



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

El régimen de la curatela tras la Ley 8/2021

Presentado por:

Natalia Sánchez Pérez

Tutelado por:

Cristina Guilarte Martín-Calero

Valladolid, 27 de junio de 2023

RESUMEN

La Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica ha generado un nuevo marco normativo en relación con la capacidad de las personas físicas y su ejercicio, adaptando el derecho común a las exigencias de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad. A grandes rasgos, la reforma ha suprimido el concepto de “incapaz”, sustituyéndolo por “persona con discapacidad”, ha sustituido la figura tutela por la curatela, primando la aplicación de esta última, pero dando preponderancia en todo caso a la voluntad de la persona con discapacidad en cuanto a las medidas de apoyo siendo, en principio, preferentes las de tipo voluntario a las fijadas por el órgano judicial.

Palabras clave: Apoyo, Incapacidad. Curatela. Discapacidad. Capacidad jurídica. Reforma. Ley 8/2021. Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

ABSTRACT

Law 8/2021, of 2 June, reforming civil and procedural legislation to support persons with disabilities in the exercise of their legal capacity, has generated a new regulatory framework in relation to the capacity of natural persons and its exercise, adapting common law to the requirements of the New York Convention on the Rights of Persons with Disabilities. Broadly speaking, the reform has eliminated the concept of "incapable", replacing it with "person with disabilities", and has replaced the concept of guardianship with that of curatorship, giving priority to the application of the latter, but giving preponderance in all cases to the will of the person with disabilities with regard to support measures, being, in principle, those of a voluntary nature preferable to those established by the judicial body.

Key words: Support, Incapacity. Guardianship. Disability. Legal capacity. Reform. Law 8/2021. United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities.

ÍNDICE

ABREVIATURAS	5
1.INTRODUCCIÓN	6
2.CONCEPTO DE DISCAPACIDAD Y SU INTERÉS SOCIAL	8
3.LA ADAPTACIÓN DE LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA A LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD DE 2006	11
4.LA NUEVA SITUACIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD TRAS LA LEY 8/2021.	13
5. LA CURATELA COMO MEDIDA DE APOYO	15
5.1 REGULACIÓN ACTUAL.....	15
5.2 ALGUNAS IMPRECISIONES EN LA REGULACIÓN ACTUAL	18
5.3 NOCIÓN DE CURATELA. LA CURATELA COMO MEDIDA DE APOYO.....	19
6.CONSTITUCIÓN DE LA CURATELA	22
6.1. CONSTITUCIÓN DE LA CURATELA EN EXPEDIENTE DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA.	23
6.1.1. Competencia judicial	23
6.1.2. Legitimación procesal	24
6.1.3. Procedimiento	24
6.1.4 Revisión de las medidas	26
6.2 LA CURATELA EN EL PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO	27
6.2.1 Competencia	28
6.2.2 Legitimación procesal	29
6.2.3 Tramitación	30
6.2.4. Revisión de medidas	31
7.NOMBRAMIENTO DEL CURADOR	32
7.1. LA AUTOCURATELA	33
7.1.1 Sujetos	34
7.1.2. Contenido	36
7.1.3. Forma	37
7.2 NOMBRAMIENTO POR LA AUTORIDAD JUDICIAL	38

7.2.1. Procedimiento	39
7.2.2. Sujetos	41
7.2.3. Imposibilidad de nombramiento	42
8. CONTENIDO DE LA CURATELA	45
8.1 LA CURATELA ASISTENCIAL.....	45
8.2. LA CURATELA REPRESENTATIVA.....	46
7.3. FUNCIONES DEL CURADOR	46
9.RÉGIMEN ESPECÍFICO DE LA CURATELA REPRESENTATIVA	48
9.1. ACTOS NO CONSENTIDOS.....	49
9.2. ACTOS PERMITIDOS	50
9.3 ACTOS QUE REQUIEREN AUTORIZACIÓN JUDICIAL.....	51
10.PROCEDIMIENTO DE RETRIBUCIÓN DEL CURADOR.	52
11.EXTINCIÓN DE LA CURATELA	53
11.1 OBLIGACIONES DEL CURADOR DERIVADAS DE LA EXTINCIÓN	54
11.2. RESPONSABILIDAD CIVIL DEL CURADOR	54
12.CONCLUSIONES	56
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS:	59

ABREVIATURAS

ART	Artículo
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
CE	Constitución Española
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LJV	Ley de Jurisdicción Voluntaria
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TS	Tribunal Supremo

1. INTRODUCCIÓN

La discapacidad es un hecho social, una circunstancia personal presente en todas las comunidades humanas, donde personas con un desarrollo cognitivo, mental, corporal y comunicativo precisan un reconocimiento y una toma en consideración de sus necesidades, del ejercicio de sus derechos, de la participación en la vida social, así como de acceso a bienes comunitarios; situaciones que en muchas circunstancias les sitúa como un colectivo en posiciones forzadas de irrespeto, segregación, dependencia y en situaciones de exclusión sistemática y estructural.

Esta realidad entendida y asumida como una cuestión de derechos humanos se centra en la dignidad intrínseca de las personas, lo que supone un cambio de visión y una profunda transformación de los modelos de atención a las personas con discapacidad, situando al individuo en el centro de todas las decisiones que le afecten, pasando de un modelo “institucionalizado asistencial” a nuevos modelos “comunitarios de apoyo e inclusión” que contribuyen a proyectos de vida elegidos.

Por ello, el enfoque de acuerdos y compromisos entre los Estados y las personas con discapacidad se logra gracias a la labor de la Convención de Nueva York de 2006 sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y a la normativa comunitaria, pues estos buscan los medios requeridos para apoyar, respetar y celebrar la diversidad humana mediante la creación de condiciones que permitan la verdadera integración de las personas con discapacidad, formando parte de la vida activa de la sociedad en base a la igualdad de oportunidades.

El Estado es el principal titular de obligaciones a este respecto, aunque hay que otorgar también una vital importancia al sector privado, pues las empresas deben ser catalizadoras de los derechos humanos, creando productos y servicios inclusivos con su realidad y concediéndoles un papel dentro de la propia compañía; así como la sociedad civil, encarnada en las organizaciones representativas de personas con discapacidad y sus familias.

Asimismo, casi una década después de la promulgación de la Convención, se divulgó la Agenda 2030 y con ella el compromiso mundial para que la igualdad alcance a todas las personas, impulsando las oportunidades y los derechos humanos bajo un modelo inspirado en el respeto de la dignidad, la no discriminación, la participación e

inclusión efectiva en la sociedad, la accesibilidad y el desarrollo jurídico y social hacia la evolución de estos valores.

En base a ello, España aprobó la *Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica*, instrumento que garantiza que estas tengan acceso a los mismos derechos y oportunidades que los demás, aboliendo la institución de la tutela y sustituyéndola por la curatela, siendo esta última una figura asistencial de mero apoyo que pretende el libre desarrollo de la personalidad y voluntad de la persona con diversidad funcional.

La nueva ley descansa sobre el diálogo civil, democratizando su elaboración al máximo para que las personas con discapacidad y sus familias, a través de las entidades representativas, lo vean como un documento que vele por el cumplimiento de sus derechos. Su finalidad es adaptar nuestra legislación a lo estipulado en el art. 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, a través de medidas que establezcan la igualdad ante la ley y la preponderancia de la voluntad de las personas con discapacidad

El objeto del presente trabajo es, por tanto, la realización de un análisis de la evolución y adaptación de la legislación española a la nueva normativa internacional, centrándonos en el régimen de la institución de la curatela como medida de apoyo principal frente a la tutela, la patria potestad prorrogada o la patria potestad rehabilitada que se introduce con la Ley 8/2021 y después de ella, desde el punto de vista de la salvaguarda que regula el Código Civil sobre las personas con discapacidad, haciendo igualmente una breve mención a la Estrategia española sobre discapacidad 2022-2030 para el acceso, goce y disfrute de los derechos humanos de las personas con discapacidad, aprobada por el Consejo de Ministros el 3 de mayo de 2022.

Por consiguiente, una piedra angular objeto de estudio es la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, si bien dicha ley incide en la reforma de siete leyes de nuestro derecho interno, siendo estas el Código Civil, la Ley Hipotecaria, la Ley del Notariado, la Ley 1/2000, de 7 de febrero, de Enjuiciamiento Civil, la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de

la Normativa Tributaria con esta finalidad, la Ley 20/2011, de 20 de junio, de Registro Civil, la ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria y finalmente las disposiciones referentes a dicha materia en el Código de Comercio.

El trabajo comienza con la progresión del concepto de discapacidad en nuestra sociedad y normativa, hasta la implantación de un término cuya finalidad es el empoderamiento de este grupo de personas. A continuación, nos enfocaremos en el régimen específico de la institución de la curatela, así como en el procedimiento a seguir para su establecimiento como medida de apoyo, sirviendo como núcleo principal e inspirador de la nueva legislación la Convención, adoptándose una nueva concepción fundamentada en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona discapacitada quien, como regla general, será la encargada de tomar sus propias decisiones; sin olvidar el papel esencial del Estado, así como de sus instituciones, organismos y autoridades, además del de organizaciones privadas para la protección de personas en situación de discapacidad quienes en última instancia, son las encargadas en su conjunto de la asistencia y fortalecimiento que el nuevo enfoque legislativo pretende dar a las mismas.

2. CONCEPTO DE DISCAPACIDAD Y SU INTERÉS SOCIAL

El concepto de discapacidad ha ido variando a lo largo de la historia, siendo las personas que poseen esta condición tratadas de maneras muy distintas. Este colectivo ha pasado del mayor abandono y rechazo social a lograr un mayor reconocimiento y protección por parte de la comunidad.

En este sentido, el punto de inflexión que ha proporcionado una mayor protección a las personas discapacitadas es la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, de Naciones Unidas, llevada a cabo en Nueva York el 13 de diciembre de 2006¹ (Resolución A/RES/61/106 de la Asamblea General)² y ratificada por España el 23

¹ La Organización de las Naciones Unidas ha trabajado en materia de personas con discapacidad anteriormente con el fin de lograr la inclusión de las mismas, entre las que podemos nombrar, entre otras, la Declaración de los Derechos del Retrasado Mental (ONU, 1971), la Declaración de los Derechos de los Impedidos (ONU, 1975), y las Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad (ONU, 1993).

² Junto con la Convención se encuentra anexo el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (Resolución A/RES/61/106 de la Asamblea General), ratificado por España en el BOE el 2 de abril, entrando dicho Protocolo en vigor en la misma fecha que la Convención.

de abril de noviembre de 2007, entrando en vigor el 3 de mayo del año 2008 en virtud del artículo 96 de nuestra Constitución.

Ya en el Preámbulo de la Convención se dice que “la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones con los demás”³, desarrollando una serie de principios y valores a lo largo de su articulado. Así, se reconoce el derecho a la igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad (art. 5), se fomenta la toma de conciencia respecto de las mismas a la sociedad (art. 8), se garantiza el acceso a la justicia de las personas discapacitadas (art. 13) o el derecho a la libertad y seguridad (art. 14). En la propia Convención se crea el Comité sobre los derechos de personas con discapacidad, regulado en los artículos 34 a 39 de la misma.

De esta manera, se le reconocen a la persona con discapacidad todos los derechos recogidos en los documentos internacionales⁴, pero adaptándolos a la particular situación de las personas que con esta condición, eliminando la circunstancia de discriminación.⁵

No obstante, es preciso destacar que en la Convención sólo se hace referencia a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, omitiendo las referencias a la capacidad de obrar, así como una definición de lo que es la capacidad jurídica. Ha sido el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad quien se pronunció al respecto en la Observación general Núm. 1 (2014)⁶, afirmando que la capacidad jurídica “es un atributo universal inherente a todas las personas en razón de su condición humana y debe mantenerse para las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con los demás”.⁷

³ Preámbulo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, letra e.

⁴ Son numerosos los documentos internacionales que abogan por la protección de las personas con discapacidad, tales como la Carta Universal de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre ellos.

⁵ *La curatela tras la Ley 8/2021*, cit. pp. 62-63.

⁶ *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad* (Dtres. G. Cerdeira Bravo de Mansilla, M. García Mayo; Coords. Cristina Gil Membrado, Juan José Petrel Serrano).

⁷ El artículo 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad ha servido como análisis para lograr un concepto conciso de lo que se entiende por discapacidad tras la Observación General Num.1 (2014) realizado por el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Siendo así, en la Convención se hace referencia a la existencia de medidas de apoyo para las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. No obstante, en el artículo 12 de la misma se mencionan exclusivamente las notas características que las definen, sin hacer referencia a cuáles son estas medidas⁸. Asimismo, el Comité ratifica estas ideas en la Observación general referente a los medios de apoyo, declarando que el término “apoyo” es un “término amplio que engloba numerosas medidas, de distintos tipos e intensidades”⁹.

Con ello, en la Convención de Nueva York se definen a las personas con discapacidad como “aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás” (art. 1.2), un concepto que, tal y como se señala en el Preámbulo de la Convención, evoluciona a consecuencia de la interacción entre las personas con deficiencias que impiden su desenvolvimiento y participación plena en la sociedad.¹⁰

Esta definición fue tomada como base e inspiró nuestra legislación actual, la ya mencionada 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,¹¹ la cual reforma el Código civil (artículo 67) modificando la Disposición adicional cuarta del mismo y estableciendo un nuevo concepto de discapacidad. A estos efectos, hemos de tener en cuenta la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código civil, en cuyo art. 2.2 se establece que “se considerarán personas con discapacidad: a) Las que presenten una discapacidad psíquica igual o superior al 33%. - b) Las que presenten una discapacidad física o sensorial igual o superior al 65%.”¹²

⁸ Sobre las características de las medidas de apoyo: GETE-ALONSO Y CALERA, M^a.C., *Conceptualización de la capacidad: del paternalismo a la autonomía*, cit., pp. 38-40.

⁹ El propio Comité analiza a continuación una serie de ejemplos de lo que pueden constituir los apoyos: la elección por parte de la persona discapacitada de otra que sea de especial confianza para que complemente su capacidad o la asistencia para comunicarse.

¹⁰ Así se menciona en el artículo *La curatela a la luz de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las personas con discapacidad y su antecedente en la cura furiosi*, cit., p. 76, de la autora COCH ROURA, N.

¹¹ Boletín Oficial del Estado, 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.

¹² Boletín Oficial del Estado, art. 2.2 de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código civil.

Por tanto, como podemos observar, la discapacidad puede ser tanto física o sensorial como intelectual o mental. Siguiendo las directrices establecidas en la Convención de 2006, se considera a las personas con discapacidad como sujetos titulares de derechos plenamente y no como meros objetos de tratamiento y protección social, teniendo en consideración sus deseos y procurando que tomen decisiones sobre su vida de forma autónoma.¹³ En consecuencia, el legislador español ha logrado adecuar las exigencias de la Convención, dando lugar a la actual Ley 8/2021.

3. LA ADAPTACIÓN DE LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA A LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD DE 2006

En nuestro ordenamiento jurídico la situación de las personas con discapacidad ya se había tenido en cuenta en la Constitución Española en los artículos 49 y 50, así como en diversas normas de nuestro Derecho, como en el Código civil (arts. 199 a 201) y en la Ley de Enjuiciamiento Civil (arts. 756 a 763), la cual servía de complemento para dicha regulación.

Anteriormente, la incapacitación se configuraba como un sistema de protección de la persona y de sus bienes cuando esta era incapaz de gobernarse por sí misma,¹⁴ consistiendo está en la privación o limitación total o parcial de la capacidad de obrar de una persona declarada por sentencia judicial firme, de acuerdo con las causas establecidas en la ley, que eran que la persona padeciera deficiencias físicas o psíquicas de carácter permanente que le impidieran gobernarse por sí mismo, previendo, una vez declarada, la medida correspondiente, ya fuera tutela, curatela, nombramiento de un defensor judicial o el reconocimiento de un guarda de hecho.

Así, la legislación española ha ido progresivamente acomodándose al devenir jurídico y social, y adecuándose a los requerimientos y demandas de la Convención de Nueva York, lo que ha dado lugar a un gran número de leyes que se han ido reformando a lo largo del tiempo, entre las que podemos destacar la ya mentada Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de

¹³ *La curatela tras la Ley 8/2021, cit. p. 112.*

¹⁴ SSTS 30 de junio 2004 (*Tol 483303*)

modificación del Código civil, la cual se publicó con la finalidad de proteger la masa patrimonial de las personas con discapacidad; la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia; la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, encargada de modificar numerosos cuerpos legales. No obstante, a pesar de dichas reformas, quedaba sin regular la discapacidad intelectual, es decir, el déficit o la ausencia total de interacción intelectual que incide sobre la formación de la voluntad plenamente libre y consciente de las personas discapacitadas.¹⁵

Con todo ello, hemos de tener en cuenta que el régimen de la curatela se introdujo con la Ley 13/1983, de 14 de octubre, de reforma del Código civil en materia de tutela, la cual permitió a los órganos jurisdiccionales la graduación de la limitación de la capacidad de obrar de acuerdo con las circunstancias en las que se encontraba la persona discapacitada.

Simultáneamente, las autoridades judiciales han tenido ocasión de pronunciarse sobre la Convención de 2006, ajustando la normativa a las nuevas contingencias con el fin de procurar un nuevo régimen para las personas discapacitadas basándose en un complemento a su capacidad a través de medidas de apoyo. Así, se inició en el año 2009 la doctrina jurisprudencial con la Sentencia de 29 de abril de este año, limitándose a recordar que las causas de incapacitación son las previstas en la ya citada reforma de 1983.

Lo que aquí se cuestionaba no era exclusivamente un cambio terminológico, pasando de referirnos como “incapacitados” (término un tanto desafortunado, de acuerdo con el criterio del Tribunal Supremo) a “discapacitados”; sino además un cambio que afectara a la finalidad del procedimiento, previendo la constitución de una figura de protección y apoyo para la persona necesitada del mismo.

En atención a ello, nuestro legislador promulgó la ya citada Ley 8/2021¹⁶, en base a la cual se han desarrollado numerosas sentencias las cuales han sido las primogénitas en tener en cuenta el nuevo sistema, sirviendo como sustento y aspiración de las

¹⁵ Revista de Derecho Civil, por el autor PAU PEDRÓN A. *De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código civil*, pp. 7-8

¹⁶ Boletín Oficial del Estado, 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.

ulteriores, recurriendo a la figura del curador antes que a la del tutor; así, por ejemplo, en las SSTS 21 de septiembre 2011 (Tol 2.248.621), 17 julio 2012 (Tol 2.635.528), 1 julio de 2014 (Tol 4.468.983),¹⁷ la STC 7/2011 (Sala Primera), de 14 de febrero (Tol 2.054.040), así como numerosas sentencias de la Audiencia Nacional, Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 3.ª, de 2 de noviembre de 2009 (Tol 4.316.562),¹⁸ y la STS 6 de mayo 2021 (Tol 8.431.634), en la cual el Alto Tribunal recoge los principios jurisprudenciales derivados del Convenio.

Nuestra legislación en la nueva Ley 8/2021 se basa en el principio de autonomía de la voluntad, en el libre desarrollo de la personalidad y en la integración de la persona discapacitada en todos los órdenes sociales en igualdad de condiciones¹⁹, transformando el contenido de las instituciones y de la propia estructura del Código civil en materia de discapacidad.

4. LA NUEVA SITUACIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD TRAS LA LEY 8/2021.

Frente a la heterogénea legislación existente, los diversos criterios presentados por la doctrina y la jurisprudencia y los reclamos por parte de los sectores sociales afectados por la situación de las personas con discapacidad, el Gobierno presentó el 8 de julio de 2020 el Proyecto de Ley 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, que culminó con la aprobación de la Ley 8/2021, de 2 de junio.²⁰

La nueva Ley consta de ocho artículos dos disposiciones adicionales transitorias, una disposición derogatoria y tres disposiciones finales, modificando el Código civil, la Ley Notarial, la Ley Hipotecaria, la Ley de Enjuiciamiento civil, la Ley del Registro civil,

¹⁷ En esta sentencia se acuñó la expresión “traje a medida”, la cual hace referencia a la necesidad de adaptar las medidas de apoyo a las circunstancias especiales y concretas de cada persona discapacitada.

¹⁸ Vid. más concretamente el desarrollo de esta adaptación por nuestros tribunales en GUILARTE-MARTÍN CALERO, C., “La reinterpretación jurisprudencial de los sistemas de protección a la luz de la Convención de Nueva York: el nuevo paradigma de la Sala Primera”, en *Estudios y comentarios jurisprudenciales sobre discapacidad* (Dirta. Cristina Guilarte-Martín Calero; Coord. Javier García Medina).

¹⁹ *El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad. Una revisión de los modelos de representación y guarda a la luz de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, pp. 29 y 48, de la autora ÁVAREZ LATA, N.

²⁰ *La curatela tras la Ley 8/2021*, cit., p. 88, por ALVENTOSA DEL RÍO, J.

la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, la Ley de 18 de noviembre de 2003²¹, el Código penal y el Código de comercio. Tomando como referente la Convención de Nueva York de 2006, la Ley 8/2021 establece el principio de presunción de capacidad de las personas con discapacidad, el cual ya se había pues de manifiesto en las SSTS 145/2018 (Tol 6.544.108) y 146/2018 (Tol 6.548.076), ambas de 15 de marzo.

En ella se elimina la tutela como la principal institución de protección que designa la persona incapacitada o con la capacidad modificada judicialmente, así como la patria potestad prorrogada, la patria potestad rehabilitada²² y la prodigalidad como institución autónoma.

Evidentemente, desde la publicación de la Ley se han ido produciendo situaciones que ha requerido la actuación rápida y eficaz de los tribunales, dando lugar a una reciente jurisprudencia que ha servido y servirá de enfoque principal para las nuevas situaciones de discapacidad que surjan, sino también para la reforma de todas las sentencias que regulaban los regímenes de incapacitación anteriores, así como las medidas de sustitución de la capacidad de las personas afectadas, con el fin de garantizar un efectivo respeto a sus derechos. Así pues, cabe mencionar que la anterior regulación de las personas con discapacidad se basaba en un sistema de incapacitación judicial²³, sustituyéndose con la nueva Ley por un procedimiento fundamentado en el complemento de la capacidad, estableciéndose medidas de apoyo para que las personas discapacitadas puedan ejercer sus destrezas libremente.

El impacto que va a tener la nueva regulación va a ser notable, requiriendo un cambio de mentalidad tanto de la doctrina como de la jurisprudencia, pues la noción legal de discapacidad ha variado visiblemente desde su introducción por el Convenio de 2006, adaptada a nuestro ordenamiento jurídico a través de la Ley 39/2006²⁴, la cual se refería a las personas discapacitadas como “minusválidos” o “personas con minusvalía”.

²¹ Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad.

²² La curatela tras la Ley 8/2021, cit., p. 98, por ALVENTOSA DEL RÍO, J.

²³ 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

²⁴ Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía personal y Atención a las personas en situación de dependencia.

Desde una perspectiva no jurídica, la discapacidad abarca situaciones muy diversas en las que puede encontrarse una persona.²⁵ Así, en el Código civil no se ofrece ningún concepto concreto sobre qué debe entenderse por personas con discapacidad, aunque hay una referencia a las mismas en la Disposición Adicional cuarta, la cual habrá de ser entendida de acuerdo con la nueva redacción vigente introducida por la Ley 8/2021, inspirada en el respeto a la dignidad de la persona y la tutela de sus derechos fundamentales.

5. LA CURATELA COMO MEDIDA DE APOYO

5.1 REGULACIÓN ACTUAL

En relación con los fines y principios perseguidos por la reforma llevada a cabo por la Ley 8/2021, las nuevas medidas de apoyo para las personas con discapacidad se recogen en los artículos 249 y 250 CC.

En este sentido, el art. 249 CC determina las medidas de apoyo de las personas con discapacidad mayores de edad o menores emancipados para el ejercicio de su capacidad jurídica, cuyo último objetivo es el libre desarrollo de su personalidad y su desenvolvimiento en condiciones de igualdad en la sociedad.

Por su parte, el Código civil en el art. 250 establece cuáles son las medidas de apoyo para el desempeño de la capacidad jurídica de las personas que lo necesiten que son, además de las de naturaleza voluntaria, la curatela, la guarda de hecho y el defensor judicial.

La nueva regulación deberá ajustarse a los principios de proporcionalidad y necesidad²⁶. A tales efectos, es necesario nombrar la sentencia del Tribunal Supremo del 8 de septiembre 2021 (*Tol 8.585.229*), la primera pronunciada tras la entrada en vigor el 3 de septiembre de 2021 de la nueva legislación, en la cual se establecen las características del actual régimen legal de provisión de apoyos.

²⁵ *La curatela tras la Ley 8/2021, cit.*, p. 109, por ALVENTOSA DEL RÍO, J

²⁶ GARCÍA RUBIO, M^a.P., *Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio, cit.* p. 34 y GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, pp. 517 - 520.

Así, a pesar de que la curatela es una figura que ha existido desde el derecho romano, esta se configura en el reciente procedimiento como un sistema de protección y guarda legal previsto para las personas con discapacidad. Hasta la aprobación de la ley, el juez era competente para declarar la incapacitación de una persona con deficiencias físicas, psíquicas o intelectuales, nombrándose principalmente a un tutor como sustituto, quedando la curatela relegada como figura secundaria.

No obstante, la nueva norma pretende desjudicializar a las personas con discapacidad, dando preferencia a las medidas voluntarias de apoyo. Por todo ello, la curatela ahora se concibe como una medida de carácter excepcional, pues sólo complementa la capacidad jurídica de la persona con discapacidad, fomentando su desarrollo personal, aunque excepcionalmente se puede representar a esta cuando las circunstancias así lo exijan. El art. 249 recoge que las medidas de apoyo se establecerán solo cuando la persona con discapacidad *no pueda ejercitar adecuadamente su capacidad jurídica*, aunque en la Observación núm. 1 del Comité sobre derechos de las personas con discapacidad abarca “todo tipo de actuaciones”.²⁷

Además, no se precisa ningún previo pronunciamiento sobre la capacidad de la persona, pues ésta se presupone, debiendo respetar siempre los deseos y la voluntad de la misma, procurando que pueda establecer su propio proceso en la toma de decisiones, teniendo en cuenta en todo momento los principios de necesidad y proporcionalidad, de acuerdo a lo establecido en el art. 249.2º CC.

Igualmente, la curatela tiene un carácter subsidiario respecto a las medidas voluntarias de apoyo, por lo que exclusivamente se acordará en caso de insuficiencia de éstas últimas o cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, preferencias o deseos de la persona con discapacidad, las medidas de apoyo podrán incluir medidas representativas (art. 249.3º CC), en este sentido la persona que preste el apoyo deberá tener en cuenta la trayectoria vital del discapacitado.²⁸

²⁷ En este sentido, la Observación núm.1 del Comité sobre derechos de las personas con discapacidad establece que se debe entender por “todo tipo de actuaciones” desde un acompañamiento amistoso, la ayuda técnica en la comunicación la ruptura de barreras arquitectónicas o la toma de decisiones delegadas.

²⁸ En este sentido se pronuncia el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas en la Observación general N°1, en su punto 17.

Por su parte, la doctrina señala que la función principal de la persona que presta el apoyo es la asistencia, la cual tiene carácter general para todas las personas que precisen el apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica²⁹, con arreglo al art. 250.2º CC.

Teniendo en cuenta todo ello, el legislador permite que sea la propia persona con discapacidad quien establezca las medidas de apoyo tanto de presente como de futuro (medidas de apoyo voluntarias, arts. 249.1º y 250.3º CC y 254 y ss CC, incluso a través de la autocuratela del art. 271 CC, o de los poderes preventivos de los arts. 257 y 258 CC).

Ahora bien, el Tribunal Supremo se ha pronunciado en alguna de sus resoluciones, dictaminando medidas de apoyo aun en contra de la voluntad de la persona con discapacidad, como en la ya nombrada SSTS 8 septiembre 2021 (*Tol 8.585.229*) y 19 octubre 2021 (*Tol 8.628.066*).

En base al principio de proporcionalidad, el Alto Tribunal exige un preciso conocimiento de la situación en que se halla la persona que permita confeccionar lo que la Sala ha denominado *un traje a medida*³⁰, practicándose las pruebas necesarias para ello, en base a la capacidad de autogobierno de la persona afectada. A la vista de nuestra regulación, la jurisprudencia reconoce la personalización de los apoyos a adoptar para la persona con discapacidad, tal y como reconoce la Sentencia de 1 de julio de 2014. Igualmente, hay que destacar es que el legislador establece taxativamente en el art. 269.5º CC que la resolución en ningún caso podrá incluir una mera privación de derechos.

En relación a ello, el art. 268.1º por su parte recoge que las medidas de apoyo adoptadas en el expediente de la persona con discapacidad serán exclusivamente las necesarias para la misma, de acuerdo con su voluntad, preferencia y deseos.

No obstante, han surgido tanto en la doctrina como en la jurisprudencia numerosos interrogantes en base a la indeterminación del propio concepto que recoge la nueva

²⁹ En ese marco, GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., “Comentario a los arts. 249 a 250 CC”, en *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, cit. p 523.

³⁰ Señala Domínguez Luelmo en *Estudios de Derecho de sucesiones* que debe existir un procedimiento que constatare la necesidad de apoyos, el cual no incida en la capacidad de las personas, sino que esté dirigido a constatar la proporcionalidad y necesidad de los apoyos necesarios, siendo estas medidas objeto de revisión, optando el juez por la figura que mejor se adapte a cada caso concreto.

legislación, por lo que la propia labor de los tribunales es la encargada de delimitar y aproximar su contenido teniendo en cuenta las exigencias de la Convención de 2006.

5.2 ALGUNAS IMPRECISIONES EN LA REGULACIÓN ACTUAL

A pesar de que el régimen de la curatela está regulado en los arts. 249 y 250 C en base al espíritu y los principios de la Convención de 2006, ambos cuentan con una serie de ambigüedades y vaguedades que no terminan de concretar a qué situaciones ha de aplicarse el nuevo sistema.

En este sentido, el art. 249 CC establece que la nueva normativa se aplicará a las “personas mayores de edad o menores emancipados que precisen las medidas de apoyo”, sin embargo, esta definición conlleva a plantearse si el precepto es aplicable a mayores de edad o menores emancipados que, no encontrándose en una situación de discapacidad, no pueden desempeñar apropiadamente su capacidad jurídica. Piénsese en alguna persona que no sepa leer o escribir en nuestro idioma natal. Al respecto, la Convención de 2006 no se pronuncia sobre ello.

De igual manera, en el mencionado artículo tampoco se hace referencia a los menores de edad no emancipados, puesto que parece que estos deben estar bajo la patria potestad de los progenitores (art. 154.1º CC), o en su caso, de un tutor (arts. 149 y 225 CC), quedando su capacidad jurídica muy limitada. Ahora bien, en el art. 162.2 CC se les reconocen determinados actos que pueden realizar por sí mismos, por lo que en estos casos tasados en la ley se excluye la actuación de sus representantes legales; concretamente los actos relativos a los derechos de la personalidad, aquellos en los que existe conflicto de intereses entre padres e hijos y los relativos a bienes excluidos de la administración de los padres.³¹

En segundo término, el art. 249 CC no concreta el alcance de la expresión “adecuado ejercicio de la capacidad jurídica”. Sin embargo, la doctrina ha señalado que, teniendo en cuenta que el fin principal del nuevo régimen es que la persona con discapacidad desarrolle su propio proceso de toma de decisiones, es preciso que el asistente suponga

³¹ *La curatela tras la Ley 8/2021, cit.*, p. 133, por ALVENTOSA DEL RÍO, J.

un apoyo para la mejora de la comprensión y razonamiento de aquellas situaciones en las que tiene dificultades.

En tercer y último lugar, cuando el art. 250 CC nombra las medidas de apoyo, existe una discrepancia entre lo entendido en el Preámbulo de la Ley 8/2021 como tal y el texto articulado, pues el Preámbulo incluye un elenco más amplio. En virtud de ello, la doctrina señala que la nueva regulación admite medidas de apoyo informales (guarda de hecho), medidas de apoyo formales (autocuratela, poderes preventivos y acuerdos de apoyo), judiciales (curatela y defensor judicial) y legales (guarda por parte de la entidad pública).

No obstante, sigue existiendo un vacío legal para todas estas situaciones, puesto que, hasta el momento, la Ley 8/2021 no se ha pronunciado al respecto sobre las mismas.

5.3 NOCIÓN DE CURATELA. LA CURATELA COMO MEDIDA DE APOYO.

La curatela, como institución jurídica concebida para el amparo de la persona con discapacidad, tiene una regulación propia en el Código civil, en el Capítulo IV, bajo la rúbrica general “De la curatela”, del Título XI dedicado a las medidas de apoyo, estableciéndose dicha regulación en los arts. 268 a 294, complementándose con la regulación referida en la Ley de Jurisdicción Voluntaria, al mencionar el expediente de provisión de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad (art. 42 bis) y el expediente de nombramiento del curador (art. 43 a 51 bis); además de en la Ley de Enjuiciamiento Civil al desarrollar los procesos de adaptación de medidas judiciales de apoyo a dichas personas (arts. 756 a 753). A pesar de ello, es conveniente señalar que en otros preceptos del Código civil, así como en otras leyes, también se hace referencia a la curatela.³²

Además, las medidas de apoyo (medidas voluntarias, curatela, defensor judicial y guarda de hecho) cuentan con una serie de disposiciones comunes a todas ellas, reguladas en el Capítulo I del Título XI, bajo la rúbrica general de “Disposiciones Comunes”. En ellas se establece la función de asistencia de las personas que van a servir como apoyo a las personas con discapacidad, respetando siempre la voluntad de la misma (art. 250.2º

³² Por ejemplo, en el propio CC, en los arts. 1732 y 1903; en la LEC, en el art. 753 y en la LJV en los arts. 62 y 89 de la misma.

CC), las prohibiciones y limitaciones a desempeñar, procurando evitar situaciones en las que se pueda producir una influencia indebida o un conflicto de intereses (arts. 250 párrs. 7 y 8); las situaciones de urgencia, en cuyo caso el apoyo será prestado de manera provisional por una entidad pública (art. 253 CC); además de una serie de disposiciones a título gratuito.

Fuera de este Capítulo I, el Código civil comprende dos normas que también son consideradas de aplicación general a las medidas de apoyo, la primera de ellas referida a la responsabilidad civil de la persona con discapacidad (Capítulo II del Título XVI del Libro Cuarto) y la segunda asociada a la inscripción de la constitución de las medidas de apoyo en el Registro civil. A esta última alude el Título XII, integrado por un único precepto, el art. 300, donde se determina que tanto las resoluciones judiciales como los documentos públicos notariales sobre cargos tutelares y medidas de apoyo habrán de inscribirse en el Registro Civil.³³

De este modo, en el propio Código civil se recoge una noción de lo que es la curatela, definiéndola en el art. 250.5º como “medida de apoyo formal que se aplicará a quienes precisen el apoyo de modo continuado”.³⁴ De dicha definición se desprenden dos características, en primer lugar, se trata de una medida formal, lo que supone que se constituye a través de un procedimiento de jurisdicción voluntaria a través de un expediente *ad hoc* (art. 42 bis a, 1, LJV)³⁵ o bien a través de un proceso judicial sobre adopción de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad (art. 756.1 LEC)³⁶. En definitiva, la constitución de la curatela será realizada por el Juez en el correspondiente procedimiento.

En segundo lugar, es una medida de carácter estable, ya que el propio Código determina que se instaura cuando la persona discapacitada precisa una medida de apoyo de carácter continuado. Asimismo, la doctrina ha destacado que se trata de una medida subsidiaria, pues sólo de adoptará en caso de insuficiencia o defecto de la voluntad de la persona necesitada de apoyo, alcanzando de esta forma, tal y como se ha puesto

³³ Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, arts. 4, núms. 10º y 11º, y 72º y 77º.

³⁴ Artículo 250 apartado 5 del Código Civil, en el cual se incluye la definición de curatela como medida de apoyo

³⁵ Artículo 42 bis, a, 1 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, sobre el procedimiento de jurisdicción voluntaria en las medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad.

³⁶ *La curatela tras la Ley 8/2021*, cit. pp. 177.

anteriormente de manifiesto, el libre desarrollo de su personalidad, de acuerdo con lo refrendado en el artículo 267 del CC al disponer que la autoridad judicial constituirá la curatela cuando no exista otra medida de apoyo idónea para la persona con discapacidad³⁷.

Debemos recordar que la nueva Ley 8/2021 reconoce la curatela como una figura asistencial, siendo esta su característica principal, cuyo objetivo es proporcionar a la persona con discapacidad los complementos fundamentales para que pueda ejercitar su capacidad jurídica en el proceso de la toma de decisiones. Sobre esta base, la misma doctrina ha diferenciado entre curatela asistencial y la curatela con facultades representativas, además de la curatela mixta³⁸ y curatela representativa de carácter general³⁹, a pesar de que el legislador no lo reconoce del mismo modo.

Quizás, el rasgo más importante que hay que destacar en la nueva regulación de la figura de la curatela es el nuevo enfoque que se da a la figura, pues en la regulación anterior a la Ley 8/2021 esta se configuraba como una institución secundaria, siendo un simple complemento de la capacidad de personas que lo precisasen, aunque la realidad práctica distaba mucho de la normativa, pues no se adoptaba esta medida por parte de las autoridades judiciales, imperando la aplicación de la tutela en la mayoría de los casos. Por este motivo, y a pesar de que la nueva regulación otorga preponderancia a las medidas voluntarias de apoyo y a la guarda de hecho, la curatela pretende respetar los deseos y voluntad de la persona con discapacidad.

Actualmente, dicha figura no se designa para complementar la capacidad de la persona en el ejercicio de su capacidad jurídica, sino que solo tiene la misión, salvo en determinadas circunstancias excepcionales y justificadas, de asistir a dicha persona, respetando al máximo la autonomía de su voluntad, con el fin de que sea la propia persona discapacitada la que tome por ella misma las decisiones, en función de la concreta situación en la que se encuentre la persona discapacitada, lo cual requerirá de unas u otras medidas de apoyo.

³⁷ Entre otros, autoras como ESPÍÑEIRA SOTO, I., “Taller práctico sobre la reforma de ley en materia de discapacidad. Segunda entrega: Nombramiento de curador facultades de los padres con sus hijos menores”, *Web Notarios y Registradores*.

³⁸ LORA TAMAYO-RODRÍGUEZ, I. *Guía Rápida, Reforma civil y procesal para el apoyo a personas con discapacidad*, Francis Lefebvre.

³⁹ MUNAR BERNAT, P.A., “Notas sobre algunos principios y las últimas novedades del Anteproyecto.

La idoneidad de esta figura ha sido reiterada por la jurisprudencia a partir del año 2009 y más especialmente del año 2013, dando lugar a una reinterpretación de todo el Código Civil en aquellos preceptos que resultan afectados, configurándose como institución primordial la curatela.⁴⁰

6. CONSTITUCIÓN DE LA CURATELA

Como se ha indicado anteriormente, el legislador considera que la curatela en el régimen actual es una medida formal de apoyo, de acuerdo con lo establecido en el art. 250.5º CC.

La concreta constitución de dicha medida se realizará en resolución judicial en el correspondiente procedimiento judicial (art. 269.1 CC), sin embargo, tal y como se ha mencionado, la curatela es una institución subsidiaria, por lo que sólo se adoptará cuando no exista otra medida de apoyo suficiente.

Dicho procedimiento se tramitará a través de un expediente de jurisdicción voluntaria, regulado específicamente en la Ley de Jurisdicción Voluntaria, pero el mismo se podrá realizar a través de un procedimiento judicial *ad hoc*, regulado en la ley de Enjuiciamiento civil, cuando concurren determinadas circunstancias señaladas por la ley, aunque se otorgará preponderancia al procedimiento de jurisdicción voluntaria a la hora de establecer la medida de apoyo, pues se pretende que sea la propia persona discapacitada la que voluntaria y autónomamente proclame dicha medida, realizando ella misma el nombramiento del curador en escritura pública o en poderes y mandatos preventivos o a través de la autocuratela, aunque este último no es un nombramiento propiamente formal.

A ambos procedimientos se les otorgará publicidad, ya que tanto las resoluciones judiciales sobre los cargos tutelares como las medidas de apoyo a personas discapacitadas se deben inscribir en el Registro civil, según los arts. 300 CC, y 4.11 y 72.1 LRC.

A continuación nos centraremos en la explicación de ambos procedimientos por separado.

⁴⁰ *Estudios y comentarios jurisprudenciales sobre discapacidad* (Drtra. Cristina Guilarte-Martín Calero; Coord. Javier García Medina).

6.1. CONSTITUCIÓN DE LA CURATELA EN EXPEDIENTE DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA.

El art. 269.1º CC señala que la curatela se adoptará por la autoridad judicial mediante resolución judicial en el procedimiento de provisión de apoyos. De esta forma, la Ley de Jurisdicción Voluntaria⁴¹ recoge los trámites previstos para el procedimiento *ad hoc* en el art. 42 bis a) 1, siempre que sea pertinente la constitución de dicha medida. Cabe mencionar que en dicho procedimiento se acentúa la necesidad de nombrar a un curador cuando confluyan las circunstancias.

En consecuencia, la Ley 8/2021 ha introducido el art. 7 bis de la LJV, que establece que en los procedimientos de jurisdicción voluntaria en los que participen personas con discapacidad “se realizarán las adaptaciones y los ajustes necesarios para garantizar su participación en condiciones de igualdad”,⁴² ya sea a petición de las partes, del Ministerio Fiscal o de oficio por el propio tribunal. Del mismo modo lo establece en art. 7 bis 2 LJV al afirmar que “las personas con discapacidad tienen el derecho a entender y ser entendidas en cualquier actuación que lleven a cabo”, resaltando, una vez más la importancia de que las mismas se desenvuelvan con la mayor autonomía posible.

En las disposiciones generales se alude a las necesarias y convenientes adaptaciones que serán realizadas por el Letrado de la Administración de Justicia para que la persona con discapacidad comprenda el objeto y la finalidad del expediente que le afecta, conforme al art. 7 bis y al 5 LJV.

6.1.1. Competencia judicial

De acuerdo con lo establecido en el art. 42 bis a) LJV será competencia del Juzgado de Primera Instancia del lugar donde resida la persona con discapacidad el conocimiento de su expediente⁴³. En el caso de producirse un cambio de residencia antes de la

⁴¹ Ley 15/20215, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, reformada precisamente por la Ley 8/2021 (art. 7.3) para introducir un procedimiento *ad hoc* que establezca las medidas de apoyo de las personas con discapacidad.

⁴² Con igual contenido se recoge en el art. 7 bis de la LEC.

⁴³ Señala TORIBIOS FUENTES F. en “Comentario al Capítulo III bis de la Ley de Jurisdicción Voluntaria” en *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, que la residencia debe entenderse en sentido de residencia actual y no habitual.

celebración de la comparecencia, todas las actuaciones serán remitidas al Juzgado de Primera Instancia correspondiente en el estado en que se hallen. Sin embargo, la doctrina ha subrayado que esta modificación de la competencia tiene una limitación, que es la celebración de la vista.

6.1.2. Legitimación procesal

El expediente se iniciará mediante solicitud presentada por el Ministerio Fiscal, la propia persona con discapacidad, el cónyuge no separado de la misma de hecho o legalmente o quien se encuentre en situación de hecho asimilable y sus descendientes, ascendientes o hermanos, con arreglo al art. 42. Bis a) 3 LJV. Se aprecia, así, que será el círculo más cercano de parientes el que se encargue de promover el comienzo del expediente de jurisdicción voluntaria, ya sea de forma individual o conjuntamente con otros, siempre y cuando no sea iniciado por la propia persona en situación de discapacidad.

Fuera de este círculo de sujetos, nadie puede iniciar el procedimiento. A pesar de ello, el art. 42 bis a) 3, en su párrafo segundo, alude a la posibilidad de que cualquier persona ponga en conocimiento del Ministerio Fiscal la situación de discapacidad en la que se encuentra una persona con el fin de que se adopten las medidas de apoyo necesarias para su protección.

El sujeto pasivo de dichas medidas será, en un primer momento, una persona mayor de edad con discapacidad o que se encuentre en una situación necesitada de apoyo; pero debemos evocar el art. 254 CC, el cual contempla la posibilidad de que se soliciten medidas de apoyo respecto de menores de edad sujetos a patria potestad o tutela cuando se prevea en los dos años anteriores a la mayoría de edad que el mayor pueda, después de alcanzada aquella, precisar el apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica.⁴⁴

6.1.3. Procedimiento

El proceso a seguir en el expediente de provisión de apoyos se regula en el art. 42 bis b) LJV.

⁴⁴ *La curatela tras la Ley 8/2021, cit.* pp. 200 y 201.

En primer lugar, es necesario solicitar la provisión de medidas de apoyo acompañada por los documentos acreditantes de la primordial adopción de medidas de apoyo junto con un dictamen pericial de profesionales especializados en el ámbito sanitario y social.

A continuación, se propondrán aquellas pruebas que se consideren necesarias para practicar en la comparecencia, de acuerdo con las cuales el Juez decidirá sobre su admisión, pudiendo incluso ordenar a realización de una prueba de oficio en aquellos casos en los que exista un interés público, recabando certificación del Registro civil y de otros Registros públicos que se consideren oportunos, pues las medidas de apoyo de naturaleza voluntaria también han de estar inscritas (art. 250 y 255.4º y 260, y 300 CC) y, en el caso de que estas se corroboren, el Juez va a quedar vinculado a las mismas (art. 272.1º CC).

En tercer lugar, antes de la comparecencia el Juez podrá obtener el informe de la entidad pública que tenga encomendada en el respectivo territorio la función de promoción de asistencia y autonomía de apoyo, o de una entidad de acción social habilitada para ello.

Una vez se haya admitido a trámite la solicitud, el letrado de la Administración de Justicia convocará a la comparecencia al Ministerio Fiscal, a la persona con discapacidad y, en su caso, al círculo de parientes más cercanos, quienes en el plazo de cinco días desde la recepción de la citación podrán proponer a aquellas diligencias de prueba que consideren necesarias. En la misma, la autoridad judicial procederá a realizar una entrevista a la persona con discapacidad, informándola de las posibles alternativas para obtener el apoyo que necesite.

Por último se practicarán las pruebas que hubieran resultado admitidas y se oirá a las personas que hayan comparecido en el proceso.

En cuanto a la finalización del expediente hemos de indicar que la LJV prevé numerosas causas que pueden provocar la conclusión del mismo. Por un lado, como se ha antedicho, la autoridad judicial deberá de informar de las medidas alternativas a la persona con discapacidad, a la vista de la información recabada por los peritos y los médicos forenses. Si, tras la información, la persona con discapacidad opta por una medida alternativa de apoyo, la ley dispone que se pondrá fin al expediente [art. 42 bis b) 4].

Por otro lado, la oposición de la persona necesitada de apoyo, del Ministerio Fiscal o de cualquiera de los interesados en la adopción de medidas de apoyo solicitadas será otra de las causas que determinen la finalización del expediente., de acuerdo con lo establecido en el art. 42 bis b) 5, en consonancia con el art. 756.1 LEC.

En último lugar, el expediente de medidas de apoyo concluirá por el Auto dictado por la autoridad judicial [art. 42 bis c) 1], sin embargo, este no es definitivo, pues puede impugnarse de acuerdo con el art. 20.2 LJV, de manera que el interesado que se considere perjudicado puede interponer recurso de apelación.

Además con respecto a este expediente de jurisdicción voluntaria hemos de enfatizar en la posibilidad de que la autoridad judicial establezca las medidas de control que considere oportunas (art. 270.1 CC), así como el Ministerio Fiscal podrá exigir en cualquier momento al curador un informe de la situación personal o patrimonial de la persona con discapacidad (art. 270.2 CC)

6.1.4 Revisión de las medidas

Como es racional, las medidas de apoyo determinadas en el expediente de jurisdicción voluntaria pueden ser objeto de revisión, en correspondencia con el Código civil y la Ley de Jurisdicción Voluntaria.

En el Código civil se dispone que las medidas serán revisadas periódicamente en un plazo máximo de tres años. No obstante, el Juez podrá, de manera excepcional y motivada, acordar un plazo de revisión superior, el cual no podrá exceder de los seis años (art. 268.2º CC), siendo revisadas en cualquier circunstancia que suponga un cambio de la situación de la persona discapacitada (art. 268.3º CC). La doctrina estima que esta revisión supone una salvaguarda adicional, no tratándose de una actuación opcional para el Juez, sino preceptiva.⁴⁵

⁴⁵ De esta forma lo reconocen SEGARRA CRESPO, M^a.J., ALÍA ROBLES, A en “Reflexiones sobre la nueva forma de ejercicio de la curatela a partir de la Sentencia del Pleno de la Sala 1ª. TS de 8 de septiembre de 2021”.

Por su parte la Ley de Jurisdicción Voluntaria recoge la misma posibilidad, siendo las medidas objeto de revisión periódica en la forma y plazo que se disponga en el auto, tal como se menciona en el art. 42 bis c) y en el art. 760 LEC.

En cuanto a los sujetos que pueden solicitar la revisión de las medidas de apoyo, estos son los mismos que aquellos que podían solicitar la provisión de las medidas de apoyo (el Ministerio Fiscal, la propia persona con discapacidad, el cónyuge no separado de la misma de hecho o legalmente o quien se encuentre en situación asimilable, sus descendientes, ascendientes o hermanos) así como quien ejerza el apoyo.

En la revisión será la autoridad judicial la que recabe un dictamen pericial así como de las entidades públicas atendiendo a las circunstancias necesarias en cada caso. El resultado de la misma se dará traslado a la persona necesitada de apoyo, a quien ejerza la función de curador o quien complemente su capacidad, al Ministerio Fiscal y a los interesados personados en el expediente previo. Si alguno de ellos presentase oposición a la revisión del expediente, el Juez lo dará por finalizado, pudiendo instar una revisión de medidas conforme a lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Recibida la prueba y practicadas las alegaciones, la autoridad judicial dictará un nuevo auto que contenga las nuevas circunstancias y medidas por las que se guiará el curador.

6.2 LA CURATELA EN EL PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO

Como se ha mencionado, la vía preferente para la solicitud de medidas de apoyo a las personas discapacitadas y consecuente constitución de la curatela es el expediente de jurisdicción voluntaria. Sin embargo, la ley prevé una serie de motivos en base a los cuales la autoridad judicial deberá acudir en todo caso al procedimiento planteado en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Tales circunstancias aparecen señaladas en los art. 42 bis b) y 5 LJV y 756.1 LEC. Según el primero de ellos, el procedimiento para el establecimiento de medidas de apoyo será contencioso cuando exista la oposición por parte de la persona con discapacidad, del Ministerio Fiscal o de cualquiera de los interesados, pero es importante recalcar que esta

oposición no consiste en una objeción hacia la persona que será nombrada curador, sino a la adopción de medidas de apoyo en general. La LEC alude a las mismas causas, recogiendo una más, “cuando el expediente no haya podido resolverse”⁴⁶.

De esta forma, queda claro que el procedimiento contencioso es subsidiario con respecto al procedimiento de jurisdicción voluntaria, lo cual ha contado este sistema con el gran apoyo por parte de la doctrina⁴⁷.

De este modo, en el procedimiento contencioso se recogen una serie de Disposiciones generales, estableciendo en el art. 758.2 párrafo segundo de la LEC que “El letrado de la Administración de Justicia llevará a cabo las actuaciones necesarias para que la persona con discapacidad comprenda el objeto, la finalidad y los trámites”⁴⁸, además de que el Ministerio Fiscal siempre será parte del expediente contencioso, aunque no haya sido promotor del mismo ni haya participado en la defensa. Además, el procedimiento contencioso se sustanciará por los trámites de juicio verbal y de modo preferente (art. 753 LEC) debiendo actuar las partes con asistencia de abogado y representación de procurador (art. 750.1 LEC). Finalmente se establecerá una medida de protección de la intimidad de la persona con discapacidad, procurando el letrado de la Administración de Justicia acordar que las sentencias y demás resoluciones se comuniquen a los Registros correspondientes; sin embargo, en el caso de las medidas de apoyo “la comunicación se hará únicamente a petición de la persona en favor de la cual el apoyo se ha constituido”.

6.2.1 Competencia

Conforme al art. 756 2 y 3 LEC, la autoridad judicial que conoció del previo expediente de jurisdicción voluntaria será competente para conocer de las demandas sobre la adopción de medidas de apoyo, excepto que la persona a la que se refiere cambie

⁴⁶ Así se establece en el art. 756 LEC.

⁴⁷ Estima TORIBIOS FUENTES, F. en “Comentario a los arts. 756 a 762 de la LEC” en *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad* que este procedimiento “tiene un marcado carácter subsidiario y estadísticamente residual”.

⁴⁸ Artículo 758.2 párrafo segundo de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre la necesaria comprensión por parte de la persona discapacitada de las medidas que le será de aplicación en el complemento de su capacidad, pudiendo esta, después de la reflexión de las mismas, oponerse a ellas.

su residencia con posterioridad, en tal caso será el juez de primera instancia del nuevo lugar en el que resida el competente para conocer del mismo.

Si antes de la celebración de la vista se produjera un cambio en la residencia habitual de la persona necesitada de apoyo, las actuaciones se remitirán al juzgado correspondiente en el estado en que se hallen.

6.2.2 Legitimación procesal

Este expediente puede ser propuesto por la propia persona discapacitada interesada, su cónyuge no separado legalmente o de hecho o aquella persona que se encuentre en una situación análoga, sus descendientes ascendientes o hermanos y finalmente el Ministerio Fiscal, tal y como se precisa en el art. 757 LEC, el cual, como podemos observar, coincide con el contenido del art. 42 bis a) LJV. No obstante, la medida también puede ser adoptada por el Tribunal competente, de manera excepcional, como veremos a continuación.

En este proceso también será de aplicación el art. 254 CC, referente a la posibilidad de que la autoridad judicial acuerde a petición del menor, los progenitores, el tutor o del Ministerio Fiscal la adopción de una medida de apoyo cuando se prevea que en los dos años anteriores a la mayoría de edad un menor precisará una medida de apoyo.

Así pues, podemos observar que en este proceso la legitimación se reduce a la persona del menor, sus progenitores, su tutor y en defecto de los mismos el Ministerio Fiscal, excluyéndose a otros miembros del núcleo familiar, a diferencia del expediente de jurisdicción voluntaria en el cual el círculo de parientes más cercano estaba legitimado procesalmente para promoverlo. De acuerdo con ello, tendrá que ser el propio Ministerio Fiscal el que promueva dicho proceso si no existieran o no presentaran la demanda las personas facultadas para ello, salvo que concluyera sobre la posibilidad de acudir a otras vías a través de las cuales la persona interesada pueda solicitar las medidas de apoyos correspondientes (art. 757.2 LEC).

Asimismo, otra situación no prevista en la LJV que por el contrario sí contempla la LEC es la regla contenida en el art. 762.1 de la misma, bajo la rúbrica de “Medidas cautelares”. De esta forma, este artículo establece la facultad de que sea el propio Tribunal competente que tenga conocimiento de la existencia de una persona en una situación de discapacidad el que promueva procesalmente dicho procedimiento, con el fin de proteger

a aquella y a su patrimonio. No obstante, tales medidas se acordarán con previa audiencia de la persona interesada (art. 762.3), salvo que una situación de urgencia lo imposibilite.

Por último cabe mencionar que las medidas de apoyo que se decreten no son inmediatamente aplicables, sino que se difieren al momento de la mayoría de edad, quedando el menor hasta el momento sujeto a la patria potestad o a la tutela.⁴⁹

6.2.3 Tramitación

El art. 753 LEC dispone que todos los trámites deberán ser realizados de acuerdo con el juicio verbal.

Primeramente se deberá de presentar la demanda por parte de las personas legitimadas procesalmente para ello, la cual deberá de ser admitida por la autoridad judicial correspondiente. Una vez aceptada, la persona interesada comparecerá con su propia defensa y representación, o en su defecto se procederá a nombrarle un defensor judicial salvo que ya lo tuviese designado o su defensa corresponda al Ministerio Fiscal (arts. 758.2 y 750.1 LEC).

Sin embargo, se dispone en el apartado dos del art. 753 LEC que en el caso de ser la propia persona discapacitada la que solicite la provisión de medidas de apoyos y el nombramiento de un determinado curador, se le dará a éste traslado de la demanda, con el fin de que pueda alegar lo que considere sobre la misma (art. 757.3 LEC).

Posteriormente a la comparecencia en juzgado de la persona discapacitada, el Tribunal procederá a practicar las pruebas admitidas, las cuales corresponderán a las pruebas testificales, documentales y periciales señaladas en el art. 752 LEC, además de las pruebas que puedan practicarse en el propio procedimiento, en particular la entrevista y audiencia de los parientes más próximos, tal y como señala el art. 759.1 LEC.⁵⁰

Hemos de hacer referencia a la excepción recogida en el art. 759.2 LEC, la cual no aparece mencionada en el proceso de jurisdicción voluntaria, y es que en los casos en los que haya sido la propia persona discapacitada la que presenta la demanda, el Tribunal podrá de manera excepcional y cuando esta lo solicite no practicar las audiencias preceptivas si ello resultare más conveniente para la protección de su intimidad. Por otra

⁴⁹ TORIBIOS FUENTES, *ob., cit.*, p. 1175.

⁵⁰ Sobre el valor de las pruebas solicitadas por la parte afectada se ha pronunciado la STS 21 diciembre (Tol 8.739.270), a la que posteriormente se hará referencia.

parte, el art. 759.3 LEC dispone que cuando el nombramiento del curador no estuviera propuesto, hoy se oirá primeramente a la persona con discapacidad, a su cónyuge no separado legalmente o de hecho o a quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, a sus parientes más próximos e incluso a las personas que el tribunal considere oportunas.

Así, la STS 21 diciembre 2021 (Tol 8.739. 270), la esposa de un hombre con discapacidad que pretendía la incapacitación de su marido, había propuesto en la contestación a la demanda el nombramiento de ella misma como tutora, subsidiariamente la hija de ambos y en defecto de las mismas un allegado suyo. No obstante, el tribunal de instancia designó como tutora a una Fundación sin tener en cuenta la voluntad de la persona afectada. Ante ello, el TS consideró una falta de motivación del tribunal de instancia de prescindir de la voluntad exteriorizada por el demandado, siendo esta en todo caso preponderante a la hora de establecer el nombramiento del curador y, en todo caso, las medidas de apoyo.

En este mismo sentido, la SAP Navarra 21 octubre 2021 (Tol 8.789. 533), aplicando la nueva regulación, anuló la tutela que se había adoptada para la persona discapacitada, sustituyéndola por curatela y nombrando como curador a la Fundación Navarra para la Tutela de personas adultas, atendiendo a la voluntad de la persona discapacitada, la cual había manifestado anteriormente su deseo de mantener a la Fundación Navarra como entidad que sirviera como apoyo y complemento de su capacidad.

Finalmente, el proceso concluye con la sentencia emitida por la autoridad judicial, la cual estimará o desestimará la demanda. Si la sentencia es estimatoria, en ella se acordarán las medidas de apoyo y el nombramiento del curador.

6.2.4. Revisión de medidas

Al igual que en el expediente de jurisdicción voluntaria, las medidas solicitadas pueden ser revisadas de conformidad con lo dispuesto en la legislación civil (art. 761.1 LEC), sin embargo, curiosamente la propia LEC se remite a los trámites previstos a tal

efecto en la Ley de Jurisdicción Voluntaria. Esta revisión se realizará a los tres años y excepcionalmente a los seis años (art. 268 LEC).⁵¹

En el caso de producirse la oposición en el procedimiento de jurisdicción voluntaria de revisión o si el mismo no hubiese concluido, deberá tener lugar el procedimiento contencioso.⁵²

No obstante, en la regulación actual existe un silencio sobre lo que ocurriría si no se produjera la revisión a los tres años señalados por la ley. Ante ello, la doctrina considera que si las circunstancias que motivaron la adopción de las medidas de apoyo son idénticas habría que instar el expediente de revisión de medidas de apoyo, no dejando, durante este proceso, a la sentencia anterior objeto de revisión sin efecto.⁵³

Además, el art. 268.3º CC prevé una revisión excepcional “ante cualquier cambio en la situación de la persona que pueda requerir una modificación de dichas medidas”, al igual que en el expediente de jurisdicción voluntaria; y por su parte el art. 270.2º CC dispone un mecanismo de control del Ministerio Fiscal al establecer que “Sin perjuicio de las revisiones periódicas estas resoluciones, el Ministerio fiscal podrá recabar en cualquier momento la información que considere necesaria a fin de garantizar el buen funcionamiento de la curatela”, quedando claro el papel revisor y garante del buen funcionamiento del nuevo sistema por parte del Ministerio público.

7. NOMBRAMIENTO DEL CURADOR

Desde la entrada en vigor de la nueva Ley 8/2021, han surgido algunos conflictos en torno a esta institución en la aplicación jurídica de la nueva normativa, a los que posteriormente haremos mención a través de dos sentencias que han servido de paradigma y precedente para las posteriores.

⁵¹ Señala TINOCO VERGEL, D.A., “Aproximación a las medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad”, *cit.*, pp. 452-453, que en la práctica sigue preocupando la falta de inmediatez en los Juzgados para determinar situaciones no deseadas en detrimento de la persona con discapacidad, pues la reforma no aborda la necesidad de crear juzgados especializados en dicha materia.

⁵² En la reciente STS 8 septiembre 2021, el Tribunal estableció la revisión de la medida acordada en el plazo de seis meses, lo que significa, de acuerdo con el criterio de CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, S. en “La curatela: ¿una nueva institución?” que nuestro Alto Tribunal se ha tomado en serio la temporalidad de las medidas de apoyo para comprobar su eficacia.

⁵³ De nuevo CASTÁN PÉREZ GÓMEZ, *lug. últm. cit.*; VIVAS TESÓN. I., “Curatela y asistencia”, en *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad: El Derecho en el umbral de la política*.

Estas cuestiones problemáticas han sido producto de situaciones de hecho que tuvieron lugar antes de la publicación de la nueva legislación, sin embargo, nuestros Tribunales y en particular el Tribunal Supremo las ha resuelto con posterioridad, aplicando la nueva Ley.

Así, el nombramiento del curador procede cuando la persona discapacitada precisa de un apoyo continuado para ejercitar plenamente su capacidad (art. 250.5º CC), siempre que haya un defecto o insuficiencia del guardador de hecho, siendo, por tanto, preferente el nombramiento del guardador de hecho a la designación de un curador.⁵⁴

El Código civil prevé dos formas de designar al curador: un nombramiento por la propia persona interesada que se encuentra en una situación de discapacidad actual o que pueda prever que en un futuro va a incurrir en una discapacidad, denominado este procedimiento la autotutela; y un nombramiento por parte de la autoridad judicial, donde nos referiremos a la institución de la tutela propiamente dicha.

7.1. LA AUTOTUTELA

Esta figura aparece regulada en la Sección 2ª bajo la rúbrica “De la autotutela y del nombramiento del curador”, dentro del Capítulo IV, compuesta a su vez por dos Subsecciones, la primera de ellas dedicada a la autotutela (arts. 271 a 274 CC) y la segunda dedicada al nombramiento del curador (arts. 275 a 281 CC).

La autotutela permite que los mayores de edad y los menores emancipados, previendo que su capacidad jurídica puede verse alterada en un futuro, puedan proponer tanto el nombramiento de determinadas personas que ejerzan el apoyo necesario como la exclusión de las mismas, así como numerosas disposiciones que afecta a dicha institución (arts. 271.1º y 271.2º CC). En atención a ello, la doctrina ha sido la encargada de

⁵⁴ Así lo ponen en relieve autores como DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., “Primeras resoluciones judiciales aplicando la Ley 8/2021, de 2 de junio en materia de discapacidad”, donde se recalca que la figura del guardador de hecho es primordial y preponderante con respecto a la del curador, no procediendo el nombramiento de este último en el caso de que ya exista un guardador que ejerza la función de apoyo y complemento de la capacidad, pero en todo caso el guardador deberá pedir la correspondiente autorización judicial cuando excepcionalmente deba realizar algún acto representativo. En este sentido se han pronunciado numerosas sentencias de los Juzgados de Primera instancia tales como la SJPI núm. 5 Córdoba 346/2021, 30 septiembre 2021; SJPI y Familia Jaén núm. 6 545/2021 22 septiembre 2021. Pero este criterio no es unánime, existiendo sentencias donde la tutela prima sobre la tutela frente a la figura del guardador de hecho en función del grado de discapacidad de la persona, como la SJPI Massamagrell (Sección 4ª), 21 septiembre 2021.

establecer una definición de la autotutela, definiéndola en algunas ocasiones como “facultad de los mayores de edad o emancipados para designar o excluir a una o varias personas para el ejercicio de su propia tutela”⁵⁵; mientras que otros juristas han preferido definirla como “medida voluntaria, anticipatoria o preventiva establecida por una persona en previsión de su futura discapacidad”,⁵⁶ dejando clara este último concepto la preponderancia de la autonomía de la voluntad de la persona.

De igual modo, el TS se ha pronunciado explícitamente sobre las características de la autotutela en la sentencia 2 noviembre 2021, constituyéndose así como un negocio jurídico de derecho de familia de carácter unilateral, pues proviene de la voluntad del otorgante⁵⁷ y personalísimo; realizado inter vivos y solemne, pues necesita que la voluntad de la persona sea manifestada en escritura pública notarial (art. 271 CC). Es igualmente vinculante para el juez sin perjuicio de que pueda prescindir del nombramiento por resolución motivada (art. 272 CC), además de ser revocable. Es necesaria su inscripción en el Registro Civil (art. 4.10º Ley 20/2011, de Registro Civil), limitándose las facultades de la persona interesada no sólo al nombramiento o exclusión de determinadas personas como curador, sino al establecimiento de determinadas disposiciones sobre los mismos (art. 273 CC). Finalmente, otra propiedad que se puede enunciar sobre la autotutela es su gratuidad, dado que el otorgamiento se realiza sin contraprestación.

Dada la escasa regulación de la autotutela, pues el Código civil le dedica exclusivamente cuatro artículos, la doctrina se ha remitido a las dos regulaciones que contiene el CC sobre las medidas de apoyo: por un lado la normativa relativa a las medidas de naturaleza voluntaria (art. 256 a 262 CC) y por otro la legislación que regula la tutela (arts. 268-270 y 271-294 CC), primando siempre la voluntad del sujeto sobre cualquier otra medida que se pueda establecer.

7.1.1 Sujetos

Serán sujetos de la tutela los mayores de edad y los menores emancipados que en un momento futuro presupongan su falta de capacidad jurídica, excluyéndose, por tanto,

⁵⁵ DÍAZ ALABART, S. “Autotutela y personas con discapacidad” en *Un nuevo orden jurídico para personas con discapacidad*.

⁵⁶ GARCÍA RUBIO, “Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio”, *cit.*, p. 44.

⁵⁷ *La tutela tras la Ley 8/2021, cit.*, p. 258.

la oportunidad de los menores no emancipados y de los mayores de 16 años no emancipados de nombrar un futuro curador.

No se hace referencia, sin embargo, a la capacidad que debe requerir el sujeto para disponer de la autotutela, por lo que se entiende que será necesaria la capacidad general, planteándose la doctrina la posibilidad de que sea el propio discapacitado el que designe al curador (art. 271.1º CC), aunque esta función se puede delegar a otra persona distinta del afectado (art. 274 CC).⁵⁸

Tampoco se hace alusión al cónyuge, pero el Código civil parte de la existencia de matrimonio en el momento en que se produce la situación de necesidad de apoyo. Cabría preguntarse la posibilidad de que sea el cónyuge separado legalmente o de hecho o cuando medie nulidad o divorcio quien ejerza la función de curador. De nuevo el CC guarda silencio sobre esta cuestión, pero remitiéndonos al art. 42 bis a) 3 LJV y al art. 756.2 LEC podemos concluir que debe excluirse al excónyuge en caso de divorcio o nulidad matrimonial de dicha función, pues ya no existe un vínculo entre ambos; no así cuando a pesar del cese de la convivencia se hayan otorgado a favor del cónyuge o de la pareja de hecho poderes o mandatos preventivos y siempre que medie la voluntad del otorgante de no extinguir la institución.

De igual manera, la doctrina se ha planteado si el nombramiento del curador alcanza a las personas mencionadas en el documento de escritura pública o si por el contrario se extiende a cualquier persona; resolviendo esta cuestión a través de dos posturas, considerando por un lado tanto el cónyuge como otra persona distinta pueden hacer la elección solo entre las personas recogidas en el documento de escritura pública; y por otro estimando que el cónyuge puede designar a cualquier persona y sólo cuando esta función se delegue en una persona distinta al cónyuge será que esta únicamente podrá designar como curador a una de las personas mencionadas en el documento público. Ante este conflicto de posturas, el criterio finalmente aplicado es el de esta segunda postura.⁵⁹

⁵⁸ HIJAS CID, E., “Novedades en la regulación de la autotutela” advierte que no habría ningún inconveniente práctico en que fuera el propio notario el que valorara la capacidad de la persona.

⁵⁹ Así lo entiende HIJAS CID, E., “Novedades en la regulación de la autotutela”, cit., p. 29.

7.1.2. Contenido

La autocuratela tiene dos objetivos: por un lado el nombramiento del curador y por otro el diseño del contenido de la propia institución. En consecuencia, el CC en el art. 271.1º permite el nombramiento de uno o varios curadores, ya sea conjunta o subsidiariamente, y ello al margen de que sean personas físicas o jurídicas, pudiendo determinar sustitutos de las mismas. No obstante, la autoridad judicial podrá rechazar el nombramiento por las causas citadas en el art. 272.2º CC, esto es, en caso de que existan circunstancias graves desconocidas por la persona que estableció el nombramiento y las disposiciones voluntarias o una alteración de las causas expresadas en las mismas.

En cuanto a la edad, el curador deberá de ser en todo caso mayor de edad, aunque nada se dice en la legislación acerca de las condiciones de edad y de la idoneidad de las personas que pueden ser nombradas como curadores, aunque parece claro que se debe de excluir a los menores de edad así como a los menores emancipados, ya que no tienen capacidad plena para realizar todos los actos de la vida civil (art. 275 CC).

Otras limitaciones que se recogen en el mismo art. 275 CC (apartados 2 y 3) se refieren a las condiciones por las cuales una persona no puede ser nombrada curador, incluso aun cuando este haya sido propuesto por el propio disponente.

En cuando al nombramiento de una persona jurídica como curador, el art. 275 CC establece unas condiciones positivas y otras negativas que esta debe tener para poder ejercer el cargo. En cuanto a las positivas, el artículo dispone que esta debe ser una fundación u otra persona jurídica sin ánimo de lucro, pública o privada, entre cuyos fines figure la promoción de la autonomía y asistencia a las personas con discapacidad. En sentido negativo, al igual que las personas físicas, las personas jurídicas no podrán ser nombradas curadores si incurren en algunas de las circunstancias de los arts. 275 apartados 2 y 3 CC. A pesar de ello, un sector de la doctrina afirma que se podría nombrar a varias personas jurídicas, tengan o no ánimo de lucro, y que no cabría de igual forma aplicar las limitaciones establecidas en los números 2 y 3 del art. 275 CC por prevalecer la voluntad del interesado.⁶⁰

⁶⁰ Autores como GARCÍA RUBIO, “Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio”., *cit.*, p. 50, donde realiza comentarios al art. 273 del Proyecto de Ley; ESCARTÍN IPIÉNS, J.A., “La autocuratela en el Anteproyecto de Ley sobre modificación del Código Civil y otras leyes

Como se ha citado anteriormente, también se permite el nombramiento de sustitutos del propio curador. Para el caso en que esto ocurra y no se establezca un orden de sustitución, el art. 273 CC resalta que será preferido el curador propuesto en primer lugar siempre y cuando el nombramiento de los sustitutos se haya realizado en un mismo documento, en caso contrario (cuando la designación se ha realizado en documentos diferentes) será elegido sustituto la persona propuesta en el último documento.

El Código civil no se posiciona sobre el *modus operandi* a llevar a cabo cuando sean nombrados varios curadores, ya sea conjunta o sucesivamente, por lo que se deduce que ello dependerá de las disposiciones hecha por la parte interesada; así como tampoco dice nada respecto a la excusa y remoción (como causas de extinción de la curatela), aplicándose en estos casos por analogía la regulación de los arts. 278 y siguientes del CC.

El art. 271.2º CC antes referido sobre las disposiciones que puede establecer la persona en el procedimiento de la autocuratela, se menciona expresamente que esta podrá incorporar preceptos sobre “el cuidado de su persona, reglas de administración y disposición de sus bienes, así como la retribución de curador”⁶¹ entre otras. En cambio, si nada se establece cabría plantearse cuáles serían las funciones del curador, ante lo que encontramos posturas diversas y contradictorias por parte de la doctrina,⁶² especialmente en relación a la necesidad de autorización judicial para realizar los actos estipulados. Así, parece que la posición predominante al respecto es que se puede excluir esta limitación, en base a los principios inspiradores de la nueva legislación.

7.1.3. Forma

Al tenor del art. 271.1º CC, la autocuratela deberá estipularse en escritura pública, aunque a diferencia de otras medidas de apoyo de naturaleza voluntaria, no se exige de manera expresa la inscripción de la escritura pública en el Registro Civil, aunque analógicamente se podría aplicar la regla contenida en el art. 300 CC, la cual impone la inscripción de las medidas de apoyo en dicho Registro. Del mismo modo se establece en

complementarias en materia de discapacidad”, señala que los requisitos para que una persona jurídica sea nombrada curador deberían ser abolidos, pues en todo caso debe predominar el interés y la decisión de la persona discapacitada sobre quién ha de ser nombrado curador.

⁶¹ Artículo 272.2º Código civil.

⁶² DÍAZ ALABART, S., “Autocuratela y personas con discapacidad”.

los arts. 4.10º y 77 de la Ley 20/2011 de 21 de julio, del Registro Civil, concluyendo la doctrina en la necesidad de inscribir la autocuratela.⁶³

Finalmente, la figura de la autocuratela supone una necesaria vinculación de la autoridad judicial, en base al principio de respeto de la autonomía de voluntad de la persona discapacitada. Sin embargo, el Juez podrá prescindir mediante resolución motivada, total o parcialmente, de estas disposiciones voluntarias si existen circunstancias graves que así lo requieran (art. 272.2º CC). Sin embargo, la doctrina se ha planteado si la autoridad judicial quedaría en todo caso vinculada cuando el declarante y destinatario fueran concedores de las circunstancias.⁶⁴ Ante el silencio por parte de nuestro Código civil, se ha estimado que en caso de que la persona fuera consciente de los posibles vicios, esta siempre quedará vinculada a la institución de la curatela con las disposiciones voluntarias que ella misma estableció.

En el caso de que el Juez decida prescindir de las disposiciones voluntarias por la concurrencia de las circunstancias señaladas en el art. 272.2º CC, el art. 276.2º determina que se nombrará a una serie de personas para que ejerzan el papel de curador, teniendo presente los deseos y preferencias del sujeto interesado.

7.2 NOMBRAMIENTO POR LA AUTORIDAD JUDICIAL

El Código civil regula en el art. 269.1º el nombramiento de la figura del curador por parte de la autoridad, sin embargo, este será supletorio, pues deberá constituirse mediante resolución motivada “cuando no exista otra medida de apoyo suficiente para la persona con discapacidad”⁶⁵. Por tanto, de acuerdo con ello, el Juez también se encargará de nombrar al curador cuando concurren algunas de las limitaciones establecidas en el art. 272 CC anteriormente mencionado (art. 276.2º CC).

⁶³ ESCARTÍN IPIÉNS, J.A., “La autocuratela en el Anteproyecto de Ley sobre modificación del Código Civil y otras leyes complementarias en materia de discapacidad”, *cit.*, p. 111.

⁶⁴ De nuevo ESCARTÍN IPIÉNS, J.A., “La autocuratela en el Anteproyecto de Ley sobre modificación del Código Civil y otras leyes complementarias en materia de discapacidad”, *cit.*, p. 99.

⁶⁵ Referencia al artículo 269.2º del Código civil.

Dicho nombramiento se realizará en el mismo expediente de jurisdicción voluntaria que establezcan las medidas de apoyo para la persona con discapacidad o, en su caso, en el procedimiento contencioso a falta de designación de curador por el propio interesado.⁶⁶

7.2.1. Procedimiento

El proceso para el nombramiento del curador por parte del Juez es complejo, por lo que conviene detenernos en el mismo. Como se ha indicado, este será realizado en la correspondiente resolución judicial por parte de la autoridad judicial, a través de las medidas de apoyo establecidas anteriormente en el expediente de jurisdicción voluntaria por parte de la persona que precise el complemento de su capacidad.

No obstante, cuando en dicho procedimiento se produce alguna de las causas señaladas en el art. 42 bis b) 5 LJV y 756.1 LEC⁶⁷, el procedimiento para la adopción de medidas de naturaleza voluntaria concluirá, pasando a regirse el nombramiento por la LEC. Así, esta ley se refiere en su art. 759.3 a la ausencia de propuesta de un curador, en cuyo caso deberá escucharse a la propia persona con discapacidad, a su cónyuge no separado legalmente o de hecho o a la persona que se encuentre en una análoga situación y a los parientes más próximos del interesado.

Ahora bien, además de estas dos causas en las que la autoridad judicial puede proceder a nombrar al curador (oposición del interesado o de las partes y cuando no estuviera propuesto) la LJV prevé un expediente específico regulado en los art. 43 y siguientes, el cual tendrá un carácter subsidiario, teniendo lugar sólo cuando el curador nombrado haya sido removido o haya fallecido.

Será competente para el nombramiento el Juzgado de Primera Instancia del domicilio (art. 43.1 LJV) o en su defecto del lugar de residencia de la persona con discapacidad, aunque el órgano judicial que haya conocido de un expediente sobre curatela será el que resuelva los trámites, incidencias y adopte las medidas, siempre que la persona con discapacidad resida en la misma circunscripción, pues en caso contrario será preciso que el Juzgado que conoció la causa primeramente remita, en el plazo de diez días testimonio

⁶⁶ *La curatela tras la Ley 8/2021, cit.*, p. 278.

⁶⁷ Estos artículos aluden a la oposición de la persona con discapacidad, del Ministerio Fiscal, de cualquiera de los interesados o cuando el expediente no haya podido resolverse.

a la nueva autoridad judicial (art. 43.2 LJV). No será preceptiva la intervención de abogado y procurador (art. 43.3 LJV), excepto en los casos referentes a la remoción del curador y la extinción de los poderes preventivos, donde será necesaria la comparecencia y defensa por parte de un abogado.

El expediente, tal y como se recoge en el art. 45 LJV, se iniciará mediante la solicitud presentada por el Ministerio Fiscal o por cualquiera de las personas indicadas para pretender la curatela⁶⁸, indicando el hecho que dé lugar a la adopción de la curatela junto con documentos acreditativos del mismo.

En la comparecencia se oirá al promotor o a la persona designada si esta fuera distinta del promotor, al discapacitado si fuera mayor de 12 años o al menor si tuviera suficiente madurez, a los parientes, al Ministerio Fiscal y a las personas que se consideren oportunas (art. 45.2 LJV).

En todo caso es preciso que en este procedimiento el nombrado curador acepte y tome posesión de su cargo, preste fianza y forme un inventario, actos que lo diferencian del procedimiento de jurisdicción voluntaria. En primer lugar, el designado curador será citado para que comparezca en el plazo de quince días para que acepte su cargo o presente las excusas pertinentes. En el caso de que acepte, deberá prestar fianza (arts. 45.5, 2º y 5º LJV y 284.2º CC), pues esta servirá para garantizar el correcto cumplimiento de sus obligaciones, debiendo determinar la cuantía y modalidad de la misma, la cual deberá de ser objeto de aprobación judicial, pudiendo ser de carácter real o personal.

Seguidamente, el nombrado curador deberá aceptar la obligación de los deberes que se le han encomendado en función de su cargo en acta otorgada ante el letrado de la Administración de Justicia (art. 46.3 LJV), y finalmente, si el curador también fuera el encargado de administrar los bienes de la persona afectada, deberá confeccionar un inventario de los mismos (art. 285.1º CC), debiendo ser presentado en el plazo de los sesenta días siguientes, aunque puede ser objeto de prórroga por parte del letrado de la Administración de Justicia si este lo considera preciso. Sin embargo, la ley no regula la falta de realización del inventario por parte del curador. Ante ello, la doctrina estima que, en el caso de que esto ocurra, supondrá una causa de remoción directa del cargo como

⁶⁸ Hemos de recordar que las personas indicadas para promover la curatela será la propia persona con discapacidad, el cónyuge no separado legalmente o de hecho, sus ascendientes, descendientes o hermanos).

curador por el incumplimiento de sus deberes (art. 278.1º CC).⁶⁹ Por último, una vez el Juez haya acordado la curatela, remitirá el testimonio tanto de la resolución dictada como del acta de posesión del cargo de curador al Registro Civil (art. 46.5 LJV).

7.2.2. Sujetos

En cuanto a los sujetos que pueden llevar a cabo el papel como curadores, el Código civil establece una regla general y una serie de excepciones a la misma en el art. 275. Como regla general se menciona que podrán ejercer el papel como curador, al semejanza del expediente de jurisdicción voluntaria, tanto las personas físicas mayores de edad que sean competentes para el desempeño de la función, como las personas jurídicas y demás fundaciones sin ánimo de lucro, públicas o privadas.

Como se observa, el Código civil establece dos únicos requisitos para las personas físicas: edad (mayoría de edad) y aptitud. Al respecto, numerosas sentencias se han pronunciado sobre el significado de lo que se entiende por “aptitud”, pues se entiende que es un concepto abstracto que debe ser precisado por la propia doctrina y jurisprudencia.⁷⁰ Por lo que se refiere a las personas jurídicas, la legislación exige igualmente dos circunstancias: que tales personas sean sin ánimo de lucro y que entre sus fines figure la promoción de la asistencia y autonomía a las personas con discapacidad. En relación a estos dos requisitos, se presentó una enmienda de supresión de ambos, la cual no prosperó, principalmente por la falta de confianza que la persona discapacitada podría experimentar sobre que una ONG fuera la encargada de llevar a cabo el complemento de su capacidad. No obstante, tal y como se ha establecido anteriormente, se dará preponderancia a la decisión adoptada por la persona con discapacidad con respecto a la figura del curador.⁷¹

⁶⁹ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., “Sección 3ª. Del ejercicio de la curatela. Comentarios a los arts. 282 a 290 CC”, en *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, cit., p. 785.

⁷⁰ En la SAP Madrid 20 diciembre 2021 (*Tol 8.818.721*) se cuestionaba la idoneidad del nombramiento del entonces tutor, el cual había recaído sobre uno de los cinco hijos de la persona con discapacidad. Dicha sentencia se resolvió aplicando la nueva legislación, dónde se estableció el conveniente cuidado por parte de uno de los hijos, el cual se encontraba jubilado, por lo que disponía de mayor tiempo para el cuidado de su madre, frente al nombramiento como curadora de una de las hijas, y ello a pesar de que esta gozaba de mayor juventud y aparente aptitud para desempeñar el cargo, ya que la actividad laboral de esta no le permitía prestar el apoyo necesario a su madre. Por tanto, este es un claro ejemplo del concepto de “aptitud” para nuestro Tribunales, pues no se refiere sólo a idoneidad, sino también a capacidad para poder ejercer el cargo.

⁷¹ Por ejemplo, en la SAP Salamanca 10 septiembre 2021 (*Tol 8.653.009*), donde se atendió el recurso de apelación interpuesto por una persona con discapacidad, la cual impugnaba la declaración de incapacitación y el nombramiento de su hijo cargo como curador. En base a los principios inspiradores de la nueva

En defecto de un nombramiento por parte de la persona interesada, el art. 276.2º CC determina que el mismo será llevada a cabo por la autoridad judicial, estableciendo un orden de prelación de las personas que ejercerán el cargo de curador: en primer lugar será nombrado el cónyuge o quien se encuentre en una situación De hecho asimilable para llevar a cabo el apoyo de la capacidad jurídica; en segundo lugar al hijo o descendiente; seguidamente al progenitor, o en su defecto, ascendiente; en cuarto lugar a la persona que el cónyuge o la pareja conviviente o los progenitores hayan propuesto; a continuación al hermano, pariente o allegado que conviva; y finalmente a la persona jurídica que reúna los requisitos para poder llevarlo a cabo. No obstante, este orden podrá ser alterado por la autoridad judicial cuando esta lo considere oportuno a través de una resolución motivada.⁷² Además, el Código civil también admite que dentro de la propia institución de la curatela puedan desempeñarse cargos distintos, de modo que exista un curador para los bienes y otro para la persona (art. 277.1º CC).⁷³

7.2.3. Imposibilidad de nombramiento

En relación al nombramiento del curador establecido en el art. 276 CC por la autoridad judicial, nuestro Código establece una serie de limitaciones y prohibiciones al mismo, además de unas causas que imposibilitan su designación.

En cuanto a las limitaciones de carácter general, el art. 250.7º CC dispone que no podrán ejercer la función de curador aquellos que “presten servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga a la persona que precisa el apoyo”⁷⁴; y por su parte, el art. 251.2º CC prohíbe al que desempeñe alguna medida de apoyo prestar el mismo “cuando en el acto intervenga en nombre propio o de un tercero y existiera conflicto de

legislación, la AP decidió conforme al criterio de la persona interesada, dejando sin efectos la declaración de incapacitación y designando a su hijo curador.

⁷² La alteración del orden por parte de la autoridad judicial se puede observar en la SAP Navarra 28 de octubre 2021 (*Tol.8.792.040*), en la que se nombró a la sobrina de una persona con discapacidad para regir su persona y sus bienes. Sin embargo, esta sentencia fue recurrida en apelación por la persona afectada, proponiendo como curador a su ahijado, y subsidiariamente a la Fundación Navarra para la Tutela de las personas Adultas. A pesar de ello, y la falta de asistencia por parte de la sobrina de la persona afectada, el tribunal nombró finalmente como asistente a la persona jurídica.

⁷³ Así en la SAP Álava 27 septiembre 2021 (*Tol.8.774.999*), la demanda fue interpuesta por la curadora de la esfera personas, la cual pretendía la resolución de un contrato de arrendamiento de un inmueble destinado a ser una residencia para personas de la tercera edad, junto con la condena civil de pagar las rentas debidas y del desalojo del mismo. Sin embargo, la AP rechazó la demanda alegando que era necesaria la conformidad de la curadora patrimonial en este ámbito (y no sólo de la personal), pues la persona con discapacidad contaba con el nombramiento de ambas para su apoyo.

⁷⁴ Referencia al artículo 250.7º del Código civil.

intereses”⁷⁵, preservándose, a través de ambos artículos, el respeto a la autonomía de la voluntad y el libre desarrollo de la personalidad de la persona discapacitada, evitando la influencia en las decisiones que la misma pueda realizar.

Asimismo, el curador también podrá ser inhabilitado por algunas de las causas establecidas en la legislación. El Código civil distingue dos grupos de causas de inhabilitación, según se puedan dispensar por el Juez o no, en los apartados 2 y 3 del art. 275. En el primero de ellos se refiere a las causas absolutas, en el cual se dispone que no podrán ejercer el cargo como curador aquellos que hayan sido excluidos por la persona necesitada de apoyo; en segundo lugar quienes estuvieran privados o suspendidos de la patria potestad o de los derechos de guarda y protección a través de una resolución judicial y en último término quienes hubieren sido legalmente removidos del ejercicio de la tutela, curatela o guarda de hecho anterior.

En el segundo grupo se recogen las causas relativas de inhabilitación del curador, es decir, aquellas que imposibilitan a una persona ejercer tal cargo, pero que la autoridad judicial podría designar si existieran circunstancias excepcionales debidamente motivadas. Se establecen como tales circunstancias cuando el condenado por cualquier delito que haga suponer que no realizará correctamente el cargo; cuando exista un conflicto de intereses entre la persona necesitada de apoyo y el curador; ⁷⁶cuando el administrador hubiese sido sustituido en su administración o cuando la persona propuesta para ejercer el cargo sea culpable de un concurso, salvo que la curatela lo sea solamente de la persona.

La curatela puede ser igualmente removida, lo cual supone el cese de la persona nombrada para ser curador por las causas previstas en la ley, a la cual se refiere el art. 278 CC. Las causas de la remoción son: cuando el curador haya incurrido en causa legal de inhabilidad; cuando este haya desempeñado de manera inadecuada su cargo o haya incumplido los deberes del mismo⁷⁷; cuando sea inepto para el ejercicio o cuando

⁷⁵ Mención al artículo 250.2º del Código civil.

⁷⁶ Cabe recordar la SAP Valencia 28 marzo 2003 (*Tol 1114452*), donde el Tribunal excluyó la curatela del incapacitado a la hermana por tener conflictos de intereses con el mismo.

⁷⁷ Como ejemplo de remoción del curador en razón de la segunda de las causas recogidas en este precepto podemos nombrar la SAP León 30 de noviembre 2021 (*Tol 8.789.236*), la cual había sido solicitada por el Ministerio fiscal. El marido de la persona discapacitada era el que ejercía el cargo como curador, pero la Audiencia Provincial estimó que “el curador no se ha conducido bien en el desempeño de la tutela, hoy ha incumplido los deberes propios del cargo y han surgido problemas de convivencia graves y continuados”, tal como se derivó de la investigación judicial y de numerosas declaraciones de testigos, nombrándose a

surgieren problemas de convivencia graves y continuados con la persona discapacitada a la que presta el apoyo. Dicha remoción se puede realizar de oficio o a solicitud de la persona necesitada de apoyo, del Ministerio fiscal o a través de cualquier interesado (art. 278 CC y 49 LJV), correspondiendo al juez encargado del informe decretar la remoción mediante expediente de jurisdicción voluntaria. Una vez que se haya declarado judicialmente la remoción, se procederá a la proposición y nombramiento de otra persona como nuevo curador.

Por último, cabe mencionar la posibilidad de que sea el propio curador el que renuncie o rechace el cargo cuando alegue algunos de los motivos previstos en el art. 279 CC. Sin embargo, dado el carácter obligatorio de la curatela, esta facultad siempre será con carácter excepcional. Así, cabe excusa de la curatela por parte del propio curador cuando la misma resulte excesivamente gravoso o entrañe alguna dificultad; cuando durante su desempeño sobrevengan los motivos de excusa o cuando la persona jurídica privada carezca de suficientes medios para el adecuado desempeño de la actividad.⁷⁸ De esta forma, el interesado que alegue causa de excusa deberá hacerlo dentro del plazo de quince días a contar desde que tuviera conocimiento del nombramiento, y si la causa fuera sobrevenida podrá hacerlo en cualquier momento, tal y como se establece en el art. 279.3º CC. En cuanto la excusa sea apreciada por la autoridad judicial, hoy el llamado a la curatela quedará eximido de su cargo, procediéndose a nombrar a un nuevo curador (art. 280 CC), debiendo remitirse la correspondiente comunicación al Registro Civil (art. 50.4 LJV).

una fundación para que fuera esta la que ejerciera el papel de apoyo y complemento de la capacidad jurídica de la persona necesitada.

⁷⁸ En este sentido Cabe mencionar la SAP Burgos 20 abril 2004 (*Tol 7.667.321*), donde la Sala admitió la causa de excusa de la curatela que se había atribuido a una Fundación cuya finalidad era la atención de personas deficientes mentales; sin embargo, la persona tutelada era una mujer que consumía drogas, tóxicos y alcohol, por lo que estaba claro que esta fundación no era idónea para encargarse del complemento de su capacidad jurídica.

8. CONTENIDO DE LA CURATELA

8.1 LA CURATELA ASISTENCIAL

La Sección 3ª del CC en el Capítulo IV del Título XI (arts. 282 a 290) se dedica al contenido y ejercicio de la curatela, aunque hay otros preceptos de dicho título que también se refieren al desempeño del cargo como curador.⁷⁹

Como principio rector en el nombramiento y ejercicio del curador rige que la curatela será de carácter asistencial⁸⁰, a pesar de que en determinados casos excepcionales se podrán asignar al curador funciones representativas. (arts. 249.3º, 269.3º, 282 y 285).

De esta forma, la curatela puede acordarse de dos formas: como medida de apoyo y asistencia a la persona con discapacidad (art. 269.2º CC) o bien como facultad representativa, aunque esta última sólo en casos excepcionales art. 269.3º CC), en la cual nos centraremos más adelante.

Continuando con la curatela asistencial, hemos de decir que las facultades y funciones de la misma serán establecidas por la autoridad judicial en la misma sentencia que determina las medidas de apoyo, pero en todo caso no se podrá incluir una mera privación

⁷⁹ Existen algunas críticas por parte de la doctrina respecto a la regulación que hace el CC, así GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. “Sección 3ª del ejercicio de la curatela. Comentarios a los arts. 282 a 290 CC” en *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, señala que en el sistema actual para el ejercicio de la curatela es necesario tener en cuenta la voluntad de la persona interesada, así como sus deseos y preferencias a la hora de establecer el nombramiento del curador, con el fin de que se convierta en una figura que permita a la persona adoptar decisiones en igualdad de condiciones con los demás; de manera que considera la autora que el legislador debería haber destinado algunos preceptos a la forma en la que la asistencia se debería de prestar, la sanción del curador en caso de su falta u omisión, así como a la hipótesis de una situación de desacuerdo entre la persona interesada y el curador.

⁸⁰ Así, un ejemplo de sentencia en la que se estableció el carácter asistencial del curador fue la SAP Córdoba 15 de septiembre 2021 (*Tol 8.794.511*), donde el interesado manifestó su deseo del nombramiento de un curador con carácter asistencial, tanto en el ámbito relativo al cumplimiento de los tratamientos de su enfermedad como en la gestión patrimonial.

Igualmente en la SAP Pontevedra 21 septiembre 2021 (*Tol 8.667.068*), en la que se nombró a un curador para apoyar a la persona discapacitada en todas las actividades de tipo económico, incluida la realización de negocios jurídicos, a pesar de que en la SJPI se estableció una rehabilitación de la patria potestad ara la interesada.

de derechos (art. 269.5º CC)⁸¹. Esta se designará para aquellas personas que necesitan ser acompañadas o asistidas en todos o algunos ámbitos de su vida.⁸²

8.2. LA CURATELA REPRESENTATIVA

Como se ha mencionado con anterioridad, la curatela representativa es aquella que, de acuerdo con la nueva legislación, sólo se establece para personas que no pueden ejercer su capacidad jurídica,⁸³ debiendo la autoridad judicial señalar los actos concretos en los que el curador representará a la persona afectada (art. 269.4º CC).

7.3. FUNCIONES DEL CURADOR

El ejercicio de ambas modalidades de curatela se regula conjuntamente en la misma sección. Con carácter general, el legislador señala en el art. 250.5º CC que la extensión del cargo como curador vendrá determinada en la propia resolución judicial, siendo determinado este por la autoridad judicial (art. 269.2º CC). No obstante, hemos de recordar que las medidas de apoyo pueden ser objeto de revisión, de tal forma que estas podrán ser ampliadas por el Juez a los seis años o ante cualquier cambio de las circunstancias de la persona con discapacidad (art. 268.2º y 3º CC); aunque con independencia de ello, la autoridad judicial podrá exigir al curador en cualquier momento que informe sobre la situación personal o patrimonial de la persona con discapacidad; pudiendo esta información ser igualmente recabada por el Ministerio Público (art. 270.1º y 2º CC y 51.1 LJV).

De forma más concreta, el Código Civil dedica el art. 282 a establecer las funciones que debe cumplir el curador, consistiendo estas, en primer lugar, en la obligación de esta

⁸¹ Podemos citar la SAP Cuenca 2 diciembre 2021 (*Tol* 8.789.213), en la que se interpuso un recurso contra la SJPI dictada con anterioridad, ya que esta declaraba que la persona afectada era incapaz para conducir vehículos. Esta interpuso un recurso de apelación, declarando que esta limitación a su derecho de movilidad supondría un grave perjuicio para su persona, por lo que tras la realización de las pruebas necesarias el Tribunal de la AP concluyó que no existen motivos que justifiquen dicha limitación.

⁸² Página web Comunidad de Madrid, sección de servicios y asuntos sociales <https://www.comunidad.madrid/servicios/asuntos-sociales/principales-conceptos-sistema#:~:text=La%20curatela%20asistencial%20se%20establece,van%20a%20prestar%20los%20apoyos>.

⁸³ Página web Comunidad de Madrid, sección de servicios y asuntos sociales <https://www.comunidad.madrid/servicios/asuntos-sociales/principales-conceptos-sistema#:~:text=La%20curatela%20asistencial%20se%20establece,van%20a%20prestar%20los%20apoyos>.

figura a desempeñar su cargo con la debida diligencia, aunque el legislador no precisa el alcance de la misma, por lo que se debe pensar que el curador debe actuar con la diligencia normal exigida por el Código Civil (la diligencia “de un buen padre de familia).

En segundo lugar, el curador debe mantener contacto personal con la persona a la que va a prestar apoyo⁸⁴, lo cual resulta primordial para conocer la voluntad, los deseos y preferencias de la persona interesada.

En tercer lugar, la figura del curador ha de asistir en todo caso a la persona con discapacidad en base a estos deseos y preferencias anteriormente mencionados. Tal y como menciona tanto la doctrina como la jurisprudencia y el propio legislador, esta es la función principal que se atribuye al curador en base a la nueva ley. Pese a ello, la doctrina ha reconocido la dificultad de conocer la verdadera voluntad de la persona con discapacidad, especialmente cuando se han ido desvaneciendo sus capacidades cognitivas⁸⁵.

En cuarto lugar, debe igualmente procurar que la persona con discapacidad pueda intervenir y desarrollar su propio proceso de toma de decisiones.

Por último, se establece que debe fomentar en todo caso que la persona pueda ejercer en un futuro su capacidad con menos apoyo. Con ello se destaca la pretensión final de la nueva Ley 8/2021, pues ya no se trata de ayudar a la persona en la toma de decisiones, sino de favorecer e incentivar condiciones para que la propia persona con discapacidad conozca sus posibilidades y logre optimizarlas, siendo el curador un mero guía en el proceso.

Continuando con las funciones del curador, hemos de destacar que el art. 283 CC prevé una serie de impedimentos en el cumplimiento de las mismas, fuera de los casos de remoción y excusa, estableciendo dos tipos de situaciones: en el caso de que se trate de una causa que impide al curador actuar de modo transitorio o cuando exista un conflicto de intereses entre él y la persona a la que va a prestar el apoyo, será el Letrado de la

⁸⁴ Así lo establece PAU PEDRÓN, A., “El principio de igualdad y el principio de cuidado con especial atención a la discapacidad”, *Revista de Derecho Civil*, vol. VII, núm. 1, enero-marzo 2020, Estudios, p. 7, el deber general de cuidado se fundamenta en dos cualidades: la interdependencia y la vulnerabilidad.

⁸⁵ Así CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, S., “La curatela: ¿una nueva institución?”, *cit.* p. 243; y SALAS MURILLO, S., “Significado jurídico del ‘apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica’ de las personas con discapacidad: presente tras diez años de convención”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 5, 2018, p. 27.

Administración de Justicia el que nombre un defensor judicial que lo sustituya; excepto si existe una curatela pluripersonal, en cuyo caso las funciones del curador impedido serán asumidas por el resto de curadores. Por el contrario, si se trata de una situación de impedimento prolongado o reiterado, la autoridad judicial se encargará de reorganizar el funcionamiento de la curatela, procediendo a nombrar a un nuevo curador.

Por último, cabe llamar la atención sobre la necesidad de acreditación del curador para el efectivo ejercicio de sus funciones, pues ante el silencio del Código civil, los operadores jurídicos se han planteado cómo se acredita la situación del curador asistencial. Así, la curatela debe constar en la resolución judicial donde se establezca la medida de apoyo, bastando con aportar una copia de dicha resolución, la cual deberá remitirse al Registro civil, sirviendo tanto la certificación del acta como la del Registro civil para acreditar la condición de curador. En el caso de que el nombramiento se haya producido por la propia persona con discapacidad en escritura pública o en poder o mandato preventivo, se requiere la presentación de la escritura y, en su caso, la resolución judicial en la que el Juez haya aprobado el nombramiento, pudiéndose aportar igualmente la nota certificativa del Registro.

9. RÉGIMEN ESPECÍFICO DE LA CURATELA REPRESENTATIVA

Debido a las particularidades que manifiesta la curatela representativa, conviene centrarnos en las mismas detalladamente, distinguiendo entre actos no consentidos, actos permitidos y actos que, a pesar de permitidos, requieren autorización judicial.

Como se ha destacado con anterioridad, la curatela representativa tiene un carácter excepcional, tal como reiteran los arts. 249.3º CC y 269.3º CC, teniéndose en cuenta en estos casos la trayectoria vital de la persona necesitada de apoyo y fijándose los actos que ha de realizar el curador de manera precisa.⁸⁶ Además de las funciones de carácter

⁸⁶ Sobre esta necesidad de fijar los actos que debe realizar el curador se pronunció la SAP Islas Baleares (Sección 4ª) 5 octubre 2021 (*Tol* 8.688.248) donde se nombró como curadora a una Fundación, estableciéndose en la propia sentencia, de manera detallada, las facultades de la misma a la hora de prestar el apoyo, entre los que podemos destacar los siguientes actos: 1) Personales: autocuidado (aseo personal, vestirse, comer, desplazamiento); los de salud (manejo de los medicamentos, citas y reconocimientos médicos). 2) Patrimonial: conocimiento de su situación económica; capacidad para el manejo diario de dinero de bolsillo; capacidad para operar con cajas y bancos de ahorro (incluso entidades extranjeras, abrir y cancelar cuentas y tarjetas corrientes y de crédito, firmar cheques y pagarés; capacidad para otorgar poderes a través de terceros [...]).

general, el Código civil cita dos obligaciones del curador: la formación de inventario y el requerimiento de autorización judicial para la realización de determinados actos.

Por lo que se refiere a la primera, el art. 285 señala que el curador estará obligado a la realización de un inventario del patrimonio de la persona con discapacidad dentro del plazo de sesenta días, a contar desde aquel en que hubiese tomado posesión de su cargo, ante el Letrado de la Administración de Justicia. En cuanto a la segunda de las obligaciones, el curador con facultades representativas requiere la autorización judicial para la realización de los actos que se determinen en la resolución, y en todo caso para los señalados en el art. 287 CC.⁸⁷

9.1. ACTOS NO CONSENTIDOS

Asimismo, el curador con facultades representativas estará limitado a la hora de ejercer determinadas actuaciones, no pudiendo realizarlas ni siquiera con autorización judicial, entre ellos los actos de carácter personalísimo, los excluidos por la propia ley, los que se excluyan en la resolución judicial o los excluidos por la propia persona afectada en las medidas de apoyo. Dentro de los actos personalísimos excluidos⁸⁸ (que requieren la intervención de la persona con discapacidad) se incluyen los derechos de la personalidad, el cambio de nombre y apellidos, el cambio de sexo, el matrimonio, la realización del testamento, el reconocimiento de un hijo no matrimonial, la adopción, el derecho de sufragio, la solicitud a la hora de prestar ayuda para morir (eutanasia), la voluntad de la persona con discapacidad en el ámbito de los trasplantes de órganos, las técnicas de reproducción asistida.

⁸⁷ PALLARÉS NEILA, J., en “El ejercicio de la nueva curatela”, *cit.*, p. 274, estima que “cuando el artículo 287 se refiere a que el curador ejerza funciones de representación se refiere a las funciones sobre aquellas áreas concretas en las que se representa.”

⁸⁸ Sin embargo, antes de la reforma del Código civil por la Ley 8/2021, la jurisprudencia había mencionado la asistencia del curador en aspectos personales de la vida de la persona con discapacidad

9.2. ACTOS PERMITIDOS

La regla general (art. 269.3º y 4º CC) establece que los actos que puede realizar el curador con facultades representativas deben venir señalados y especificados en la propia resolución judicial.

A pesar de ello, hemos de destacar que existen una serie de actos que el curador puede realizar, aunque el juez no los determine (art. 287.2.1º CC). Estas excepciones se pueden clasificar en dos grupos: disposiciones relativas al internamiento, por un lado; y el consentimiento informado en el ámbito de la salud, por otro.

En relación con el primer grupo, la regulación se refiere al internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico de una persona que no tenga capacidad para expresar su voluntad por ella misma. Curiosamente esta situación (recogida en el art. 763 LEC) no ha sido reformada por la Ley 8/2021. Aunque el precepto no menciona quién debe recabar la autorización judicial para el internamiento, cabe deducir que será el propio curador el que esté obligado a solicitarla.

En cuanto al segundo grupo de actos que no precisan de autorización judicial por parte del curador para ser llevados a cabo se encuentra el consentimiento informado en procedimientos relativos al ámbito de la salud. En este sentido la *Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica*, atribuye la posibilidad de recibir información y prestar el consentimiento informado para toda actuación en el ámbito de la sanidad a los “representantes legales” de las personas afectadas, acomodándolo a la nueva legislación, se refiere a la facultad del curador con facultades representativas a prestar el consentimiento cuando este no pueda ser exteriorizado por la propia persona con discapacidad.

Aunque dentro de esta regla se exceptúan dos situaciones: en primer lugar, cuando exista un riesgo inmediato grave para la integridad física o psicológica del paciente y no sea posible conseguir su autorización, ni la de sus familiares o el curador, serán los propios profesionales sanitarios los que presten el consentimiento (art. 9.2, b de la Ley 41/2002). En segundo lugar, cuando la decisión del representante legal sobre el consentimiento en el ámbito sanitario vaya en contra de los intereses de la persona representada, pudiendo en este caso, al igual que en la situación anterior, ser los propios

sanitarios los que velen por los intereses de la persona, prestando el consentimiento por esta.

Iguales soluciones son aplicables en la *Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual, reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo*; en el *Real Decreto 1723/2012, de 28 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención, utilización clínica y coordinación territorial de los órganos humanos destinados al trasplante y se establecen requisitos de calidad y seguridad*; o la *Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica*, siendo en todos estos casos necesario el consentimiento del curador representativo o, en su defecto, del personal sanitario, velando todos ellos por el interés de la persona afectada.

Igualmente el art. 289 CC dispone que el curador no precisa de autorización judicial para la división de la herencia o la partición de cosa común, aunque una vez practicadas requiere de aprobación judicial.

9.3 ACTOS QUE REQUIEREN AUTORIZACIÓN JUDICIAL.

Como ya se ha indicado, existen una serie de actos para los cuales el curador requiere en todo caso de autorización judicial en los ámbitos personal, familiar, patrimonial, sucesorio y procesal, aunque llama la atención, tal y como señala la doctrina⁸⁹, que esta autorización es requerida para la curatela representativa y no para la curatela asistencial.

En cuanto a aquellos actos en el ámbito personal o familiar que requieren de esta autorización judicial, en precepto se refiere a los actos de carácter personalísimo anteriormente señalados, haciéndose especial referencia a los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen⁹⁰; al reconocimiento de hijos no matrimoniales, además de los mencionados previamente.

Dentro de los actos de carácter patrimonial que precisan autorización se destacan los actos de disposición, tanto a título oneroso como gratuito, de bienes y valores

⁸⁹ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., “Sección 3ª Del ejercicio de la curatela. Comentarios a los arts. 282 a 290 CC”, en *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, cit., pp. 789-795.

⁹⁰ A ellos se alude en la *Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen* en el art. 2.2

de cierta entidad económica; así como la renuncia de determinados derechos o la realización de determinados negocios jurídicos.

En cuanto a los actos de carácter sucesorio, el legislador señala la necesidad de autorización judicial para la aceptación pura y simplemente de la herencia o la repudiación de la misma.

Finalmente, en el ámbito procesal se establece que se requiere autorización judicial para “interponer demanda en nombre de la persona a la que presta apoyo, salvo en los asuntos urgentes o de escasa cuantía” (art. 287.7º CC). Del mismo modo, a pesar de que las demandas interpuestas en caso de separación matrimonial o divorcio se consideran actos personalísimos que sólo pueden ser llevados a cabo por los cónyuges, se establece que cuando éstas no puedan ser llevadas a cabo por la persona afectada, la interposición de la demanda será una de las funciones del curador, aunque requerirá autorización judicial.⁹¹ En este caso concreto hay que recordar que la solicitud de separación o divorcio, cuando es de mutuo acuerdo entre los cónyuges y no hay hijos menores de edad, se puede formular ante el Letrado de la Administración de Justicia o ante el Notario, siendo estas figuras las que ejerzan el apoyo a la persona con discapacidad. Ahora bien, si se trata de una situación de nulidad matrimonial, ni la legislación civil ni procesal se pronuncia al respecto, no habiendo tampoco pronunciamiento judiciales existentes hasta la fecha.

10. PROCEDIMIENTO DE RETRIBUCIÓN DEL CURADOR.

El legislador ha reconocido el derecho de retribución al curador por el ejercicio de su cargo, siempre que el patrimonio de la persona con discapacidad lo permita, así como el reembolso de los gastos justificados y una indemnización por los daños y perjuicios sufridos sin culpa en el ejercicio de la curatela, tal y como establece el art. 281.1º CC, cuya cuantía y modo serán fijados por la autoridad judicial, quien tendrá en cuenta el

⁹¹ Ha habido dos pronunciamientos fundamentales para los casos de separación matrimonial y divorcio en la legislación anterior a la promulgación de la Ley 8/2021, interpuestos por un representante legal: por un lado la STC 311/2000, de 18 de diciembre (*Tol. 81. 734*), y la STS 21 septiembre 2011 (*Tol 2.248.621*), donde en ambas el Tribunal correspondiente dictaminó que la acción podrá ser interpuesta por el representante legal de un cónyuge con la capacidad modificada judicialmente cuando esta no pueda hacerlo por sí misma. A diferencia de ello, en la actual regulación se establece que de modo excepcional se nombrará un curador con facultades representativas

trabajo a realizar por el curador y la rentabilidad de los bienes de la persona necesitada de apoyo.

Tanto en el expediente de jurisdicción voluntaria como en el procedimiento contencioso se prevé esta posibilidad de retribución, pudiendo el curador solicitar la misma desde su nombramiento en resolución firme. La decisión se adoptará a través de auto, después de oídos el solicitante, la persona con discapacidad, el Ministerio Público y a cuantas personas se considere oportuno; siguiéndose el mismo proceso para modificar o extinguir tal retribución.

11.EXTINCIÓN DE LA CURATELA

La extinción supone la desaparición del curador como medida de apoyo de la persona con discapacidad, regulándose en el Código civil en la Subsección 4º, dentro de la Sección 2ª, del Capítulo IV, del Título XI, abarcando solo cuatro artículos (arts. 291 a 294 CC).

De esta manera, se disponen dos grupos de causas de extinción de la curatela: en primer lugar, por extinción por la muerte y la declaración de fallecimiento de la persona con discapacidad; y en segundo lugar por resolución judicial; aunque se pueden mencionar otras causas de extinción de la figura del curador, a las cuales nos referiremos más adelante.

Con respecto al primer modo de extinción de la curatela, hay que recordar que la muerte supone la extinción de la personalidad civil de la persona (art. 32 CC), y con ella, la terminación de todas las relaciones jurídicas de las que es titular, equiparándose a tales efectos la declaración de fallecimiento (art. 195 y 196 CC). Nada se menciona, sin embargo, de la declaración de ausencia como causa de extinción de la curatela, siendo esto así porque la ausencia supone la presunción de vida de la persona, nombrándose un representante del ausente en todo caso, el cual se encargará de la protección de sus bienes, y el cumplimiento de sus obligaciones.

En cuanto a la segunda causa de extinción, parece claro que cuando la autoridad judicial lo considere oportuno, de acuerdo con las circunstancias, se dará término a la curatela.

Además, como se ha mencionado con anterioridad, pueden existir otras causas que supongan la extinción de esta figura, como la apreciación de una causa de inhabilidad una

vez nombrado el curador, la excusa o la existencia de alguna causa de remoción; así como el fallecimiento del propio curador.

11.1 OBLIGACIONES DEL CURADOR DERIVADAS DE LA EXTINCIÓN

A consecuencia de la extinción de la curatela, el nombrado curador va a tener que realizar una serie de actuaciones preceptivas, como son la rendición de cuentas y los gastos derivados de la misma.

En cuanto a la rendición de cuentas, los arts. 291 y 292 CC se refieren a ella como el único control en la extinción de la curatela, debiendo realizarla la persona que hasta el momento ha prestado apoyo a la persona discapacitada ante la autoridad judicial, y ello sin perjuicio de la rendición de cuentas periódica, teniendo el plazo de tres meses desde el cese del cargo para poder hacerlo, prorrogables por el tiempo que fuese preciso si concurre justa causa (art. 51.4 LJV).

Antes de aprobar la resolución sobre la rendición de cuentas, el Juez oirá al nuevo curador, a la persona a la que se prestó apoyos, y en su caso, a los herederos de la misma, resolviendo por medio de auto. La acción para exigir esta rendición de cuentas tiene un plazo de prescripción de cinco años, contados desde la terminación del plazo para efectuarla, corriendo el pago de los gastos necesarios derivados de la misma a cargo del patrimonio de la persona a la que se prestó el apoyo.

11.2. RESPONSABILIDAD CIVIL DEL CURADOR

Nuestro Código civil regula de manera escasa la responsabilidad del curador durante el proceso de apoyo a la toma de decisiones, partiendo, tras la promulgación de la nueva Ley 8/2021 de la responsabilidad de la persona con discapacidad por los daños y perjuicios que haya podido ocasionar a terceros, sin perjuicio de la responsabilidad correspondiente del curador con facultades de representación, estableciéndose tres tipos de responsabilidad: responsabilidad civil del curador por daños propios, responsabilidad de este por hechos ajenos (es decir, realizados por la persona con discapacidad) y responsabilidad del curador originada por un delito cometido por la persona con discapacidad.

Referente a la responsabilidad civil del curador por daños propios, el legislador establece que será el curador el que responda por los hechos causados por su culpa o negligencia a la persona que preste apoyo, prescribiendo la acción para reclamar esta responsabilidad a los tres años contados desde la rendición final de cuentas (art. 294.1º y 2º CC).

En cuanto a la responsabilidad civil del curador por hechos ajenos realizados por la persona con discapacidad, el Código civil la reconoce en el art. 299. Esta exige dos requisitos: por un lado, que el curador tenga facultad de representación; y por otro la convivencia entre el curador y la persona a la que se presta el apoyo, por lo que la doctrina concluye que sin la existencia de tal convivencia no habría responsabilidad por parte del curador.

El fundamento de esta responsabilidad se basa en el hecho de que el daño se ha producido porque la persona responsable no ha supervisado de forma correcta a quien se encuentra bajo su custodia, por lo que en el caso de que el curador haya actuado diligentemente con el fin de evitar el daño, no se le podrá imputar por los hechos acaecidos.

En último término, en cuanto a la responsabilidad del curador derivada del delito cometido por la persona con discapacidad, el art. 118.1º del Código Penal establece que, en los casos de los números 1º y 2º del art. 20 son también responsables quienes ejerzan su apoyo legal o de hecho, siempre que haya mediado culpa o negligencia de su parte. De esta afirmación se extraen dos conclusiones: por un lado, aunque el precepto prevea que la persona con discapacidad sea inimputable penalmente por concurrir una causa de exención de la responsabilidad penal, no impide con ello que se le considere responsable civil por los hechos causados por ella; y en segundo lugar que esa inimputabilidad penal de la persona con discapacidad no exime a las personas que están al cargo de su curatela o cuidado, siempre y cuando media culpa o negligencia por su parte;⁹² tratándose, por tanto, de una responsabilidad civil subsidiaria derivada del delito.

⁹² Tal como señala SANZ MORÁN, A.J., “Comentario a la disposición final primera. Modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal”, *cit.*, p. 1525, la existencia de discrepancia en la doctrina a la hora de determinar la culpa o negligencia, pues mientras un sector se remite a lo establecido en el art. 1104 CC, otros consideran que en este precepto estamos ante una responsabilidad objetiva, con una inversión de la carga de la prueba, ya que la negligencia debe ser probada por quien la alega (art. 118º Cp)

12. CONCLUSIONES

El propósito de este trabajo ha sido hacer una aproximación al progreso y evolución del tratamiento jurídico de la discapacidad con el fin de comprender la reforma legislativa en materia civil y procesal para la protección de las personas en situación de discapacidad introducida en nuestro ordenamiento a través de la Ley 8/2021, de 2 de junio. Dicha reforma ha sido llevada a cabo tras la ratificación de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha el 13 de diciembre de 2006, la cual pretendía alcanzar un objetivo concreto: “promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente”.

Con dicha modificación jurídica se logra la abolición del régimen anterior, el cual abogaba por la sustitución de la voluntad de las personas con discapacidad a través del nombramiento de un tutor, con la limitación en el ejercicio de su capacidad de obrar que ello conllevaba; frente al sistema actual, el cual pretende “desjudicializar” el sistema del establecimiento de medidas de apoyo, desapareciendo la incapacitación como estado civil, al igual que figuras como la tutela, la patria potestad prorrogada y rehabilitada, englobándose la titularidad de derechos y obligaciones así como la legitimación para ejercitarlos dentro de la capacidad jurídica de las personas.

En este nuevo modelo se da preferencia a las medidas voluntarias de apoyo, pasando así de un sistema rehabilitador a un nuevo modelo social en el tratamiento jurídico de la discapacidad, produciéndose una ampliación del alcance subjetivo de esta normativa, ahora también aplicable a cualquier persona que precise de este tipo de protección, y con independencia de si su situación de discapacidad ha obtenido algún reconocimiento administrativo, a pesar de que también se contemplan medidas de origen judicial tales como la curatela, la guarda de hecho y el defensor judicial, sometidas a un control periódico por parte de la autoridad judicial.

De esta forma, a lo largo del trabajo se ha profundizado en la figura de la curatela, a través de la cual se protege a aquellos que, a pesar de ser capaces para actuar por sí mismos, precisan de ser acompañados, aconsejados, vigilados o apoyados en el ejercicio de su capacidad jurídica, debiendo respetarse siempre la autonomía de la persona, así

como sus deseos y preferencias, tratándose de proteger a la persona, pero preservando al máximo su capacidad.

Por ello nuestro Código civil, en base a los postulados de la Convención de Nueva York, ha elaborado una respuesta jurídica que se adecúe a las exigencias de una sociedad comprometida con la defensa de las personas con discapacidad, surgiendo nuevas instituciones, al margen de las clásicas, que reaccionan a los nuevos desafíos sociales, perfilando un régimen jurídico propio que incluya los derechos y libertades fundamentales y garantice un respeto a la dignidad y la autonomía personal.

No obstante, es necesario recordar que todo cambio jurídico implica necesariamente un cambio de mentalidad, tanto de los organismos y autoridades públicas del Estado como de la propia sociedad, la doctrina y los operadores jurídicos, partiendo de los nuevos principios y no de visiones paternalistas, donde se tenga en cuenta la verdadera voluntad de las personas en situación de discapacidad, tal y como se afirman en el propio propósito y espíritu de nuestra nueva Ley.

Por ello, considero primordial una ciudadanía activa en la inclusión social y en la participación de los derechos de las personas con discapacidad, velando por los nuevos retos estratégicos propuestos a raíz de la reforma, labor que ya ha iniciado nuestra propia Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid a través cursos y voluntariados en conjunto de asociaciones sin ánimo de lucro con el fin de facilitar el trabajo a las autoridades judiciales en la explicación y aclaración de las nuevas sentencias sobre discapacidad que han sido reformadas desde la entrada en vigor de la nueva ley.

A pesar de ello y más allá de las buenas intenciones de la Ley, se han eliminado las instituciones tutelares para las personas con discapacidad psíquica grave, lo que supone un problema para quienes se tienen que ocupar de ellas. El legislador no ha tenido en cuenta, por ejemplo, que una persona que nace con una enfermedad congénita o una patología incapacitante que obliga a sus padres a asistirle en todas las actividades básicas de la vida diaria más allá de su mayoría de edad necesita una protección tan elevada que no puede por sí mismo prestar ningún tipo de consentimiento, por lo que es imprescindible que alguien lo haga en su lugar. La patria potestad prorrogada tenía la enorme ventaja de ser permanente hasta el fallecimiento de los padres o hasta que estos devinieran incapaces para hacerse cargo del hijo, en cuyo caso pasaban a una institución tutelar. Además, los padres no estaban obligados a rendir cuentas anuales ante el juez, aunque sí necesitaban

la autorización de éste para enajenar o gravar bienes del hijo. Con la eliminación de la patria potestad prorrogada, los padres pasan a convertirse en curadores representativos de sus hijos pero con la obligación de hacer inventario ante el juez (art. 285 CC), aunque sí se permite a la autoridad judicial no imponerles la obligación de rendir cuentas (art. 292 CC).

La segunda crítica que le hago a la ley es la obligación legal de que todos los apoyos sean revisados en un plazo de tres años o, si el juez así lo establece, en el plazo máximo de seis (nuevo art. 268 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, LEC). Si bien esta medida es conforme con el espíritu de la Convención, no se establece la discrecionalidad judicial de excluir aquellos casos excepcionales en los que la persona con discapacidad no tenga perspectivas reales de alcanzar un mayor grado de autogobierno. Los padres y familiares de los grandes dependientes con patologías psíquicas severas ven dificultada su función protectora con la obligación de emprender acciones judiciales periódicas e innecesarias en ciertas ocasiones.

A su vez, considero necesario aludir a la confusa regulación de las disposiciones transitorias de la Ley que, por un lado, establecen que a partir de su entrada en vigor, las meras privaciones de derechos de las personas con discapacidad o de su ejercicio quedarán sin efecto (Disposición Transitoria Primera) mientras que paradójicamente se establece el plazo de un año a partir de la entrada en vigor para la revisión de las sentencias dictadas con anterioridad a la entrada en vigor de la ley o, caso de no hacerlo, el plazo de tres años para la revisión de oficio (Disposición Transitoria Quinta); siendo las sentencias judiciales de incapacitación, a mi parecer, una privación abstracta de derechos.

Desde el punto de vista procesal, sin embargo, creo que la reforma es positiva en su integridad, aunque el incremento de procedimientos judiciales va a sobrecargar a los juzgados con competencias en esta materia. Con total lógica se han reconducido estos litigios hacia los expedientes de jurisdicción voluntaria, flexibilizando el procedimiento y evitando el estigma que supone que los familiares tengan que demandar en un procedimiento contencioso a sus allegados con discapacidad. La nueva regulación establece que solo en caso de oposición de la persona con discapacidad se archivaría el expediente de jurisdicción voluntaria y se reconduciría al procedimiento contencioso de determinación de apoyos.

No obstante, a pesar de las nuevas dificultades y obstáculos que se puedan encontrar en la aplicación de la nueva legislación, pues siempre existirán debates entre la doctrina sobre algunas cuestiones, hemos de tener siempre presente el objetivo último de la nueva ley, manifestado en la exposición de motivos de la misma, contribuir a garantizar el ejercicio efectivo de los derechos humanos, a través de políticas públicas, que aseguren inclusión en la comunidad, su pleno desarrollo vital, calidad de vida, autonomía personal y vida independiente, con condiciones de igualdad de oportunidades y no discriminación, y de accesibilidad universal de las personas en situación de discapacidad.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

LIBROS Y ARTÍCULOS

ALVENTOSA DEL RÍO, Josefina. “La curatela tras la Ley 8/2021”. *1ª Edición*. Tirant lo Blanch, 2022, pp. 88-133.

CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, Santiago. “La curatela: ¿una nueva institución?” *cit.* p. 243.

CASTÁN PÉREZ GÓMEZ, Santiago. *lug. últm. cit.*; VIVAS TESÓN. I., “Curatela y asistencia”, *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad: El Derecho en el umbral de la política*.

COCH ROURA, Núria. “La curatela a la luz de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las personas con discapacidad y su antecedente en la “cura furiosi”, p. 76.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., “Primeras resoluciones judiciales aplicando la Ley 8/2021, de 2 de junio en materia de discapacidad”,

DÍAZ ALABART, S. “Autocuratela y personas con discapacidad”. *Un nuevo orden jurídico para personas con discapacidad*, p. 44-258.

ESCARTÍN IPIÉNS, Jose Antonio. “La autocuratela en el Anteproyecto de Ley sobre modificación del Código Civil y otras leyes complementarias en materia de discapacidad”, p. 50-111.

GARCÍA RUBIO, María Paz. “Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio”. P 44-258.

GETE-ALONSO Y CALERA, M.^a del Carmen. “Conceptualización de la capacidad: del paternalismo a la autonomía”, p. 38-40.

GIL MEMBRADO, Cristina y PRETEL SERRANO, Juan José. “Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad”. *Edición noviembre 2021*. Wolters Kluwer.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina (dir.), GARCÍA MEDINA, José Javier (coord.). “Estudios y comentarios jurisprudenciales sobre discapacidad”, p. 34-290.

HIJAS CID, Eduardo. “Novedades en la regulación de la autocuratela”, p. 29.

LORA TAMAYO-RODRÍGUEZ, Isidoro. Guía Rápida, Reforma civil y procesal para el apoyo a personas con discapacidad. *Francis Lefebvre*.

PALLARÉS NEILA, Javier. “El ejercicio de la nueva curatela”, p. 274.

PAU PEDRÓN, Antonio. “De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código civil”, pp. 7 - 8.

PAU PEDRÓN, Antonio, “El principio de igualdad y el principio de cuidado con especial atención a la discapacidad”, *Revista de Derecho Civil, vol. VII, núm. 1, enero-marzo 2020, Estudios*, p. 7.

SALAS MURILLO, Sofía, “Significado jurídico del ‘apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica’ de las personas con discapacidad: presente tras diez años de convención”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil núm. 5, 2018*, p. 243.

SEGARRA CRESPO, María José; ALÍA ROBLES, Avelina. “Reflexiones sobre la nueva forma de ejercicio de la curatela a partir de la Sentencia del Pleno de la Sala 1^a. TS de 8 de septiembre de 2021”.

JURISPRUDENCIA

- Sentencia de 29 de septiembre de 2009, Tribunal Supremo, Rec. 1087/2007 (*Tol 1514778*).
- Sentencia Nº 621/2011 de 21 septiembre 2011, Tribunal Supremo (*Tol 2.248.621*).
- Sentencia Nº 625/2011 de 21 de septiembre de 2011, Tribunal Supremo (*Tol 2.248.621*).
- Sentencia Nº 504/2012 de 17 julio 2012, Tribunal Supremo (*Tol 2.635.528*).
- Sentencia Nº 421/2013 de 24 de junio de 2013, Tribunal Supremo (*Tol 3.800.142*).
- Sentencia Nº 341/2014 de 1 julio de 2014, Tribunal Supremo (*Tol 4.468.983*).
- Sentencia Nº 145/2018 de 13 de febrero de 2018, Tribunal Supremo (*Tol 6.544.108*).
- Sentencia Nº 3668/2021 de 11 de octubre, Tribunal Supremo (*Tol 2.674.037*).
- Sentencia Nº 589/2021 de 8 de septiembre 2021, Tribunal Supremo (*Tol 8.585.229*).
- Sentencia Nº 706/2021 19 octubre 2021, Tribunal Supremo (*Tol 8.628.066*).
- Sentencia Nº 1295/2021 de 2 noviembre 2021, Tribunal Supremo.
- Sentencia Nº 890/2021 de 21 diciembre 2021, Tribunal Supremo (*Tol 8.739. 270*).
- Sentencia Nº 311/2000 de 18 de diciembre, Tribunal Constitucional (*Tol. 81. 734*).
- Sentencia Nº 7/2011 de 14 de febrero, Tribunal Constitucional, Sala Primera (*Tol 2.054.040*).
- Sentencia Nº 634/2021 de 6 de mayo 2021, Tribunal Constitucional (*Tol 8.431.634*).
- Sentencia Audiencia Nacional, de 2 de noviembre de 2009, Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 3.^a (*Tol 4.316.562*).
- Sentencia Audiencia Provincial Valencia 28 marzo 2003 (*Tol 1114452*).
- Sentencia Audiencia Provincial Burgos 20 abril 2004 (*Tol 7.667.321*).
- Sentencia Audiencia Provincial Salamanca 10 septiembre 2021 (*Tol 8.653.009*).
- Sentencia Audiencia Provincial Córdoba 15 de septiembre 2021 (*Tol 8.794.511*).
- Sentencia Audiencia Provincial Pontevedra 21 septiembre 2021 (*Tol 8.667.068*).
- Sentencia Audiencia Provincial Islas Baleares (Sección 4^a) 5 octubre 2021 (*Tol 8.688.248*).
- Sentencia Audiencia Provincial de Navarra 21 octubre 2021 (*Tol 8.789. 533*).
- Sentencia Audiencia Provincial Navarra 28 de octubre 2021 (*Tol.8.792.040*).
- Sentencia Audiencia Provincial León 30 de noviembre 2021 (*Tol 8.789.236*).

- Sentencia Audiencia Provincial León 30 de noviembre 2021 (*Tol 8.789.236*).
- Sentencia Audiencia Provincial Cuenca 2 diciembre 2021 (*Tol 8.789.213*).
- Sentencia Audiencia Provincial Madrid 20 diciembre 2021 (*Tol 8.818.721*).
- Sentencia Juzgado de Primera Instancia núm. 5 Córdoba 346/2021, 30 septiembre 2021.
- Sentencia Juzgado de Primera Instancia y Familia Jaén núm. 6 545/2021 22 septiembre 2021
- Sentencia Juzgado de Primera Instancia Massamagrell (Sección 4ª), 21 septiembre 2021.

DOCUMENTOS

- Naciones Unidas. Convención de los Derechos de las personas con Discapacidad. Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad sesión sexta. *Consideration of reports submitted by States parties under article 35 of the Convention; Concluding observations of the Committee on the Right of Persons with Disabilities*. CRPD/C/ESP/CO/1 (19 de octubre de 2011). <<https://undocs.org/en/CRPD/C/ESP/CO/1>> .
- Observación general núm. 1 sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en el 11ª período de sesiones. (CRPD/C/CG/1). (30 de marzo al 11 de abril de 2014)<<http://www.convenciondiscapacidad.es/wpcontent/uploads/2019/01/Observaci%C3%B3n-1-Art%C3%ADculo-12-Capacidad-jur%C3%ADdica.pdf>>
- Organización de Naciones Unidas. *Convención*. Naciones Unidas. Personas con Discapacidad, Departamento de Asuntos Económicos y Sociales.
- ESPÍÑEIRA SOTO, Inmaculada. “Taller práctico sobre la reforma de ley en materia de discapacidad. Segunda entrega: Nombramiento de curador facultades de los padres con sus hijos menores”, *Web Notarios y Registradores*. <<https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficinanotarial/modelos/taller-practico-sobre-la-reforma-de-ley-en-materia-de-discapacidad-curatela-tutela/>>

LEGISLACIÓN

- Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código civil
- Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia
- Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, encargada de modificar numerosos cuerpos legales.
- Ley 13/1983, de 14 de octubre, de reforma del Código civil en materia de tutela
- Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía personal y Atención a las personas en situación de dependencia.
- Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, arts. 4, núms. 10º y 11º, y 72º y 77º.
- Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica
- Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual, reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.
- Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica.
- Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen.
- 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.
- Real Decreto 1723/2012, de 28 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención, utilización clínica y coordinación territorial de los órganos humanos destinados al trasplante y se establecen requisitos de calidad y seguridad.