa.
<b>CommDH.</b>	Commissioner for Human Rights/ Comisionado de los Derechos Humanos.
<b>FJ</b>	Fundamento Jurídico.
<b>LEC.</b>	Ley de Enjuiciamiento Civil.
<b>L.O.</b>	Ley Orgánica.
<b>OSCE.</b>	Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa.
<b>Págs.</b>	Páginas.
<b>SAP.</b>	Sentencia de la Audiencia Provincial.
<b>SS.</b>	Siguientes.
<b>STS.</b>	Sentencia del Tribunal Supremo.
<b>TC.</b>	Tribunal Constitucional.
<b>TEDH.</b>	Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
<b>TS.</b>	Tribunal Supremo.
<b>TSJ.</b>	Tribunal Superior de Justicia.

---

## **1. PLANTEAMIENTO**

El propósito del presente dictamen consiste en exponer las vicisitudes que entraña en el procedimiento civil el divorcio. Una situación tan habitual en el Derecho de Familia como es la disolución de la institución del matrimonio, en muchas ocasiones, supone un grave conflicto entre las partes pudiendo afectar a terceros involucrados indirectamente que son sus descendientes.

Se trata de observar las posibilidades de resolver un litigio de la forma menos perjudicial para las partes, intentado salvar las controversias que se pueden plantear y velando por los intereses de los descendientes, quienes van a tener que adaptarse a esta nueva circunstancia y se van a prolongar en el tiempo las medidas que puedan establecerse para estos.

Con el presente estudio se pretende mostrar las consecuencias que pueden incidir en una menor de edad en el momento de la disolución del matrimonio, siendo esta una persona con discapacidad. Así mismo, se analizan las consecuencias regimentales que pueden derivarse al alcanzar la mayoría de edad.

A este respecto, se describen los posibles escenarios ante estas situaciones, siempre velando por los intereses y la voluntad de una persona con discapacidad, a la luz de la nueva regulación contemplada en 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.

Con ayuda de esta nueva literatura que se incluye en la citada ley, se tratará de relatar las nuevas figuras que se han ido implementando y haciendo real la propuesta de expresar en todo momento la voluntad de la persona que sufre la discapacidad.

## 2. SUPUESTO DE HECHO

En el supuesto planteado, es relativo al divorcio entre Don Alejandro y Doña Nuria, casados desde año 2001, con domicilio familiar en Palencia y con descendencia una hija de trece años, Doña María, persona con discapacidad, al padecer una enfermedad rara con presuntos episodios esquizoides y alteraciones cognitivas que le afecta en sus días a día en diversos ámbitos y por la que necesita asistencia de manera habitual.

Antes de iniciar el divorcio, los padres habían realizado trámites de reserva de matriculación para que la menor con discapacidad fuera a un centro educativo especial situado en Valladolid a 60 km. del domicilio familiar -por ausencia del mismo en Palencia-. Por expresa recomendación de los tutores académicos del colegio anterior en el que cursaba sus estudios la menor, se solicita a la Junta de Castilla y León una plaza en dicho centro siendo el más próximo el situado en Valladolid. En primer término se estimaba realizar el traslado diario de María al nuevo centro educativo especial desde Palencia a Valladolid en coche por la madre.

Debido al malestar que suponían los traslados diarios de la menor al centro educativo, así como el coste económico consecuencia de ello, Doña Nuria, una vez iniciado el trámite de divorcio decide trasladar su domicilio a Valladolid. Por este motivo, el padre de la menor reclama la vuelta al centro educativo en el que esta venía desarrollando su actividad académica, reclamación que deja plasmada en su demanda, pues pretende con ello evitar ese desplazamiento diario que sin embargo dejaría de lado una educación de carácter especial.

El matrimonio queda disuelto en el año 2017 por el Juzgado de Primera Instancia N.º 3 de Palencia, cuyas cuestiones controvertidas son aquellas que resultan trascendentes para el cuidado e interés de la menor como pueden ser:

- la guarda y custodia,
- régimen de visitas y pensión de alimentos de la menor con discapacidad,
- y, en especial, la controversia relativa al traslado del centro educativo situado en Valladolid.

En consecuencia, la sentencia de divorcio resuelve estableciendo la guarda y custodia de la hija menor a favor de Doña Nuria -si bien ambos progenitores tienen la patria potestad compartida-; lo que determina que el padre deberá ser consultado para la toma de decisiones trascendentales que afecten a la menor, estableciéndose un régimen de visitas: fines de semanas alternos, una visita intersemanal del padre los miércoles y durante los periodos vacacionales se reparten por mitades. La pensión de alimentos a favor de la hija menor se fijan 420,00 euros mensuales, de igual modo, se fija una pensión compensatoria a favor de la esposa a razón de 150,00 euros mensuales.

El juzgado resuelve extinguir la pensión compensatoria y la visita intersemanal pero no la reducción de alimentos que Don Alejandro habría solicitado en la primera modificación de medidas ante el Juzgado de Familia. Además de oficio el propio tribunal establece la tutela a Doña Nuria al haber coincidido este proceso con la mayoría de edad de María.

En cuanto a los hechos más recientes, Don Alejandro interpone una nueva demanda de modificación de medidas, con el objetivo de solicitar la guarda y custodia compartida y la extinción de la pensión de alimentos, se trata de un error de derecho al solicitar una guarda y custodia compartida al haber alcanzado María la mayoría de edad. De igual modo, solicita el fin de los estudios en el centro de educación especial, con el objetivo de la custodia compartida, erróneamente, y que María también pueda vivir en Palencia en compañía del padre. Todo ello sin tener en cuenta las modificaciones legales respecto a la tutela de María que ya carece de efectos.

El padre se encuentra abierto al diálogo, y ha llegado a plantearse que un futuro pueda atender las necesidades económicas que precise María pero no ejercer un apoyo de manera efectiva, ya que si no se estableciera un régimen compartido, no podrá cumplir con tal requisito.

Además el padre de Doña Nuria, Don Martín, ha fallecido recientemente y en su testamento designa heredera a su nieta María, con quien mantenía una estupenda relación.

Doña Nuria se pone en contacto con nuestro despacho de abogados para intentar buscar soluciones a los extremos que aún están por resolver.

### **3. CUESTIONES QUE SE PLANTEAN**

En relación con los hechos anteriormente expuestos se plantean sobre la hija María, persona con discapacidad, una serie de cuestiones jurídicas para que se le asesore en forma de dictamen:

1. ¿Cómo puede solicitar María estar en compañía de su madre de manera permanente y que sea su única asesora en cuestiones que afecten a su vida personal?
2. ¿Es posible que María, pudiese seguir acudiendo al centro de educación especial?
3. ¿Qué sucederá con la herencia que le dejó su abuelo materno? ¿Al ser una persona con discapacidad, en caso de herencia por parte del abuelo materno como se debería proceder?

#### **4. NORMATIVA APLICABLE**

- Constitución Española.
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.
- 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.
- Ley 15/2015, de 2 de julio de la jurisdicción voluntaria.
- Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.
- Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006.
- Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, Lunes 21 Abril de 2008.
- Observaciones Generales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 19 de mayo de 2014

## 5. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Previa resolución de las cuestiones planteadas, hay que tomar en consideración algunos aspectos contextuales del supuesto de hecho.

Doña Nuria, desde el primer momento que se pone en contacto con nuestro despacho, como clienta, es informada de la manera correcta a proceder a través del mecanismo de revisión, porque ello dotara a María de unas medidas de apoyo hasta el alcance la mayoría de edad la patria potestad al estar ejercida por ambos progenitores, la cual se regía por la resolución de “Sentencia de Incapacidad”, dictada al haber adquirido la mayoría de edad, en la que se había establecido en aquel momento tutora a Nuria.

Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, ha introducido la capacidad para ser parte, la capacidad procesal y la legitimación - art. 7 bis de la LEC relativo los ajustes para las personas con discapacidad-, determinándose que en los procesos en los que participen se realizarán las adaptaciones y ajustes que sean necesarios para garantizar su participación en condiciones de igualdad, las cuales se realizarán tanto a petición de cualquiera de las partes, o cualquier parte involucrada; pudiendo ser el propio colegio al que acude María o por los Servicios Sociales, o de oficio por el Ministerio Fiscal, en el espacio temporal de todo el transcurso procesal y en todo acto de comunicación. La base de este precepto también enuncia el derecho de las personas con discapacidad a entender y ser entendidas en cualquier actuación que se lleve a cabo, y se tasan los siguientes presupuestos:

- Las comunicaciones con las personas con discapacidad, orales o escritas, se harán en un lenguaje, claro sencillo y accesible, teniendo en cuenta sus características personales y sus necesidades, haciendo uso de medios como la lectura fácil. Si existiera necesidad estas comunicaciones pueden ser realizadas a la persona que le presta su apoyo.
- Se facilitará a la persona con discapacidad la asistencia o apoyos necesarios para que pueda hacerse entender.

- 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 sea entendida.
- La persona con discapacidad podrá estar acompañada de una persona de su elección desde el primer contacto con las autoridades y funcionarios.

En el Libro IV de la LEC, en los denominados procesos especiales, dentro de este libro se encuentran ubicados en el Título I, capítulo II los procesos sobre la provisión de medidas de apoyo, lo que abarca los artículos 756 a 763. Estos artículos surgieron modificaciones debidas a la Ley 8/2021, anteriormente anunciada, que tenían por objetivo la reforma de la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el propio ejercicio de su capacidad jurídica.

En el presente supuesto, la competencia de este procedimiento la ostentará el órgano judicial que dictó la sentencia que se pretende revisar, salvo que la persona con discapacidad no resida en el partido judicial que se encuentre, y se dará bajo el procedimiento de jurisdicción voluntaria<sup>1</sup> a no ser que exista oposición.

Respecto de la competencia territorial<sup>2</sup> en el supuesto que nos acontece, se determina que “si antes de la celebración de la vista se produjera un cambio de la residencia habitual de la persona referida en el proceso se remitirán las actuaciones al Juzgado correspondiente en el estado en que se hallaren”. En consecuencia, se dará traslado de las actuaciones que se llevaron a cabo en el Juzgado de Primera Instancia de Palencia, al Juzgado de Primera Instancia de Valladolid. Esta medida introducida por la nueva ley permite que el proceso sea más accesible a la persona con discapacidad, ya que es el objeto central de este proceso.

Ante el Juzgado de Primera Instancia de Valladolid, se deberá remitir la demanda en la cual se debe solicitar que se remitan las actuaciones que constaban en el proceso

---

<sup>1</sup> De acuerdo con lo dispuesto en el art. 756 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: “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.”

<sup>2</sup> De acuerdo con lo dispuesto en el apartado tercero del art. 756 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

iniciado en Palencia. En esta demanda, tal y como enuncia la Disposición Transitoria 5ª de esta nueva Ley<sup>3</sup>, se hará saber la necesidad de revisar la Sentencia de Incapacidad y el plazo temporal que determina esta Disposición es inferior a tres años desde que se dictó la Sentencia, dicho plazo será recurrente en el futuro respecto de la revisión de las medidas que se acuerden en las venideras Sentencias. La legitimación activa de iniciar este procedimiento reside en la propia persona con discapacidad, en el Ministerio Fiscal, en el tutor, el curador o los padres que precisaren la patria potestad o prorrogada o por el propio juez de oficio

Las personas que pueden promover este procedimiento, de acuerdo a la literatura que recoge el artículo 757 de la LEC serán los padres en un momento inicial. Sin embargo, también se puede iniciar mediante la demanda con la intervención de abogado o remitiendo escrito al Ministerio Fiscal.

Puede quedar patente que en este proceso existen controversias respecto de las necesidades de María, no obstante, sus progenitores deberán llegar a un acuerdo por su bienestar sobre quienes ejercían su patria potestad y su tutela, y así poder a su mayoría de edad solicitar en la demanda una revisión de las medidas donde quede detallado de forma clara y concisa las capacidades para las que María requiere un apoyo y para las que no. Esta deberá ir acompañada de tantos documentos como fuese necesario, esto es, el informe médico detallado y un informe social, además de que el suplico contenga que se incoe la revisión de tales medidas.

La tramitación de estos procesos según el art. 753 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, será mediante el Juicio Verbal, en caso de que fuera contencioso. Si no, atenderemos a la Jurisdicción Voluntaria. El Letrado de la Administración de Justicia, da traslado a las partes y al Ministerio Fiscal. En cualquiera de ambos casos la tramitación de estas cuestiones es de índole preferente.

Tras la interposición de la demanda, en la ley se contiene la necesidad de entrevista con la persona con discapacidad como diligencia preceptiva. De igual modo se han de recabar los dictámenes provenientes de especialistas en el ámbito sanitario y

---

<sup>3</sup> Disposición Transitoria 5ª de 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.

social, la práctica habitual es que sea solicitada de oficio por la autoridad judicial; y en su caso el informe de una entidad y la audiencia de los interesados y personados en el procedimiento donde se acordaron los apoyos que ahora se revisan.

Resulta aconsejable la audiencia de los allegados y concretamente la audiencia de la persona que le preste de manera habitual los apoyos y de dichas audiencias se dará traslado a la persona con discapacidad para que realice las alegaciones oportunas. El objetivo de la vista es oír a las partes como serían los padres, la hija y si se instará al colegio. Cabe reseñar que en todo este proceso, la persona con discapacidad se encuentra en compañía de un defensor judicial, como veremos más adelante.

Una vez que se celebren las diligencias oportunas se da traslado a las personas interesadas y al Ministerio Fiscal para que informe.

El padre, a través de acuerdo, insta a que se ejerza la curatela de María, su madre Nuria ya que reside habitualmente con su hija y es quien verdaderamente y de forma continuada ha sustentado los apoyos necesarios para su discapacidad. Proceso que, a pesar de ser complicado, ha evitado que el cargo de curatela fuera ejercido por una fundación, al ser un tercero neutro que permitiría desarrollar dicho cargo sin mayores complicaciones, velando siempre por los intereses de la persona con discapacidad.

El proceso finaliza mediante Auto, en el cual se establecen las medidas que la persona con discapacidad requiere y figura quien será su curador, este Auto será firme a los 20 días hábiles tras la notificación a las partes. Una vez el Auto sea firme, se cita al curador en el Juzgado con el fin de que acepte dicho cargo para el que ha sido nombrado. A los 60 días de su nombramiento ha de presentar un inventario de los bienes, susceptible de prórroga, junto con que anualmente se ha de realizar una rendición de cuentas.

### **5.1. Cuestión teórica ¿Subsiste la distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar?<sup>4</sup>**

El propósito de la ley objeto de estudio, es suprimir el término de la incapacitación, que venía discerniendo la capacidad jurídica y la de obrar. Respecto de la primera se define como el concepto que equivale a la personalidad, la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones, precisando de carácter absoluto, y se atribuye a la persona por el mero hecho de serlo. En cambio la capacidad de obrar, se hacía referencia a la misma para la consecución de actos y negocios jurídicos de manera válida y eficaz, precisando de un carácter relativo, por depender de la edad y de la aptitud de la persona para su autogobierno. Considerando que las personas tenían capacidad de obrar siempre y cuando fueran mayores de edad y no hubieran sido incapacitados de manera judicial por padecer enfermedad persistente física o psíquica, que así lo hiciera necesario.

De acuerdo con las Observaciones Generales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 19 de mayo de 2014, ha rechazado esta distinción.

En virtud de estas observaciones se extraen fragmentos tales como “no se ha comprendido en general que el modelo de la discapacidad basado en los derechos humanos implica pasar del paradigma de la adopción de decisiones sustitutiva a otro que se base en el apoyo para tomarlas”. Considerando que no puede diferenciarse entre estas distintas capacidades siendo la capacidad jurídica o legal restringida cuando se limita la capacidad de obrar o de legitimación para actuar, discriminando de este modo a las personas con discapacidad.

De este modo establece que las restricciones que sufre la persona con discapacidad son que “si la persona puede o no entender la naturaleza y las consecuencias de una decisión y/o en si puede utilizar o sopesar la información»; y se califica dicho criterio como «incorrecto», «por dos motivos principales: a) porque se aplica en forma discriminatoria a las personas con discapacidad; y b) porque presupone que se pueda

---

<sup>4</sup> DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. «¿Es posible seguir distinguiendo entre capacidad jurídica y capacidad de obrar?», accesible en <https://idibe.org/tribuna/posible-seguir-distinguiendo-capacidad-juridica-capacidad-obrar> [fecha de consulta 26.12.2022]

evaluar con exactitud el funcionamiento interno de la mente humana y, cuando la persona no supera la evaluación, le niega un derecho humano fundamental, pertinente”

De Verda y Beamonte<sup>5</sup> considera estas observaciones como desmesuradas, en tanto en cuanto que la noción de capacidad de obrar no es referida únicamente relativa a las personas con discapacidad, sino que ha tenido siempre un alcance general como siendo relativa a la capacidad de los menores de edad. Además las restricciones de la capacidad de obrar de cualquier persona no han tenido un mayor objetivo que el de la protección de las mismas, de ahí su razón de imponerlas solo en los casos exclusivamente necesarios evitando que la persona con discapacidad pueda ser llevada a propósitos ajenos de los que refleja su voluntad. Por último, afirma que no se puede “evaluar con exactitud el funcionamiento interno de la mente humana”, ya que debido a alguna patología es patente que la persona que carece de discernimiento, no puede formar libremente su voluntad. Tachando al Comité de estar pensando en ciertos casos de exclusividad que no englobaría todos los supuestos de persona con discapacidad.

De igual modo, alude a que si se abandona esta distinción ente capacidad jurídica y de obrar, será necesario distinguir entre la capacidad jurídica y su ejercicio, poniendo en relación este punto con la anulabilidad de los contratos celebrados por ciertas personas. Atiende al supuesto del menor no emancipado, que salvo excepciones<sup>6</sup>, que pueden considerarse anulables<sup>7</sup>, al igual que los contratos celebrados por personas con discapacidad sin la intervención del curador, cuando este sea necesario para el ejercicio de su capacidad<sup>8</sup> y en el caso de que nombre a un curador con facultades representativas<sup>9</sup>, al no ser averiguables las voluntades, deseos y preferencias de la persona con

---

<sup>5</sup> DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. «Primeras resoluciones judiciales aplicando la Ley 8/2021, de 2 de junio en materia de discapacidad». Diario La Ley, Nº 10021, Sección Dossier, 3 de Marzo de 2022, Wolters Kluwer.

<sup>6</sup> De acuerdo con lo dispuesto en el art. 1265.1º Código Civil: “Será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo.”

<sup>7</sup> De acuerdo con lo dispuesto en el art. 1302.2 Código Civil: “ Los contratos celebrados por menores de edad podrán ser anulados por sus representantes legales o por ellos cuando alcancen la mayoría de edad. Se exceptúan aquellos que puedan celebrar válidamente por sí mismos.”

<sup>8</sup> De acuerdo con lo dispuesto en el art. 267.II y 1302.3 Código Civil.: “Los 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, podrán ser anulados por ellas, 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.”

<sup>9</sup> Antigua figura de tutor, y actualmente regulado como curador en el art. 267. III Código Civil.”

discapacidad. Será la figura del curador quien en representación de su curatelado, celebre actos jurídicos en su nombre, valiéndose de una autorización judicial para aquellos contratos que precisen de especial transcendencia económica<sup>10</sup>.

Por ello, objeto también del presente estudio cabe plantear el punto en el que se ha de obviar esta distinción ya que habiendo unos perfiles claros y precisos como son la capacidad jurídica y de obrar, y siendo unánime aceptada por doctrina y jurisprudencia, siendo sustituida por la capacidad jurídica y el ejercicio de la misma, que viene a ser sustancialmente lo mismo, pero a De Verda y Beamonte no se lo parece, visión que en parte se ha tomado compartida para dar el desarrollo del presente trabajo.

---

<sup>10</sup> De acuerdo con lo dispuesto en el art. 287. 2º Código Civil, citado en el cuerpo del escrito.

## 5.2. Cuestiones prácticas.

### 5.2.1. Sobre la primera cuestión, ¿Cómo puede solicitar María estar en compañía de su madre de manera permanente y que sea su única asesora en cuestiones que afecten a su vida personal, siguiendo los deseos de María?

Ante esta situación, existen tres instrumentos nuevos que se han introducido en nuestra legislación con la reciente 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.

A tratar dentro de esta, se encuentran las medidas de apoyo de naturaleza voluntaria, la guarda de hecho y la curatela, entre otras que veremos más adelante. Este cambio significativo que se ha introducido trata de abandonar un modelo más precario basada en una visión paternalista y de excisa protección, pasando a atender principios contemplados en Convención de Nueva York y su adaptación mediante el Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006<sup>11</sup>.

---

<sup>11</sup> Artículo 12. Igual reconocimiento como persona ante la ley.

1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.
2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.
3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.
4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.
5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.

La función principal de estas medidas es que, en todo momento, prime la voluntad de la persona, sus deseos y sus preferencias, siendo el eje central la toma de decisiones por parte de la persona con discapacidad.<sup>12</sup>

Las personas en las que se delegue prestar el apoyo deben de actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de la persona que está recibéndolos. Fomentando la toma de decisiones, ayudando en su comprensión y razonamiento y facilitando la expresión de sus preferencias.

Algo reseñable en estos términos es la evolución de la persona con discapacidad, en el supuesto de María puede derivar en una enfermedad degenerativa. A fin de respetar su voluntad y deseos, hay que tomar consciencia de que aun siendo más restrictiva las medidas que pudieren imponerse respecto de su capacidad de decisión, la persona que ostente la capacidad de ejercer la medida de apoyo que se considere, ha de tener en cuenta su trayectoria vital, respecto de sus creencias y valores, así como de los factores que María, en este caso, hubiera podido tomar en consideración<sup>13</sup>.

Toda medida, adoptada judicialmente, que se aplique a personas con discapacidad deberá ser proporcionales y adaptadas a las circunstancias particulares de cada caso, siendo utilizadas cuando sea estrictamente necesario para el bienestar de la persona. Para ello serán revisadas en un periodo de tres años y, excepcionalmente, cada seis años si fuera necesario por la implantación de alguna medida.<sup>14</sup>

---

<sup>12</sup> Redacción del art. 250 de C.C.: “Las medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas que lo precisen son, además de las de naturaleza voluntaria, la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial.”

<sup>13</sup> Redacción del art. 249 de C.C.: “Las medidas de apoyo a las personas mayores de edad o menores emancipadas que las precisen para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica tendrán por finalidad permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad. Estas medidas de apoyo deberán estar inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales. Las de origen legal o judicial solo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate. Todas ellas deberán ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad.”

<sup>14</sup> De acuerdo con lo dispuesto en el art. 268 C.C.: “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.”

### **5.2.1.1. Medidas de apoyo de naturaleza voluntaria**

Son aquellas que se establecen por la propia persona. Dilucida circunstancias como quien debe prestarle apoyo y el alcance de dicho apoyo, siempre respetando la voluntad de la persona y primando por esta sobre cuestiones de voluntad, deseo y preferencias. Cualquier medida de apoyo voluntaria podrá ir acompañada de las salvaguardas necesarias para garantizar en todo momento y ante cualquier circunstancia el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona. Estas medidas voluntarias, pueden establecer poderes y mandatos preventivos, la autotutela y los mandatos sin poder.

El procedimiento a seguir es tramitado en escritura pública, ante notario, quien le hará entender a la persona con discapacidad el documento que firma, las medidas que solicita y da fe de que se le confiere a un tercero prestarle dicho apoyo. Se incluirá en tal escritura una cláusula de que este poder subsistirá solo para el momento en el que el poderdante precise estos apoyos. Por ello, la nueva ley ha dotado a los notarios de un papel clave, ya que han de velar con los principios de información más que nunca y saber fehacientemente si la persona comprende las medidas de apoyo a las que se le está suscribiendo. Estas medidas de apoyo han de estar basadas en los principios de necesidad y proporcionalidad<sup>15</sup>. El notario autorizante de estas medidas comunicará de oficio y sin dilación el documento público en el que se contienen las medidas al Registro Civil, para su constancia en el registro individual del otorgante<sup>16</sup>.

Tal y como recoge la SAP Asturias n.º 371/2022 de 21 de febrero de 2022, en relación con los FD segundo y tercero, declara al respecto que "El proceso de provisión de medidas de apoyo ha dejado de ser un proceso para protección de la persona, y de modificación de su capacidad porque no puede modificarse al ser inherente a la persona y se sustituye por el de "asistencia" con la atención que requiera su situación concreta. El juez necesariamente ha de tener en cuenta las directrices legales previstas en el Art. 268 C.C.: las medidas tomadas por el juez en el procedimiento de provisión de apoyos deben

---

<sup>15</sup> Apartado primero del artículo 249 de C.C., citado con anterioridad.

<sup>16</sup> De acuerdo con lo dispuesto en el Artículo 255 de C.C.: "El Notario autorizante comunicará de oficio y sin dilación el documento público que contenga las medidas de apoyo al Registro Civil para su constancia en el registro individual del otorgante."

responder a las necesidades de la persona que las precise y ser proporcionadas a esta necesidad. Una de las medidas de apoyo judicial prevista legalmente, institución objeto de una regulación más detenida, es la curatela que se ejercerá de modo continuado, que será primordialmente de naturaleza asistencial, recogido en el Art. 249 en el sentido siguiente: "Las medidas de apoyo a las personas mayores de edad o menores emancipadas que las precisen para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica tendrán por finalidad permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad. Estas medidas de apoyo deberán estar inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales. Las de origen legal o judicial solo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate. Todas ellas deberán ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad. Las personas que presten apoyo deberán actuar atendiendo a la 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".

Y atendiendo a nuestro supuesto, María podría acudir al Notario en compañía de la persona que desee que le preste medidas de apoyo de naturaleza voluntaria como sería, por ejemplo, en el supuesto que María disponga de un inmueble y quiera arrendarlo, deberá establecer un poder de representación. María mediante el sistema notarial explicado anteriormente designaría un poder de representación sobre un tercero a su libre elección encargado de recibir las rentas y hacérselas llegar a María como de los trámites que realiza el arrendador de un inmueble.

#### **5.2.1.2. *Guarda de hecho***

Institución jurídica que emana de la ley, y no de una resolución judicial. Contemplada en la Exposición de Motivos de la Ley 8/2021<sup>17</sup>. Para consolidar dicha

---

<sup>17</sup> «La realidad demuestra que en muchos supuestos la persona con discapacidad está adecuadamente asistida o apoyada en la toma de decisiones y el ejercicio de su capacidad jurídica por un guardador de hecho —generalmente un familiar, pues la familia sigue siendo en nuestra sociedad el grupo básico de solidaridad y apoyo entre las personas que la componen, especialmente en lo que atañe a sus miembros más vulnerables—, que no precisa de una investidura judicial formal que la persona con discapacidad tampoco

institución, no requiere nombramiento si concurre alguna de las siguientes circunstancias: si bien la ejerce alguno de los progenitores en relación con sus hijos mayores de edad, los hijos respecto de los padres, los hermanos entre sí, o incluso se contempla el supuesto de que un amigo pudiera ejercerla.

Es más, el artículo 263 del Código Civil establece que quien viniere ejerciendo adecuadamente la guarda de hecho de una persona con discapacidad proseguirá desempeñando su función, aunque existan medidas de apoyo con excepción de que éstas no se estén aplicando eficazmente.

En este supuesto se viene ejerciendo una guarda de hecho por parte de la madre, Nuria, ya que es la persona que ha estado en compañía de María mayoritariamente desde el divorcio de sus padres. Procediendo de este modo, y al funcionar la guarda de hecho de manera efectiva, no se instó procedimiento judicial alguno.

Aparentemente es una medida informal pero, si acontece el supuesto en el que María careciera de guardador de hecho, en las situaciones en las que se exija el apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica con urgencia, el apoyo será prestado por una entidad pública competente en la materia del territorio en el que se encuentre, quien informará de las actuaciones realizadas al Ministerio Fiscal en menos de veinticuatro horas.<sup>18</sup>

En relación con el artículo 255 del Código Civil, nos apunta que, a falta de medidas de carácter voluntario o guarda de hecho será la autoridad judicial la que establezca medidas de apoyo. Si el guardador de hecho tiene poderes de representación obtenidos por la vía judicial, deberá de informar de los actos previamente al Juzgado.

---

desea»; y que «Para los casos en que se requiera que el guardador realice una actuación representativa, se prevé la necesidad de que obtenga una autorización judicial ad hoc, de modo que no será preciso que se abra todo un procedimiento general de provisión de apoyos, sino que será suficiente con la autorización para el caso, previo examen de las circunstancias».

<sup>18</sup> De acuerdo con lo dispuesto en el art. 253 C.C.: “Cuando una persona se encuentre en una situación que exija apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica de modo urgente y carezca de un guardador de hecho, el apoyo se prestará de modo provisional por la entidad pública que en el respectivo territorio tenga encomendada esta función. La entidad dará conocimiento de la situación al Ministerio Fiscal en el plazo de veinticuatro horas.”

A través de la Jurisdicción Voluntaria, la autoridad judicial podrá requerir al guardador que informe de su gestión. Además se podrá exigir al guardador que rinda cuentas.<sup>19</sup>

Por otro lado, el guardador tiene derecho al reembolso de los gastos que haya asumido y a la indemnización por los daños derivados de la misma<sup>20</sup>.

La extinción de la guarda<sup>21</sup> se ocasiona cuando: La persona a quien le preste apoyo solicite que este se organice de otro modo, cuando desaparezcan las causas que lo motivaron, cuando el guardador desista de su actuación, en cuyo caso deberá ponerlo previamente en conocimiento de la entidad pública que en el respectivo territorio tenga encomendada las funciones de promoción de la autonomía y asistencia a las personas con discapacidad; o, cuando, a solicitud del Ministerio Fiscal o de quien se interese por ejercer el apoyo de la persona bajo guarda, la autoridad judicial lo considere conveniente.

Se ha de tener en cuenta las circunstancias de la persona con discapacidad atendiendo a que la curatela tiene un carácter subsidiario. Es así que solo se podrá constituir la curatela cuando exista una guarda de hecho que sea ejercida efectivamente. Así, Nuria ejerce la guarda de hecho sobre su hija de manera efectiva. Y, ante la inexistencia de oposición alguna por parte de su padre, se podría aplicar la figura de la curatela al presente supuesto.

En el ámbito doctrinal existe una dualidad ante la figura de la guarda de hecho, respecto de otras medidas de apoyo como la curatela.

La actual y reciente jurisprudencia entiende que, en estos casos la figura de la guarda de hecho no procede al nombramiento de un curador con facultades de representación, sino que, el demandante en este caso, doña Nuria, continúa ejercitando la

---

<sup>19</sup> De acuerdo con lo dispuesto en el art. 265 C.C.: “A través de un expediente de jurisdicción voluntaria, la autoridad judicial podrá requerir al guardador en cualquier momento, de oficio, a solicitud del Ministerio Fiscal o a instancia de cualquier interesado, para que informe de su actuación, y establecer las salvaguardias que estime necesarias.”

<sup>20</sup> De acuerdo con lo dispuesto en el art. 266 C.C.: “El guardador tiene derecho al reembolso de los gastos justificados y a la indemnización por los daños derivados de la guarda, a cargo de los bienes de la persona a la que presta apoyo.”

<sup>21</sup> De acuerdo con lo dispuesto en el art. 267 C.C., aparece contemplado en el cuerpo del escrito.

guarda de hecho en los mismos términos que venía contemplándose y si fuera necesario, pedir la correspondiente autorización judicial en los supuestos excepcionales para desarrollar actos representativos.

Incluso, cuando la persona con discapacidad tenga afectada las facultades de la toma de decisiones y la propia autodeterminación, los siguientes órganos judiciales han determinado que con la medida de la guarda de hecho es suficiente.

Desde la SAP Badajoz (Sección 2ª) n.º 809/2022 de 25 de octubre de 2022 contenido en los FJ tercero, cuarto, quinto y sexto, la Audiencia desestima el recurso que pretendía el nombramiento del recurrente como curador en lugar de seguir ejerciendo la guarda de hecho. El recurrente alega que no se ha tenido en cuenta la situación del demandado en cuanto a sus patologías y que la figura de la guarda de hecho no es suficiente para atender sus necesidades. La audiencia señala que en virtud de la prueba aportada cómo son los informes médicos y de servicios sociales la enfermedad no le impide desarrollar su vida diaria y no media en sus deseos y preferencias. Uno de los fundamentos de mayor trascendencia es que los déficits en la capacidad mental no deben ser justificados para negar a la persona con discapacidad para negar la capacidad jurídica. Claramente, en este supuesto el Tribunal ha determinado que el cambio de la Ley objeto de estudio supone cambios, y que basta con una guarda de hecho frente a una curatela pese a las patologías que la persona con discapacidad padezca.

En la SJPI núm. 5 Córdoba 346/2021 30 septiembre 2021, Juicio Verbal especial sobre capacidad, la persona con discapacidad tiene una encefalopatía anóxica. Otro ejemplo de una persona que padece una enfermedad severa y aún con esta premisa se opta por la guarda de hecho únicamente. Al igual que en la SJPI núm. 5 Córdoba 343/2021 de 30 septiembre 2021, Juicio Verbal especial sobre capacidad n.º 295/2021, la persona padece un alzhéimer que limita sus funciones psíquicas fundamentales (inteligencia y voluntad), por lo que “se encuentra afectada de forma importante la capacidad de conocimiento y libre determinación”. A pesar de que esta Sentencia resuelve que la guarda de hecho prima sobre la curatela, sin embargo, se trata de un enfoque erróneo ya, a mi modo de ver, ya que si tiende a una degradación de las circunstancias que padece como puede ser una encefalopatía o un alzhéimer avanzado puede suponer un problema

a la familia respecto de la toma de decisiones que pudieran favorecer a la persona, siendo necesario calificarlo como una curatela.

Indicar, así mismo, dos resoluciones judiciales más conservadoras en su resolución: 1.-La SJPI y Familia núm. 6 Jaén n.º 545/2021 22 septiembre 2021, Juicio Verbal especial sobre capacidad, cuando la hija padece un retraso mental ligero y un trastorno del desarrollo, por el que se le ha reconocido un 58% de limitación en la actividad, que, sumado a los factores sociales concurrentes, elevan sus limitaciones a un 65% de discapacidad, “lo que no genera en ella una discapacidad que le impida ejercer adecuadamente su capacidad jurídica por sí misma con la ayuda que ya cuenta de su propia progenitora”. 2.- La SJPI núm. 7 Sevilla n.º 561/2021 27 septiembre 2021, Juicio Verbal especial sobre capacidad n.º 1312/2020, cuando una anciana de 75 años padece una demencia moderada, por lo que requiere supervisión y ayuda en las actividades funcionales de la vida diaria, careciendo de capacidad para el manejo de dinero. En estas dos sentencias es menos probable, debido a las circunstancias que acontecen siendo menos graves que las anteriores, el uso de la curatela.

Por último, la SAP Córdoba (Sección 1ª), 22 marzo 2022, rollo de apelación 68/2022, Se reconoció la condición de guardadora de hecho a una hermana de la persona con discapacidad atendiendo a las preferencias de la misma, dado que había sido la persona que durante los últimos años había desarrollado este papel, acreditando la falta de necesidad de establecer una curatela. A mi modo de ver esta sentencia refleja el propósito de la ley, y ello porque se prima la voluntad de la persona con discapacidad quien declara “estar muy comfortable con la situación de la que ha gozado y goza en el presente”.

En cambio, otro sector jurisprudencial apuesta por la medida de la curatela representativa respecto de supuestos similares a los anteriores.

En primer lugar se analiza la SJPII núm. 4 Massamagrell, n.º 916/2021 de 21 septiembre 2021, en su FJ segundo, tercero, cuarto y quinto, en la que se somete a curatela a una anciana con Alzheimer y otras patologías. Dicha circunstancia, le originaba, de manera continuada e irreversible, con “una anulación cuasi absoluta de facultades”. El hijo que convivía con él, era su guardador de hecho desempeñando su función de manera

correcta. Respecto a la extensión de la curatela establecida en la esfera personal, comprendía la facultad de representar a la persona con discapacidad en decisiones relativas al seguimiento del tratamiento médico, traslados a residencias o centros de asistencia, asistencia a centros terapéuticos, ocupacionales, centros de día o asimilados, etc.; y, en la esfera económica, la facultad de representarle en las “decisiones con trascendencia patrimonial que supongan la reducción del patrimonio”, “precisando de autorización judicial expresa para dar dinero a título gratuito, obtener préstamos o financiaciones, gravar o enajenar inmuebles y el resto de actos previstos en el art. 287 CC<sup>22</sup>”. Se observa una situación muy similar a la desarrollada en la SJPI núm. 5 Córdoba n.º 343/2021 30 septiembre 2021, enunciada anteriormente, donde se concluye que con la guarda de hecho es suficiente. Un caso similar es el recogido en la SAP Valencia n.º 111/2022 de 19 de enero 2022, que estableció una curatela respecto de una persona que sufría un Alzheimer agudo, nombrándose curador a su marido de 86 años, a pesar de venir ejerciendo este la guarda de hecho correctamente, desestimando la pretensión de tres hijos de ejercer la medida de apoyo conjuntamente, por entenderse no acreditado “que en el momento actual su edad suponga impedimento u obstáculo que le impida el adecuado cumplimiento de las obligaciones que impone el cargo de curador con funciones de representación”.

---

<sup>22</sup> Art. 287 CC: “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: 1.º Realizar actos de trascendencia personal o familiar cuando la persona afectada no pueda hacerlo por sí misma, todo ello a salvo lo dispuesto legalmente en materia de internamiento, consentimiento informado en el ámbito de la salud o en otras leyes especiales. 2.º 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 celebrar contratos o realizar actos que tengan carácter dispositivo y sean susceptibles de inscripción. Se exceptúa la venta del derecho de suscripción preferente de acciones. La enajenación de los bienes mencionados en este párrafo se realizará mediante venta directa salvo que el Tribunal considere que es necesaria la enajenación en subasta judicial para mejor y plena garantía de los derechos e intereses de su titular. 3.º 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. 4.º 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. No se precisará la autorización judicial para el arbitraje de consumo. 5.º Aceptar sin beneficio de inventario cualquier herencia o repudiar esta o las liberalidades. 6.º Hacer gastos extraordinarios en los bienes de la persona a la que presta apoyo. 7.º Interponer demanda en nombre de la persona a la que presta apoyo, salvo en los asuntos urgentes o de escasa cuantía. No será precisa la autorización judicial cuando la persona con discapacidad inste la revisión de la resolución judicial en que previamente se le hubiesen determinado los apoyos. 8.º Dar y tomar dinero a préstamo y prestar aval o fianza. 9.º Celebrar contratos de seguro de vida, renta vitalicia y otros análogos, cuando estos requieran de inversiones o aportaciones de cuantía extraordinaria.”

Como veníamos refiriéndonos a esta dualidad, la circunstancia en la tendencia de gasto económico no puede ser controlada si se establece únicamente con la guarda de hecho, ya que como veremos más adelante en este supuesto, María recibe una gran cantidad de dinero a razón de la herencia de su abuelo y al valorar circunstancias propias, conflicto de intereses con la madre y su temprana edad; que podría poner en peligro el patrimonio del que dispone. En este caso es conveniente que la eficacia jurídica de los contratos realizados por la persona con discapacidad se subordine a la asistencia de un curador o excepcionalmente se le atribuya a este unas facultades de representación para concluirlos en nombre de la persona con discapacidad. Este hecho atiende única y exclusivamente a no dilapidar el patrimonio de la persona.

A efectos prácticos, existen casos donde la jurisprudencia defiende únicamente la curatela por encima de la guarda de hecho, bien es cierto que en los siguientes supuestos se ve de una forma clara la necesidad de la medida de la curatela, el acontecido en JPI núm. 9 Castellón de la Plana n.º 317/2021 de 4 octubre 2021, atiende al supuesto de una persona con discapacidad de condición soltera de 35 años, que convivía con sus progenitores, ambos guardadores de hecho, y padecía un trastorno esquizofrénico con patrón bipolar que presentaba vivencias expansivas con dimensión delirante de tipo megalómano. Cuando se encontraba en curso en estos periodos era vulnerable a influencias externas y en repetidas ocasiones había realizado la compraventa de bienes por un importe superior a su valor real. En su FJ tercero El juzgado contempló que se precisará de un apoyo judicial para evitar que esta persona tomará decisiones que pusieran en riesgo tanto sus bienes como su vida dado que no era consciente de la descompensación que existía. El hombre mostro conformidad con el establecimiento de las medidas de apoyo y aceptó que asumiera esta condición cualquiera de sus progenitores, mostro preferencia por su padre. Para esta situación, se nombró al padre como curador con facultades de representación: “en el ámbito personal, en orden a consentir tratamientos médicos y su internamiento cuando se descompensara de su enfermedad y hasta su estabilización; y, en el ámbito económico, respecto de los actos de administración y disposición económica y celebración de contratos, debiendo solicitar autorización judicial en los supuestos contemplados en el art. 287 CC, no siendo necesario nombrar un curador para el resto de apoyos que precisaba, dado que los efectuaban sus padres, como guardadores de hecho, sin problema alguno”.

De igual modo en la SAP Madrid, n.º 1808/2019 de 25 octubre 2021, en el FJ primero sujetó a curatela a una persona que padecían trastorno psicótico no especificado y rasgos paranoides de personalidad, la cual no tenía “conciencia de enfermedad”, por lo que no seguía el tratamiento psicofarmacológico pautado, y, “al no tener conocimiento cierto de la realidad tampoco lo tiene sobre su economía”: en el informe forense de primera instancia se dice que “gastó 20.000 euros en el día a día” y que “puede gastar en un día la mayor parte de la pensión confiando en las ayudas que recibe de su familia”. Revocó la sentencia de incapacitación (dictada con arreglo al régimen legal anterior) y estableció una curatela de carácter asistencial, nombrando curador al hijo que en primera instancia había sido designado como tutor. Previó la asistencia del curador en el ámbito de la salud de la madre, “en concreto, la asistencia a consultas médicas, el seguimiento del tratamiento farmacológico pautado y cualquier otro que guarde directa relación con ello”; así como en el “ámbito de la administración y disposición de sus bienes, exceptuando el dinero de bolsillo”.

Del análisis de la situación me decanto porque la medida que se debe adoptar en el caso de María es la de la curatela, ya que no son suficientes las medidas voluntarias que se dispongan y en este caso se requiere de una asistencia de manera continuada.

### **5.2.1.3. La curatela**

Aunque la curatela tiene un carácter residual, es la medida de apoyo a establecer por la autoridad judicial, pero si las anteriores medidas no han sido suficientes será de aplicación para las personas con discapacidad que precisen medidas de apoyo de manera continuada, y en cuanto a su aplicación temporal se determinará respecto de la resolución judicial de acuerdo a la situación y circunstancias de la persona.

Puede precisarse de un carácter asistencial y/o representativo, determinándose en la resolución donde se establezca la curatela como medida de apoyo éste carácter. La tutela actual no se va a convertir en curatela ni en curatela representativa de forma automática. Solo se aplicarán las normas de la curatela representativa a la tutela hasta la revisión por aplicación de la Disposición Transitoria 2ª.

Para nombrar al curador, se acude a la voluntad de la persona con discapacidad mediante escritura pública y en su defecto se acude a los artículos 275 y 276 CC. En los que se establece que no podrán ser curadores:

1.º Quienes hayan sido excluidos por la persona que precise apoyo.

2.º 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.

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

Puede nombrarse a más de una persona como curador.

En el supuesto concreto ostentará la curatela la madre, ya que el padre acuerda proveer alimentos a María, pero respecto de las cuestiones que impliquen la curatela asistencial o representativa renuncia a las mismas, siendo dichas facultades atribuibles a Nuria exclusivamente. Además, el curador puede ser removido de su cargo por excusarse el mismo del mismo. Se tomará posesión ante el Letrado de la Administración de Justicia.

En cuanto a las obligaciones que precisa el curador, ha de tener contacto directo con la persona con discapacidad y respetar su voluntad. Si se trata del curador representativo está obligado a hacer inventario de los bienes o constituir fianza si fuere necesario.

Previo a las autorizaciones judiciales, se ha de diferenciar que existen dos tipos de curatela, la curatela representativa: cuando la persona necesita apoyos para el ámbito social y económico administrativo; o la curatela asistencial: para casos concretos como cuando la persona con discapacidad requiere apoyos para el plano social y no el económico, al poder la persona administrar propiamente su patrimonio, pero requiere ayuda para la administración de medicación o el aseo propio como es el presente caso.

Respecto del supuesto concreto entre Nuria y María en el que concurre la curatela asistencial aludo a la jurisprudencia dictada en la SAP de Jaén, n.º 106/2022, de 14 de septiembre de 2022. Se establece la constitución de curatela con facultad de

representación respecto de una persona que padecía una “demencia degenerativa primaria asociada a componente vascular-degenerativo en estadio severo”, con “trastornos cognitivos y conductuales”, que podían “producir estados continuados de incapacidad”, los cuales requerían “de apoyos en las áreas detalladas en sus capacidades adaptativas”, teniendo dicha patología “un carácter evolutivo crónico e irreversible”.

Atendiendo a los FD segundo y tercero de la Sentencia, la persona con discapacidad se oponía a la administración de tratamiento médico, mostrando signos agresivos. Por lo que se nombra curador de uno de los hijos, quien dejar de trabajar para ocuparse de su padre, anteriormente esa tarea había sido desempeñada por otro de los hermanos, quien ostentaba la guarda de hecho del padre, pero que tenía que seguir trabajando. Carácter representativo de la curatela, dada la actual situación de la persona con discapacidad, como consecuencia de la cual “no ha podido pronunciarse sobre las medidas de apoyo que considera idóneas, como revelan las pruebas de exploración judicial y forense verificadas en primera instancia”. Y de este modo la Audiencia dictamina que “aconseja la constitución del régimen de curatela interesado en el recurso presentado, con la atribución de funciones representativas en lo referente a su esfera personal y, en particular, para el consentimiento de tratamientos médicos personalizados en atención a su estado de salud, incluyendo el ingreso en un centro adecuado cuando sufra episodios agudos de aquella, estados de descompensación de su enfermedad, hasta lograrse su estabilización”. Considerando de este modo que la guarda de hecho no es suficiente para hacer frente a las circunstancias, estableciéndose una curatela con funciones representativas limitadas al ámbito asistencial, excluyendo las medidas patrimoniales.

Resulta de especial interés conocer las circunstancias de la curatela representativa, y ya en las anteriormente citadas circunstancias contempladas en el art. 287 del Código Civil, en las que el curador con funciones representativas requiere autorización judicial para los términos expuestos. Siendo de tal importancia esta autorización judicial contenida que en que en la sentencia que se alude en el apartado 5º la STS 56/2018 de 10 de enero, previa a la Ley 8/2021, la tutora de una persona con discapacidad titular de una parte de unas fincas y otorga en escritura pública, un contrato de permuta de las mismas a cambio de unas viviendas en el edificio que habría de construir una sociedad más adelante. Al momento de realizar estas operaciones, no se dispone de la autorización

previa que se exige por el art. 271 CC. pero se prevé dicha circunstancia en la escritura pública y la tutora adquiere la obligación de obtener la vivienda. La sociedad cae en concurso de acreedores y la misma tutora impugna la permuta por faltar la autorización judicial en virtud del 271 CC.

El tribunal resuelve entre las diversas posiciones que la Sala ha tenido en el tiempo –la de la nulidad, la del acto incompleto y la de la anulabilidad– se decanta por la tesis del acto anulable, y entiende que la autorización posterior confirma el acto.

Otro aspecto destacable respecto de las autorizaciones judiciales es que el curador no necesitará autorización judicial para el arbitraje de consumo, para la partición de herencia o la división de cosa común realizada por el curador representativo, pero una vez aprobadas requerirán de aprobación judicial.

En consecuencia, a efectos prácticos distintos al supuesto, planteo ejemplos de la necesidad de autorización judicial:

- Si sobre quien recae la curatela tiene en su propiedad una vivienda y necesita liquidez económica con motivo de cubrir unos gastos médicos derivados de sus circunstancias sanitarias, ha de recabar autorización judicial para la venta del inmueble. Previo procedimiento de tasación mediante un perito y realizar un escrito describiendo el motivo de la venta, junto con las ofertas de posibles compradores basándose en el art. 287 CC.
- De igual modo se ha de recabar autorización judicial cuando se necesita internar a la persona con discapacidad en un centro, y existe controversia por oposición de la persona que va a internar. A tenor del 287.1 CC, aunque no existiera una curatela y solo una guarda de hecho se ha de recabar autorización judicial para estos supuestos contenidos en el artículo.
- Un supuesto para el que no es necesario la autorización judicial previa, pero posteriormente hay que comunicar y acreditar al Juzgado, es al aceptar una herencia. En primer término se acepta la herencia a beneficio de inventario y posteriormente se comunica al Juzgado.

En términos generales, la figura del curador, al cesar sus funciones deberá rendir ante ella la cuenta general justificada de su administración en un plazo de tres meses, prorrogables por el tiempo que fuere necesario si concurre causa justa.

En cuanto a los derechos del curador, se tiene derecho a retribución siempre que el patrimonio de la persona con discapacidad lo permita, así como el reembolso de los gastos justificados y a la indemnización de los daños sufridos sin culpa por su parte en el ejercicio de su función, en principio si fuera posible se sufraga con ese 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.

La curatela se puede extinguir por el nombramiento de un nuevo curador por premonición o excusa del anterior o bien, por fallecimiento de la persona con discapacidad. También cabe el supuesto de que la revisión de la resolución donde se estableció esta medida de apoyo si se considera que la misma ya no es necesaria ni proporcional a la situación actual de la persona con discapacidad.

### **5.2.2. ¿Es posible que María, pudiese seguir acudiendo al centro de educación especial?**

Dentro de la explicación ya avanzada anteriormente respecto de las medidas de apoyo a las personas con discapacidad se puede concluir que se ha de iniciar mediante un procedimiento de jurisdicción voluntaria al tratarse de una medida de apoyo, salvo que exista oposición o no se puedan establecer mediante este procedimiento.

Es un procedimiento que se ha de iniciar por cualquiera de las partes legitimadas; en el presente supuesto pueden solicitarlo tanto la madre como el padre, sin que sea preceptivo para acudir al proceso ni abogado ni procurador, que solo serán necesarios en este supuesto si son solicitadas por la hija con discapacidad.

Si concurre oposición a la medida de apoyo, se archivará el procedimiento de Jurisdicción Voluntaria y se pasa a los contemplados en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Siendo competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar en el que resida la persona con discapacidad, en este caso Valladolid.

La legitimación activa corresponde al Ministerio Fiscal, a la persona con discapacidad, a su cónyuge no separado o asimilables, ascendientes o descendientes. Si la demanda fuera presentada por alguien que no esté legitimado, se dará archivo al procedimiento y se dará cuenta al Ministerio Fiscal.

El contenido de las medidas de apoyo ha de ser una solicitud de las circunstancias que hagan necesario el establecimiento de estas medidas para la persona con discapacidad, por lo que se debe acreditar que las medidas acordadas con anterioridad si es que existiesen no se adecuan a las necesidades que requiere aquella.

Se han de acreditar de manera explícita los siguientes datos:

- Identidad del solicitante y de la persona con discapacidad.
- Circunstancias que hagan necesario el establecimiento de medidas de apoyo, siendo aconsejable aportar documental relativa a los hechos.

- Identidad de los familiares que presten apoyo a la persona con discapacidad (padres, hijos, hermanos...)

Como prueba documental se ha de aportar:

- 1- Dictamen de un especialista en el ámbito sanitario
- 2- Dictamen de un especialista en el ámbito social.

Si no existiera posibilidad de acompañar estos informes sería necesario una justificación del porque no se aporta.

Lo esencial de este procedimiento, es la intervención de la persona con discapacidad, por ello, es necesario establecer medios y herramientas para que dicha persona, en este caso María, entienda a la perfección los extremos que se van a tratar en la entrevista ya que se trata de una diligencia de ineludible cumplimiento. Un ejemplo de estos medios es la utilización de un lenguaje sencillo y accesible, facilitar que pueda estar durante la entrevista en compañía de quien estime o procurar la intervención de un facilitador. En caso, de que ni la persona con discapacidad comparezca en el juzgado, o en su defecto, comparezca su defensor judicial, el procedimiento quedará excluido y archivado de la Jurisdicción Voluntaria.

La intervención de la persona con discapacidad deberá intervenir con abogado y procurador de manera preceptiva<sup>23</sup>, en caso de que no designe la propia persona a su postulación será nombrado defensor judicial que comparecerá junto con abogado y procurador. Este último supuesto<sup>24</sup> puede concurrir cuando exista una total imposibilidad de comunicación o si dicha persona con discapacidad presenta una voluntad renuente y obstativa.

---

<sup>23</sup> En caso de que se tratase de abogado y procurador de oficio se ha de tener en cuenta el reconocimiento excepcional del del derecho a la asistencia contemplado en el art. 5.2 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita: “se podrá reconocer el derecho a la asistencia jurídica gratuita atendiendo a las circunstancias de salud del solicitante y a las personas con discapacidad señaladas en el apartado 2 artículo 1 de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, así como a las personas que los tengan a su cargo cuando actúen en un proceso en su nombre e interés, siempre que se trate de procedimientos que guarden relación con las circunstancias de salud o discapacidad que motivan este reconocimiento excepcional.”

<sup>24</sup> Art. 42 bis 4) Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria: “a 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.”

El contenido del informe del especialista en el ámbito social, ha de informar sobre los siguientes extremos,

- I. Las personas que de manera habitual frecuentan en la compañía de la persona con discapacidad, María.
- II. Las circunstancias relativas respecto del autocuidado de María en el ámbito de su vida diaria que aconsejen medidas de apoyo.
- III. Las circunstancias actuales relativas al ámbito patrimonial que puedan aconsejar apoyos como son los seguimientos de sus cuentas, la administración de su pensión, el patrimonio personal del que dispone, los actos jurídicos complejos o administrativos y detención de los posibles abusos, conflictos de intereses o las posibles influencias indebidas en este ámbito.
- IV. Los recursos que pueden ser prestados por la Administración atendidas las circunstancias actuales, como son los servicios de ayuda a domicilio, de comida, centro de día...
- V. O la posible necesidad de ingreso en alguna institución.

Además, respecto del ámbito sanitario se ha de solicitar que informe sobre los siguientes extremos,

- I. Si la persona es capaz de expresar su voluntad, deseos y preferencias de manera libre. Sabiendo que dicha persona tiene el suficiente conocimiento de la realidad sobre los actos que les conciernan, que su voluntad no se encuentre condicionada o mediatizada por la discapacidad ya que conllevaría el no desarrollo de su plena personalidad y que la voluntad de María en este caso se halle exenta de influencias indebidas.
- II. Si la persona precisa de ajustes del procedimiento y, en su caso, de un facilitador.
- III. También, se ha de contener la intensidad del apoyo. Determinando si precisa supresión o asistencia en alguno o varios de los ámbitos concernidos por la necesidad de apoyo, o si en algún ámbito concreto se necesita excepcionalmente un apoyo mayor al no ser posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona.

Por tanto, y a la vista de los informes se han de realizar diligencias preceptivas:

Se ha de entrevistar con la persona con discapacidad con la finalidad de conocer la necesidad de las medidas que han sido solicitadas, relativas a su vida diaria, lugar de residencia, personas con las que convive, personas que le visitan de manera habitual o a quien acude en situación de consejo o necesidad. La entrevista será realizada de manera reservada y en presencia del Ministerio Fiscal.

Se le ofrecerán medidas alternativas de apoyo o voluntarias.

Se da audiencia a los parientes más cercanos como sería en este caso a sus padres y estos mismos podrán proponer la práctica de las diligencias.

También se podrá acompañar dictamen pericial de los ámbitos antes mencionados cuando se considere necesario.

Y recabar informe de la entidad pública (a título de ejemplo para el caso, la Junta de Castilla y León) que tiene encomendada la función de promoción de la autonomía y asistencia de las personas con discapacidad, o también se podrá oír a una entidad privada que tenga carácter social (por ejemplo, la Fundación Personas) siempre y cuando esté debidamente habilitada como colaboradora de la Administración de Justicia

En cuanto a nuestra actividad como letrados:

Una vez practicadas las diligencias antes mencionadas y las propuestas por los interesados que hayan sido admitidas, las partes personadas informarán sobre la necesidad del apoyo, sobre la medida de apoyo que entendemos que procede en cada caso, en el caso de que sea una curatela determinar si debe ser asistencias y/o representativa, además de concretar los hechos para los que proceda una curatela asistencial y para los que procede una curatela representativa.

Establecer la necesidad o la falta de esta que la persona que preste los apoyos deba informar anualmente de su gestión de la situación personal de la persona con discapacidad y el plazo en el cual se ha de revisar la situación personal de la persona.

Por último, el Auto que concluya el juzgador nunca puede contener un procedimiento sobre la capacidad de la persona, debe reconocer la necesidad de establecer medidas de apoyo, concretar la medida de apoyo y la persona que va a llevar a cabo el apoyo y para que casos concretos se precisa en caso de ser la medida de apoyo la curatela, las obligaciones adicionales que se pueden establecer para la persona que preste los apoyos y el plazo en el que se deberá revisar la medida.

Todo este desarrollo carecería de sentido si en el supuesto de que no se haya designado curador y el conflicto no hubiera sido resuelto por parte de los progenitores, no pudiendo así ejercer Doña Nuria la curatela de María, se hubiera nombrado a una fundación ya que al existir la controversia derivada del divorcio. O en el caso de que removieran a la madre del cargo y nombraran a una fundación.

**5.2.3. ¿Qué sucederá con la herencia que le dejó su abuelo materno? ¿Al ser una persona con discapacidad, en caso de herencia por parte del abuelo materno como se debería proceder?**

Atendiendo al presente supuesto y suponiendo que Nuria presta medida de apoyo mediante la curatela a María se ha de determinar que estamos ante un presunto supuesto de conflicto de intereses. Debido a que ambas son herederas de Don Martin, padre de Nuria y abuelo de María. Por lo que dentro de los términos expuestos con anterioridad se ha de seguir el procedimiento dispuesto para el fenómeno de la sucesión que se contempla en el Título III del Libro III de nuestro Código Civil. Con la salvaguarda de una de las herederas es una persona con discapacidad.

En este supuesto cabe la intervención del defensor judicial, es una medida de apoyo que se utiliza únicamente en supuestos concretos y determinados, precisa de un carácter temporal y puede ser coetánea con otras medidas de apoyo.

En relación con los art. 6, 7 y 8 de la LEC y el defensor judicial se ha de diferenciar en cuanto a esta figura. De acuerdo con el art. 27 a 29 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria en cuanto a que dicho nombramiento será efectuado por el Letrado de la Administración de Justicia.

Por ello, hay que diferenciar los casos de conflicto de intereses entre persona con discapacidad y en los supuestos en los que la persona con discapacidad este inmersa en un procedimiento judicial de los casos en los que se precise el nombramiento de un defensor judicial para administrar bienes durante la tramitación de un procedimiento provisión de apoyos y el supuesto del nombramiento del defensor judicial recurrente, en cuyo caso será la autoridad judicial la que deba nombrarlos<sup>25</sup>, supuestos en los que se ha de nombrar por el juez:

1.º Cuando, por cualquier causa, quien haya de prestar apoyo no pueda hacerlo, hasta que cese la causa determinante o se designe a otra persona.

---

<sup>25</sup> De acuerdo con el art. 295 CC, citado en el cuerpo del escrito.

2.º Cuando exista conflicto de intereses entre la persona con discapacidad y la que haya de prestarle apoyo.

3.º Cuando, durante la tramitación de la excusa alegada por el curador, la autoridad judicial lo considere necesario.

4.º Cuando se hubiere promovido la provisión de medidas judiciales de apoyo a la persona con discapacidad y la autoridad judicial considere necesario proveer a la administración de los bienes hasta que recaiga resolución judicial.

5.º Cuando la persona con discapacidad requiera el establecimiento de medidas de apoyo de carácter ocasional, aunque sea recurrente.

A los anteriores hay que añadir el supuesto previsto en el art. 56.1 de la Ley del Notariado (persona interesada en una declaración de herederos abintestato).

El procedimiento a seguir para el nombramiento del defensor judicial será audiencia a la persona con discapacidad y el Juez nombrará defensor judicial a quien sea más idóneo para respetar, comprender e interpretar la voluntad, deseos y preferencias de aquella. Al finalizar su función, tendrá que rendir cuenta de sus actuaciones. Y en el supuesto de que se nombre para enajenar a un bien se podrá dispensar al defensor judicial la venta en subasta pública, fijando un precio mínimo y la aprobación judicial posterior de los actos. Al defensor judicial se le aplicarán las normas relativas a las excusas, remoción y causas que le inhabiliten para su cargo que se aplican al curador.

En el supuesto que nos acontece, podría suponerse que exista algún tipo de conflicto de intereses ya que el abuelo de María nombro heredera a María de alguno de sus bienes. Y al ostentar la curatela la madre, también heredera, no podría intervenir en la herencia por María ya que podría suponer un conflicto de intereses.

En este caso el nombramiento de un defensor judicial en caso de que exista conflicto de intereses entre María y Nuria, ha de sobrevenir a la designación de quien preste el apoyo. Tal y como contempla el artículo 295 del Código Civil, pero teniendo en cuenta que no deja cerrado el concepto de conflicto de interés la STS 597/2017, de 8 de

noviembre Sala de lo Civil, sec. 1ª en su FD tercero establece lo siguiente “el conflicto, para ser tal, debe ser real en atención a las circunstancias concretas, de modo que exista un riesgo de que la actuación del representante en beneficio propio ponga en peligro los intereses del representado”. Lo que significa que el conflicto ha de ser actual y efectivo, no siendo meramente probable o eventual.

Del mismo modo, la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (DGSJFP), anteriormente Dirección General de Registros y del Notariado (DGRN) sostiene que “es necesaria la existencia real de ese conflicto u oposición de intereses. La doctrina hasta ahora mantenida, a que se ha hecho referencia, supone no dar por sentado que siempre que en una partición intervenga un representante legal en su propio nombre y en representación de un menor existe, por definición, oposición de intereses, sino que habrá que examinar las circunstancias concretas de caso, como se ha venido realizando hasta ahora<sup>26</sup>”.

A efectos prácticos nos encontramos ante un supuesto en el que cabe la posición del conflicto de interés y, por tanto, cabe designar un defensor judicial para la causa tal como acontece en la STS Sala de lo Civil, sec. 1ª n.º 640/2012 de, 18 de octubre (RJ 2012\9722), en el que un matrimonio de seis hijos, en el que ambos progenitores fallecen de manera casi simultánea. Tienen testamento y legan a uno de sus hijos, que tiene una discapacidad, una finca. De igual modo, los padres disponen también un legado para su hijo mayor, siendo nombrado tutor del hermano que es una persona con discapacidad. El tutor decide adjudicarse bienes de la herencia, de común con los demás hermanos. El conflicto de intereses se produce al actuar el hermano como heredero y como representante de la persona provista de apoyo que, además de legatario de la finca, es también heredero, por lo que corresponde en este caso nombrar un defensor judicial que represente al heredero con discapacidad.

---

<sup>26</sup> RDGRN de 2/03/2015. Disponible en <https://www.boe.es/boe/dias/2015/03/21/pdfs/BOE-A-2015-3012.pdf>.

## 6. CONCLUSIONES

A juicio de este letrado estimo que ante el supuesto de hecho planteado y expuestos los extremos que le corresponde, considero que se pueden esclarecer las siguientes conclusiones:

- I- En el divorcio de Nuria y Alejandro, progenitores de María, ha incidido en la relación de ambos con su hija, siendo el mayor afectado su padre, Alejandro, al no convivir con ella. Desde un punto de vista objetivo y en lo relativo a esa relación padre e hija, se aprecia en el supuesto práctico que ese vínculo y afecto paternal ha mermado, hasta el punto de simplemente limitarse a ofrecer ayuda en cuanto a sus obligaciones económicas sin ofrecer, de lo contrario, más apoyos a María en otros de sus muchos ámbitos que la rodean. Esto repercute y conlleva a la situación de que sea sólo Nuria quien desempeñe este apoyo de manera reiterada tras acordar el divorcio. En un primer momento, la estrategia de Alejandro podría haber sido la determinación de un régimen compartido con el fin de evitar la cobertura de los gastos económicos, sin embargo, acaba reconociendo que no puede hacer frente a todas las necesidades y apoyos de su hija, o lo que es lo mismo, las obligaciones que un curador tiene dispuestas por ley

Tales son los hechos, que previa aprobación de la ley, previamente ya se inició de oficio un procedimiento en el que se designaba a Nuria como tutora de María. Y en vista de que, por parte del despacho no se ha iniciado ningún otro procedimiento, se debería de iniciar un nuevo trámite ante el Juzgado de Primera Instancia de Valladolid, al ser esta ciudad el nuevo domicilio de María a efectos procesales, estableciendo en el mismo, la incorporación de nuevas medidas de apoyo para María, ya que atendiendo a su estado psíquico, psicológico y de las circunstancias que se derivan, a mi modo de ver debería establecerse la figura de la curatela.

- II- La nueva regulación de medidas de apoyo recogida en la Ley 8/2021, ha supuesto un gran cambio y avance en el paradigma de concretar las necesidades de las personas con discapacidad para que puedan operar con total

libertad, de acuerdo con su voluntad, deseos y necesidades. Tras una visión generalizada del trabajo, se podría determinar cómo cierta la afirmación realizada, pero a su vez nos lleva a replantearnos diversos puntos sobre la voluntad y deseos de las personas con discapacidad y es que, ¿realmente pueden primar estos en aquellas situaciones en las que las circunstancias limitan la toma de decisiones anulando parcialmente ambas capacidades?

En mi opinión este supuesto representa la cuestión que acabo de plantear, ya que, si tienen limitada esta capacidad de decisión, no podrían determinar si una situación les produce alguna ventaja o desventaja, limitando a su vez el posible apoyo de un tercero que previa y libremente hayan designado o hayan sido determinados por un juez.

Por tanto, cabe contestar a ¿cómo pueden operar de manera efectiva en sus intereses? No considero que esta sea una cuestión que verse sobre si las personas con discapacidad se pueden valer por sus propios medios o no, sino que la figura de la persona que presta el apoyo sea efectiva y mediante la medida que se determine judicialmente o no, se pueda dirimir el interés de esta persona de manera certera, siendo este el mayor principio que consagra la Ley mencionada.

Por ello, resulta interesante analizar quien va a suplir esta figura de prestar apoyos, debiendo ser aquella que tenga un trato directo con la persona discapacitada y que vele por sus deseos e intereses sabiendo lo que es conveniente para la persona y siguiendo su transcurso vital de toma de decisiones, intentando determinar lo que a su juicio sería una decisión correcta. Como acontece en el presente caso, es claro que esta figura de apoyo ha de ser desenvuelta por Nuria, la madre de María, ya que es quien ha convivido con ella durante los últimos años y quien lleva velando de manera efectiva por sus intereses todo este tiempo, además de conocer a María en todos los ámbitos y saber qué es lo que le gusta y disgusta; y con que decisiones se puede llegar a sentir más cómoda. Preciso que no es el hecho de que su madre tome decisiones en virtud de su juicio, sino que debe ser ella la que, conociendo la voluntad de su hija y en supuestos en los que María no

pueda expresarlo, pueda hacer efectivos sus deseos mediante la toma de decisiones por ella misma.

- III- La condición que María padece respecto de su enfermedad rara con presuntos episodios esquizoides y alteraciones cognitivas supone que hoy en día se disponga nuevas medidas de apoyo, ya precisaba de una tutela y dado su estado de salud, física y mental, lamentablemente la situación no tiende a mejoras. Sin perjuicio de que un futuro exista algún tratamiento que mejore notablemente su calidad de vida y permita a María de reducir sus apoyos. Pero hasta el momento, parece recomendable que María precise de al menos una curatela asistencial.
- IV- En cuanto al desarrollo de la cotidianeidad de la vida de María, la mencionada Ley plantea cumplir con la protección y ejecución, por parte del legislador, de los derechos y libertades de las personas con discapacidad, pero es cierto que aplicándolo a este caso práctico parece inoperable para ciertos supuestos, como es el de crear una cuenta bancaria: por ejemplo, María quiere ingresar el dinero que ha obtenido de la herencia de su abuelo en una nueva cuenta corriente, pero para ello será necesario que acuda junto a ella, la persona que se encuentre designada para prestarle apoyos, ya que la política de muchos bancos que en este sentido, aún no han acabado de homologar la nueva ley, obligan a acudir con su tutor, es decir, la persona que debe verificar la operación será su curador.

Ante esta situación, el protocolo a seguir sería el de crear una cuenta mancomunada en la que ella pueda consultar el estado de sus cuentas, pero la persona que tiene que validar las operaciones que realice será en todo caso su curador, y a falta de esta figura no podría operar de manera sencilla ya que si desde la entidad se observa que no dispone de esta figura puede encontrarse limitada en muchos ámbitos. Como sería el supuesto habitual, aquel en el que María necesite material farmacéutico, sanitario u ortopédico, será el curador el que opere en las cuentas para satisfacer las necesidades de ella en cualquier ámbito, siguiendo su voluntad, deseos y necesidades. Sin perjuicio, de la rendición de cuentas que ha de llevar a cabo esta figura de medida de apoyo.

Otro supuesto, por ejemplo, acontecería en el caso de un ingreso médico debido sus episodios esquizofrénicos y la toma de decisiones que puedan derivarse del ingreso o decisiones medicas que han de ser autorizadas por la persona con discapacidad, sin la existencia de esta figura dificultaría la tramitación de las acciones que hubiera que tomar de manera eficaz.

Por ello, la figura de la curatela, en cierto modo, aunque se luche contra este propósito, complementa la capacidad de obrar de la persona con discapacidad, y en este sentido, es considerada como la medida de apoyo con mayor utilidad para el desarrollo de la vida diaria de una persona con discapacidad, ya que sin ella habría de estar sometido constantemente a las autorizaciones judiciales que se disponga con todo el transcurso y recorrido procesal que conlleva. Por ello, si desde un primer momento que se inste no fuera propuesta la medida de apoyo de la curatela por el Juzgado competente, acabaría siendo algo que antes del plazo fijado para la revisión, en tres años, debiéndose instar una nueva revisión, ya que por muchas medidas de apoyo voluntarias que se establezcan en documento público, sería lo más práctico sabiendo que se puede delegar este apoyo en alguien que se encuentra velando por intereses, necesidades y deseos; como es su madre Nuria.

- V- Otra cuestión relativa a la aprobación de esta nueva ley es la relacionada con la jurisprudencia, aún parece difusa en muchos ámbitos, concretamente en los anteriormente comentados. Parece que en instancias superiores se aboga por una visión mucho más liberal de la toma de decisiones de las personas con discapacidad, pero aún en numerosas Audiencias Provinciales, se apuesta por un modelo más conservador. Toda la jurisprudencia comentada es recibida de igual modo por la Ley, mediante cambios significativos en sus resoluciones bajo la visión de las nuevas libertades y derechos de las personas con discapacidad. De este modo existe una doctrina que entiende la necesidad del cambio y la no restricción de la voluntad de las personas con discapacidad pero también, comparte que se deben establecer figuras que hagan efectiva la voluntad de estas personas, ya que no se puede dejar al libre arbitrio las determinaciones realizadas por una persona con discapacidad al no precisar

de un conocimiento justificado y razonable sobre lo que realmente le va a resultar conveniente en distintos ámbitos.

Por ello el comentario de las autorizaciones judiciales en relación con el artículo 287 del Código Civil me parece una medida muy acertada para el control efectivo de las personas que prestan medidas de apoyo, viendo como único y mayor inconveniente la tramitación de esta autorización y las dilaciones que puedan sufrir las personas a efectos prácticos.

Tal y como se puede ir observando en el desarrollo del supuesto práctico, tomo en consideración la SJPII núm. 4 Massamagrell n.º 916/2021 de 21 septiembre 2021 y la SJPI núm. 5 Córdoba n.º 343/2021 de 30 septiembre 2021, pero en especial consideración la SAP de Jaén Sección 1ª n.º 106/2022 de 14 de septiembre de 2022, en la cual se establece la constitución de una curatela con la facultad de representación para una persona que padecía demencia y trastornos cognitivos y conductuales, que tendían a un carácter “crónico y evolutivo”, como signo detonante para la determinación de esta medida de apoyo, ya que tal y como se cita en la propia sentencia “podía producir estados continuados de incapacidad”.

VI- Para hacer un breve resumen con conclusiones respecto cuestiones prácticas planteadas, sin mayor abundamiento a lo relatado

1. ¿Cómo puede solicitar María estar en compañía de su madre de manera permanente y que sea su única asesora en cuestiones que afecten a su vida personal?

Respecto de esta primera cuestión, son los hechos que han estado vigentes desde la disolución del matrimonio de sus progenitores. En el momento en el que María sea oída ante un tribunal y tras el informe psicosocial en el que se establezcan unas recomendaciones sobre lo que es mejor para ella o en el que se expongan sus deseos, no existen motivos fundados para que suponga cambio alguno. Nuria es quien ostentaba la tutela de María, con quien convive desde el momento del divorcio y quien, en mayor parte, se ha dedicado a

atender las necesidades de su hija. Su padre, siempre ha mostrado preocupación en los momentos más difíciles de María apoyándola y dotándola de apoyos económicos pero debido a sus circunstancias personales no ha desempeñado un papel activo en la cotidianidad de su hija María.

Por ello, y en aras de que Nuria ha sido su guardadora de hecho durante este tiempo, se debe de estimar la curatela como la nueva medida de apoyo en base a los razonamientos ya expuestos. Dicha circunstancia no tiene en cabida en devaluar la relación con su padre, ya que Nuria como curadora ha de fomentar todas las conductas que le sean relativas a la vida social y familiar de María, por lo que se verán tanto como pueda el padre y en los términos de libertad que dispone la ley. Siempre y cuando mientras este en su compañía este atendida de una manera correcta. Atendiendo al caso concreto, llegar a un acuerdo, como en la realidad se llegó, es lo más conveniente ya que de lo contrario, sin ser una situación peor, la curatela hubiera sido desempeñada por algún tercero neutro como una fundación. Y personalmente, si su madre quería desempeñar este papel de apoyo, sabiendo su padre que él no podría, lo más correcto es la decisión tomada ya que supone mayor cercanía y mayor conocimiento del trascurso vital de María lo que pueda llegar a asesorar y decidir su madre, que la cercanía que le pueda ofrecer una fundación que es un tercero ajeno.

Cosa distinta, es el supuesto en el que en un futuro se produjera el fallecimiento de la madre, y María por ende perdiese a su curadora. Esto suele ser habitual en personas mayores con hijos con discapacidad, que bien por condiciones de salud propias, fallecimiento o simplemente por la existencia de alguna incompatibilidad con su función ya que son estos curadores los que necesitan esas medidas de apoyo. En estos casos se debería iniciar un procedimiento de revisión de medidas a través de la designación de un tercero neutro como curador de esta persona. En el supuesto de fallecimiento, será iniciado de oficio.

2. ¿Es posible que María, pudiese seguir acudiendo al centro de educación especial?

De igual modo que lo comentado anteriormente, entiendo que si la voluntad de María es continuar acudiendo al colegio de educación especial, y sus padres así lo acuerdan, es lo más conveniente. Respecto de esta cuestión lo más controvertido fue el carácter económico que el centro de educación conlleva, en virtud del cual comenzaron en un primer momento las disputas entre los progenitores. Si bien, se estableció cuando era menor que los gastos educativos serían abonados por mitades, parece a priori la opción más correcta que siga siendo de este modo, si existe la posibilidad económica de ofrecer a María continuar en una institución educativa de carácter privado por parte de sus padres. Esta cuestión otro extremo que se alcanza por acuerdo, en el sentido de que ambos progenitores saben que en este colegio ha desarrollado un grupo de amistades y donde María acude por deseo propio, si bien es un esfuerzo económico por parte de sus padres, ha sido lo más favorable para ella. El punto en el que se llega al acuerdo fue cuando se informó a ambos progenitores de la existencia un programa de subvenciones por parte de organismos públicos para acudir a estos centros si la persona cumplía los requisitos descritos en la convocatoria de la ayuda. Por lo que desde el despacho, se hizo un estudio de la convocatoria y se vio amplia probabilidad de que fuera concedida la ayuda.

3. ¿Qué sucederá con la herencia que le dejó su abuelo materno? ¿Al ser una persona con discapacidad, en caso de herencia por parte del abuelo materno como se debería proceder?

Una vez defendida la figura de la curatela, bien es cierto que para supuestos como el descrito, una herencia, en la que la persona que presta la curatela y sobre la que recae esta medida son instituidas herederas de la misma herencia. Supone de vital necesidad la entrada de un defensor judicial. Simplemente por los objetivos que presta la ley y por continuar velando por los intereses de la persona con discapacidad.

De hecho esta figura siempre está latente cuando resulta alguna cuestión controvertida en el plano judicial en la que sea parte una persona con discapacidad. Aquí se trata de ejecutar la voluntad de la persona fallecida y realizar la partición de herencia de manera correcta. Con la única nota de que el defensor judicial tenga conocimiento de lo que se ha dispuesto para su defendida y pudiendo cumplir con las exigencias legales que se determine. Por mucho que se conozca que la voluntad de Nuria no vaya a menoscabar los derechos hereditarios de María, se ha de implementar esta figura para no desarrollar ningún tipo de controversia ni entre ellas, ni respecto de la comunidad de herederos.

- VII- La toma en consideración de esta nueva regulación ha supuesto un gran cambio dotando de los Derechos Fundamentales que son innatos a todas las personas, en concreto, a las personas con discapacidad. Y a mi modo de ver, se debe dar vital importancia a las personas que van a desarrollar los apoyos y su idoneidad. Pero sin duda, hay que preservar los deseos, preferencias e intereses de estas personas. También se debe facilitar la tramitación de estas cuestiones por parte de los órganos judiciales, aunque pienso que es trabajo de todos, incluyendo tanto a los organismos públicos como privados, como al resto de individuos el favorecer la vida de las personas con discapacidad y fomentar el correcto desarrollo de su vida diaria.

Es dictamen que emite este Letrado y que somete a consideración de otro mejor fundada en Derecho.

En Valladolid, a 11 de enero de 2022

Fdo.: Diego de la Rubia Trillo

## 7. BIBLIOGRAFÍA

### ARTÍCULOS WEB

DE VERDA Y BEAMONTE, JOSÉ RAMÓN. “Primeras resoluciones judiciales aplicando la Ley 8/2021 de 2 de junio en materia de discapacidad” *Diario La Ley*, N° 10021, Sección Dossier, 3 de Marzo de 2022, Wolters Kluwer

<https://www.icaoviedo.es/res/comun/biblioteca/3776/PRIMERAS%20RESOLUCIONES%20JUDICIALES%20EN%20MATERIA%20DE%20DISCAPACIDAD.pdf>

DE VERDA Y BEAMONTE, JOSÉ RAMÓN. “La guarda de hecho de las personas con discapacidad a la luz de la reciente jurisprudencia sobre la materia”. *Diario La Ley*, N.º 10168, Sección Dossier, 11 de Noviembre de 2022, LA LEY.

DE VERDA Y BEAMONTE, JOSÉ RAMÓN. “Curatela frente a la guarda de hecho” *Tribuna*, 27 de mayo de 2022.

ARNAU MOYA, FEDERICO “Aspectos polémicos de la ley 8/2021 de medidas de apoyo a las personas con discapacidad” *Rev. Boliv. de Derecho* N.º 33, enero 2022, ISSN: 2070-8157, pp. 534-573.

### TEXTOS NORMATIVOS

Documento de la reunión de Copenhague de la conferencia sobre la dimensión humana de la CSCE, del 5 al 29 de Junio de 1990.

<https://www.osce.org/files/f/documents/5/3/14309.pdf>

Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2003-22066>

Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006.

<https://www.boe.es/boe/dias/2008/04/21/pdfs/A20648-20659.pdf>

Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, Lunes 21 Abril de 2008.

<https://www.boe.es/boe/dias/2008/04/21/pdfs/A20648-20659.pdf>

Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 35 de la Convención Observaciones finales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de España, Septiembre de 2011.

[https://www.refworld.org/es/cgi-](https://www.refworld.org/es/cgi-bin/texis/vtx/rwmain?page=search&docid=54992a994&skip=0&query=23%20de%20Septiembre%20de%202011&coi=ESP)

[bin/texis/vtx/rwmain?page=search&docid=54992a994&skip=0&query=23%20de%20Septiembre%20de%202011&coi=ESP](https://www.refworld.org/es/cgi-bin/texis/vtx/rwmain?page=search&docid=54992a994&skip=0&query=23%20de%20Septiembre%20de%202011&coi=ESP)

Informe del Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa de 9 de Octubre de 2013.

[https://www.defensordelpueblo.es/wp-](https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/informesMNPEspania/europa/3_INFORME_NILS_MUIZIEKS.pdf)

[content/informesMNPEspania/europa/3\\_INFORME\\_NILS\\_MUIZIEKS.pdf](https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/informesMNPEspania/europa/3_INFORME_NILS_MUIZIEKS.pdf)

Observaciones Generales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 19 de mayo de 2014

[https://www.plenainclusion.org/sites/default/files/observacion\\_general\\_no\\_1\\_2014\\_1f.pdf](https://www.plenainclusion.org/sites/default/files/observacion_general_no_1_2014_1f.pdf)

## **LEGISLACIÓN APLICABLE**

- Constitución Española.
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.
- 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.
- Ley 15/2015, de 2 de julio de la jurisdicción voluntaria.
- Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

## **8. JURISPRUDENCIA**

### **SENTENCIAS DICTADAS POR EL TRIBUNAL SUPREMO**

STS Sala de lo Civil, Sección 1ª n.º 640/2012 de 18 de octubre de 2012.  
ECLI:ES:TS:2012:6952

STS Sala de lo Civil, Sección 1ª n.º 597/2017, de 8 de noviembre de 2017.  
ECLI:ES:TS:2017:3923

STS Sala de lo Civil, Sección 1ª n.º 56/2018, de 10 de enero 2021.  
ECLI:ES:TS:2018:56

STS Sala de lo Civil, n.º 589/2021, de 8 de septiembre de 2021.  
ECLI:ES:TS:2021:3276

### **SENTENCIAS DICTADAS POR AUDIENCIAS PROVINCIALES**

SAP Madrid -Sección 22ª- n.º1808/2019 de 25 de octubre 2021,  
ECLI:ES:APM:2021:12716

SAP Santander -Sección 2ª- n.º 343/2021 de 29 de octubre 2021,  
ECLI:ES:APS:2021:1237

SAP Valencia -Sección 10ª- n.º 111/2022 de 19 de enero 2022,  
ECLI:ES:APV:2022:111

SAP Asturias -Sección 6ª- n.º 371/2022 de 21 de febrero 2022,  
ECLI:ES:APO:2022:371

SAP Córdoba -Sección 1ª- rollo de apelación n.º 68/2022 de 22 marzo 2022.

SAP Jaén -Sección 1ª- n.º 106/2022, de 14 de septiembre de 2022,  
ECLI:ES:APJ:2022:1123

SAP Badajoz -Sección 2ª- 809/2022 de 25 de octubre de 2022,  
ECLI:ES:APBA:2022:1369

**SENTECIAS DICTADAS POR JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA**

SJPII núm. 4 Massamagrell n.º 4 916/2021 de 21 septiembre 2021,  
ECLI:ES:JPII:2021:916

SJPI núm. 6 y Familia, Jaén, n.º 6 545/2021, de 22 septiembre 2021.

SJPI núm. 7 Sevilla 561/2021 27 septiembre 2021, Juicio Verbal especial sobre  
capacidad 1312/2020.

SJPI núm. 5 Córdoba 343/2021 de 30 septiembre 2021.

SJPI núm. 5 Córdoba 346/2021 30 septiembre 2021.

SJPI núm. 9 Castellón de la Plana de 4 octubre 2021, ECLI:ES:JPI:2021:1530

