

## 1.2. Derecho de familia

### Un necesario análisis de la operatividad de las medidas de apoyo tras tres años de vigencia de la ley 8/2021, de 2 de junio (1ª parte)

#### *A necessary analysis of the operation of the support measures after three years of validity of Law 8/2021, of June 2 (Part 1).*

por

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT

*Profesora Contratada Doctora (acreditada a profesora Titular)  
de Derecho Civil en la Universidad Complutense de Madrid*

**RESUMEN:** Tras casi tres años de vigencia de la Ley 8/2021 corresponde llevar a cabo un análisis crítico-jurídico de la reforma para verificar su implantación y desarrollo operativo. Para ello nos parece oportuno realizar un estudio de la aplicabilidad de las diferentes medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad durante el lapso temporal citado, su tratamiento, implicación jurídica en sus diversas funciones y régimen jurídico y, la interrelación o compatibilidad aplicativa de las diferentes medidas de apoyo. No olvidemos que, se ha llevado a cabo un proceso de revisión de las sentencias dictadas con anterioridad a la citada reforma y, tras la misma, asimismo, se han dictado resoluciones judiciales que han supuesto su puesta en práctica y la verificación o no de la necesaria adaptación de la normativa a la realidad práctica que se deriva de su aplicación.

**ABSTRACT:** After almost three years of Law 8/2021 being in force, it is necessary to carry out a critical-legal analysis of the reform to verify its implementation and operational development. To this end, it seems appropriate to carry out a study of the applicability of the different support measures for the exercise of the legal capacity of the person with disabilities during the aforementioned period of time, their treatment, legal implication in their various functions and legal regime and, the interrelation or

*application compatibility of the different support measures. Let us not forget that a process of review of the sentences handed down prior to the aforementioned reform has been carried out and, after it, judicial resolutions have also been issued that have involved their implementation and the verification or not of the necessary adaptation of the regulations to the practical reality that arises from their application.*

**PALABRAS CLAVES:** persona con discapacidad, medidas de apoyo, voluntad, autonomía, guarda de hecho, curatela, apoderamiento o mandatos preventivos, defensor judicial, asistencia, representación, compatibilidad medidas, control y salvaguardas.

**KEYWORDS:** *person with a disability, support measures, will, autonomy, de facto custody, conservatorship, power of attorney or preventive mandates, judicial defender, assistance, representation, compatibility measures, control and safeguards.*

**SUMARIO:** I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. MEDIDAS VOLUNTARIAS DE APOYO Y EL DEFENSOR JUDICIAL. 1. LOS PODERES Y MANDATOS PREVENTIVOS. 2. LA AUTOCURATELA. A. ÁMBITO SUBJETIVO DE LA AUTOCURATELA. B. ÁMBITO OBJETIVO DE ACTUACIÓN DE LA AUTOCURATELA. 3. EL DEFENSOR JUDICIAL.—III. LA CURATELA COMO MEDIDA DE APOYO FORMAL. 1. CONCEPTO, FINALIDAD Y CARACTERÍSTICAS DE LA CURATELA. 2. ÁMBITO DE ACTUACIÓN JURÍDICA DEL CURADOR: ESFERA PERSONAL Y ESFERA PATRIMONIAL. 3. REVISIÓN DE LAS MEDIDAS Y PUBLICIDAD DE LA CURATELA.

## I. CONSIDERACIONES PREVIAS.

Han transcurrido casi tres años de la entrada en vigor de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (en concreto, el 3 de septiembre de 2024 se cumplirá dicho plazo) se ha constatado que, además del aumento del otorgamiento de medidas de apoyo preventivas (autocuratela, apoderamientos preventivos)<sup>1</sup>; existe una necesaria interrelación y compatibilidad entre las diferentes medidas de apoyo judiciales y voluntarias; se da importancia a la primacía a la voluntad, a los deseos de la persona con discapacidad, a lo que representa su ámbito de autonomía; y, la actuación de los jueces tanto en la revisión de las resoluciones judiciales como en las adopción de medidas de apoyo tras la reforma atienden a las circunstancias del caso, al entorno social y personal de la persona con discapacidad; al análisis de la situación concreta de la persona y a los principios de proporcionalidad, necesidad y mínima intervención (el llamado “traje a medida”). Si bien, lo expuesto, asimismo, se ha verificado el cierto recelo que en determinados ámbitos de actuación (comercial, asegurativo, financiero, e incluso sanitario) causa una medida de apoyo como es la guarda de hecho; precisamente, por su carácter informal. Lo que exige una mayor conciencia y conocimiento de lo que representa esta medida de apoyo en la población en general y en los ámbitos de actuación específicos citados, siendo el tercer sector clave en esta competencia.

Recordemos que la reforma de la regulación del Código Civil es la más extensa y de mayor calado y sienta las bases del nuevo sistema basado en el respeto a

la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad frente a un modelo social. Para ello, se adoptan dos medidas de apoyo: por un lado, las voluntarias o preventivas, basadas en la voluntad de la persona y que se adoptan *ex ante* por el interesado en previsión de una futura necesidad de apoyo que, son: los poderes y mandatos preventivos y la autocuratela; y, por otro, medidas legales o judiciales, cuando no se haya previsto por el interesado ninguna medida voluntaria o preventiva anticipadamente, pero resulte necesario adoptar una concreta medida de apoyo: la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial. Se propone, por tanto, un sistema plural de apoyos y medidas de protección para la persona con discapacidad, de acuerdo con los principios de subsidiariedad, necesidad, proporcionalidad y mínima intervención —apuntados en el párrafo anterior— de carácter alternativo y con el objeto de ofrecer una adecuado “traje a medida” que proteja o, en su caso, salvede en un momento determinado y para concretos actos los intereses personas y patrimoniales de las personas<sup>2</sup>. Asimismo, se configura el régimen jurídico de la discapacidad —en especial de la discapacidad intelectual—, partiendo del reconocimiento de una capacidad jurídica en todas las personas y su ejercicio en igualdad de trato, tanto en la esfera personal como patrimonial, además de dotar de un protagonismo destacado, a la voluntad, deseos y preferencias de las personas con discapacidad en la adopción y el diseño de medidas de apoyo en el caso de ser necesarias y proporcionadas a las circunstancias personales de cada individuo. Solo excepcionalmente, se admite que una persona sustituya la voluntad de la persona con discapacidad en caso que no pueda expresar dicha voluntad, atendiendo a la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que han de tomarse en consideración con el fin de adoptar la decisión más adecuada para la persona con discapacidad y que hubiera tomado ella misma en caso de no requerir representación. La situación jurídica de la persona con discapacidad es la de un sujeto pleno de derecho al que no se puede privar, como a cualquier persona, de su capacidad jurídica y que puede necesitar medidas de apoyo dirigidas a ayudar a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. Dichas medidas de apoyo puede ser voluntarias, esto es, establecidas por la propia persona con discapacidad en escritura pública (medidas voluntarias de apoyo) o en poderes o mandatos preventivos, o mediante la denominada autocuratela (nombramiento de curador por la persona afectada), o, pueden establecerse en procedimientos *ad hoc* regulados en la Ley de Jurisdicción Voluntaria (en adelante, LJV) o en la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC). De todas formas, la propia Ley establece como medidas de apoyo, además de las voluntarias, unas medidas judiciales y formales como el curador y el defensor judicial, y una medida informal, el guardador de hecho; desapareciendo la figura del tutor para la persona con discapacidad.

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, del Pleno de la Sala de lo Civil, de 8 de septiembre de 2021<sup>3</sup> aplica por primera vez en un recurso de casación el régimen de provisión de apoyos judiciales introducido por la citada reforma y lleva a cabo una interpretación de la nueva normativa. En los términos de la resolución: “1. De la propia regulación, contenida en los artículos 249 y siguientes del Código Civil, así como del reseñado artículo 12 de la Convención, se extraen los elementos caracterizadores del nuevo régimen legal de provisión de apoyos: i. Es aplicable a las personas mayores de edad o menores emancipadas que precisen de

una medida de apoyo para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica; ii. La finalidad de estas medidas de apoyo “es permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad” y han de estar “inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales; iii. Las medidas judiciales de apoyo tienen un carácter subsidiario respecto de las medidas voluntarias de apoyo, por lo que solo se acordarán en defecto o insuficiencia de estas últimas; iv. No se precisa de ningún pronunciamiento sobre la capacidad de la persona; y v. La provisión judicial de apoyos debe ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad, ha de respetar la máxima autonomía de la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica y debe atenderse a su voluntad, deseos y preferencias. 2. A la hora de llevar a cabo esta labor de juzgar sobre la procedencia de las medidas y su contenido, el juez necesariamente ha de tener en cuenta las directrices legales en el artículo 268 del Código Civil: las medidas tomadas por el juez en el procedimiento de provisión de apoyos deben responder a las necesidades de la persona que las precise y ser proporcionadas a esta necesidad, han de respetar “la máxima autonomía de esta en el ejercicio de su capacidad jurídica” y atender “en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias”. Además, en esta sentencia se resuelve el debate acerca de si es posible adoptar medidas de apoyo en contra de la voluntad de la persona con discapacidad y aunque, no se plantea, pero van correlativos, si ésta tiene derecho a equivocarse. Y en el presente caso, objeto de recurso, es muy significativo, pues, la voluntad contraria del interesado, como ocurre con frecuencia en algunos trastornos psíquicos y mentales, es consecuencia del propio trastorno que, lleva asociado la falta de conciencia de la enfermedad. Además, no intervenir en estos casos, bajo la excusa del respeto a la voluntad manifestada en contra de la persona afectada, considera el Alto Tribunal sería una crueldad social, abandonar a su desgracia a quien por efecto directo de un trastorno (mental) no es consciente del proceso de degradación personal que sufre. En el fondo, la provisión del apoyo en estos casos encierra un juicio o valoración que, si esta persona no estuviera afectada por este trastorno patológico, estaría de acuerdo en evitar o paliar esta degradación personal. En consecuencia con lo anterior, la Sala estima en parte el recurso de casación, en cuanto que deja sin efecto, la declaración de modificación de capacidad, sustituye la tutela por curatela esencialmente asistencial, consistente ésta en que la entidad designada como curadora realice, por una parte, los servicios de limpieza y orden de su casa, estando, para cumplir esta función autorizada a entrar en el domicilio con la periodicidad necesaria, y por otra asegurar la efectiva atención médico-asistencial del Sr. Dámaso en lo que respeta al trastorno que padece y lo que guarda directa relación con él. La designación de curador para el ejercicio de las reseñadas medidas de apoyo es el servicio competente de la Comunidad Autónoma de la Principado de Asturias y la medida se revisará cada seis meses.

En este caso, la sentencia de nuestro Alto Tribunal opera respetando la voluntad, deseos y preferencias de la persona que es la base sobre la que se sustenta la Ley, en el respeto de su autonomía y dignidad, además de la tutela de sus derechos fundamentales, pero también no prescinde de la necesaria protección que, se debe ofrece a quien se encuentra en situación de especial vulnerabilidad y no es consciente de ello; aunque ello suponga, operar pensando en lo que resulta mejor para su interés como persona y en cada caso concreto, pues, el Estado no ha de ser

neutral en la protección de las personas en general. Por lo que, pueden adoptarse medidas de apoyo en contra de la voluntad del afectado<sup>4</sup>.

Por tanto, de negarse a la prestación de apoyo, siendo respetuosos con que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones y se atienda a su voluntad, deseos y preferencias en el ejercicio de su capacidad jurídica, no es menos cierto que, para el Alto Tribunal en casos excepcionales, además de incluir las medidas de apoyo funciones representativas, podrá protegerse a la persona, dictándose por la autoridad judicial, además de las salvaguardas que se consideren pertinentes, la adopción de una medida de apoyo cuando resultase necesaria —máxime cuando no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona en la que, por supuesto, se deberá tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración—. Ciertamente, pone de manifiesto el Tribunal Supremo que resulta significativo que, la voluntad contraria del interesado, como ocurre con frecuencia en algunos trastornos psíquicos y mentales, es consecuencia del propio trastorno que lleva asociado la falta de conciencia de la enfermedad<sup>5</sup>.

MARIN VELARDE define personas con discapacidad como: “aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales que, al interactuar con barreras de diferente naturaleza, les impiden la plena participación en la sociedad y el goce de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en condiciones de igualdad”<sup>6</sup>. Por su parte, en el artículo 1 apartado segundo de la Convención se dispone que “las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”<sup>7</sup>. En nuestro ordenamiento jurídico anterior a la citada Convención, en la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en su artículo 1.2 reproducía la noción de la Convención, disponiendo que “son personas con discapacidad aquellas que presenten deficiencias físicas, mentales, intelectuales y sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, pueda impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás”, añadiendo que “ello, no obstante, a los efectos de esta Ley, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33%”.

A su vez, en el Preámbulo de la Convención de 2006 se indica que la discapacidad es “un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones que los demás”. Por su parte, el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre por el que se aprueba al Texto Refundido de la Ley General de los derechos de las personas con discapacidad y su inclusión social define en su artículo 2 a) la discapacidad como “una situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás”. Y en su artículo 4.1 reproduce la noción de personas

con discapacidad contenida en el artículo 1.2 del citado Convenio. Y añade en su apartado segundo que “(...) se considera que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33% los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad”. En este contexto, la Disposición Adicional cuarta del Código Civil indica que se entiende por discapacidad: *“La referencia a la discapacidad que se realiza en los artículos 96, 756 número 7.º, 782, 808, 822 y 1041, se entenderá hecha al concepto definido en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, y a las personas que están en situación de dependencia de grado II o III de acuerdo con la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia. A los efectos de los demás preceptos de este Código, salvo que otra cosa resulte de la dicción del artículo de que se trate, toda referencia a la discapacidad habrá de ser entendida a aquella que haga precisa la provisión de medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica”*.

En fin, aunque parece desprenderse de la Ley 8/2021 que ésta se dirige a toda persona que esté afectada por una discapacidad psíquica que, dificulte la formación plena de su voluntad; no es menos cierto que, la propia Ley también hace referencia a algunas discapacidades físicas o sensoriales que, necesitan concretas medidas de apoyo (así en materia testamentaria, vid., los artículos 697.1, 706, 708 y 709 del Código Civil)<sup>8</sup>.

Ahora bien, las medidas de apoyo necesarias para aquellas personas mayores de edad o menores emancipadas que, las precisen para ejercitar su capacidad jurídica, tendrán por finalidad permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su actuación jurídica en condiciones de igualdad. Además, estarán inspiradas en el respeto a la dignidad de las personas y en la tutela de sus derechos fundamentales (artículo 249.1 del Código Civil). De ahí que, la adopción de medidas de apoyo solo proceda en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona que se trate<sup>9</sup>. Efectivamente, no toda discapacidad comporta la necesidad de adoptar una medida de apoyo y, en ocasiones no estamos ante un problema de apoyos, sino de asistencia social<sup>10</sup>. Solo en caso de ausencia o insuficiencia de voluntad y de entendimiento puede ser precisa una medida de apoyo, ya que, en otro caso, la persona afectada por la discapacidad puede dotarse, asimismo, de apoyos voluntarios. Se imponer siempre en estos casos el máximo respeto a su voluntad y, autonomía<sup>11</sup>. Cuando no se trate de medidas de apoyo en los términos descritos en el artículo 249 del Código Civil, estamos ante ajustes razonables o mecanismos o instrumentos útiles para ayudar a la persona con discapacidad en la expresión de su voluntad (lectura fácil, pictogramas, intérpretes, facilitador). Si se comparece ante Notario, sin medidas de apoyo voluntarias y judiciales, además del juicio de capacidad que dicho fedatario público debe realizar, se podrá valer de los ajustes razonable descritos en el artículo 25 de la Ley del Notario para facilitar el conocimiento de la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad. En la Circular Informativa 3/2021, de la Comisión Permanente del Consejo General del Notariado, de 27 de septiembre, sobre el ejercicio de su capacidad jurídica por las personas con dis-

capacidad (p.4) indica que es conveniente que se levante acta, con carácter previo al otorgamiento, en la que se refleje los posibles informes sociales o documentos complementarios, la colaboración o apoyo para que la propia persona con discapacidad desarrolle su propio proceso de toma de decisiones; y también se puede reflejar la actuación del guardador de hecho meramente asistencial (ayudando y aconsejando a la persona con discapacidad). Por su parte, el juicio de capacidad del Notario se incorpora al documento notarial principal.

En este contexto, las medidas de apoyo de origen legal o judicial y voluntarias tendrán una operatividad subsidiaria y por ello, solo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona con discapacidad. Por tanto, en la nueva regulación, se otorga absoluta preferencia a las medidas preventivas (voluntarias), esto es, a las que puede tomar el interesado en previsión de una futura necesidad de apoyo, las cuales han de prevalecer; una vez, constatada la necesidad de apoyo. Ciertamente, la voluntad de la persona con discapacidad constituye la base fundamental sobre la que se sustenta el diseño de los modelos de apoyo<sup>12</sup>.

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

Por el contrario, la curatela representa una medida formal de apoyo que se aplicará a quienes precisen el apoyo de modo continuado, estable y con cierta permanencia<sup>13</sup> y como medida subsidiaria, que entrará en escena en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona necesitada de apoyo<sup>14</sup>.

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

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

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



les aplicará, si procede, el régimen de la asistencia (artículos 226-1 a 226-7). De ahí que, en tanto, no se produzca la futura reforma del conjunto de instituciones de protección de la persona, la tutela y la curatela se aplicarán sólo a las personas menores de edad, sin perjuicio de que el régimen legal del cargo de la tutela resulte aplicable supletoriamente a la asistencia en todo aquello que no se oponga al régimen propio de esta. Por lo que, una vez que, concluyan los trabajos en curso, se ordenará definitivamente las instituciones de apoyo y protección de las personas con discapacidad de acuerdo con el nuevo concepto de capacidad jurídica. Si bien, con la finalidad de hacer efectivo este proceso, la disposición final segunda ordena al Gobierno que, en el plazo de doce meses, un proyecto de ley en materia de apoyos al ejercicio de la capacidad jurídica.

El Real Decreto regula como medida de apoyo la asistencia que se configura como “un instrumento de apoyo flexible y que abarque la diversidad de situaciones en las que una persona con discapacidad puede requerir un apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica”<sup>15</sup>. La tutela y la curatela persisten para los menores de edad. Asimismo, establece que no pueden constituirse ni la tutela, ni la curatela, ni la potestad prorrogada o rehabilitada, pero no deroga los preceptos contenidos en el capítulo I “Disposiciones comunes; capítulo II “La tutela” y capítulo III “La curatela” pese a que ya no pueden constituirse estas instituciones, ni la sección V del capítulo VI del Título III “La prórroga y la rehabilitación de la potestad parental”. En la Disposición Final tercera y en relación a la normativa vigente dispone que “todas las referencias que la normativa vigente realice a la tutela, la curatela y la potestad parental prorrogada o rehabilitada para personas mayores de edad, debe entenderse que se realizan al nuevo régimen de medidas de apoyo a las personas con discapacidad que establece este Decreto-Ley”. Hay una regulación por remisión, debiendo ser la autoridad judicial la que, en tanto el legislador catalán no aborde una modificación integral y completa de esta materia, integre, adapte y complete todo el régimen jurídico de la asistencia en coherencia con el espíritu de la reforma. En la actualidad, se está elaborando por la Comisión de Codificación de Cataluña una propuesta de modificación del Código Civil de Cataluña en materia de discapacidad<sup>16</sup>.

Pues, bien, en este contexto normativo, en el ordenamiento común las medidas de apoyo operan sobre una base asistencial, procurando que la persona con discapacidad pueda participar en el propio proceso de toma de decisiones, siendo necesario para ello que, se le informe adecuadamente, se le ayude a la comprensión de la misma y se facilite la forma de expresar sus deseos, preferencias y voluntad. Solo en casos excepcionales, podrán asumir funciones representativas, cuando no sea posible que la persona con discapacidad pueda participar en la toma de decisiones, al no ser posible determinar su voluntad, deseos y preferencias. En este caso, en el ejercicio de esas funciones representativas se deberá, además, tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores o circunstancias que, ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que hubiera adoptado la propia persona en caso de no requerir representación<sup>17</sup>. Se está pensando en esta última situación en personas que, no son capaces de expresar su voluntad o tomar decisiones con un mínimo entendimiento y voluntad. Estamos ante supuestos no sólo de discapacidad psíquica (enfermedades neurodegenerativas —alzheimer, demencia senil,



parkinson—), sino también discapacidades físicas inhabilitantes de la persona en el desarrollo de su vida cotidiana (enfermedad de ELA —que paraliza progresivamente a la persona). De todas formas, aunque se parte de una participación en la toma de decisiones de la persona con discapacidad; no obstante, existen situaciones que podemos calificar como “intermedias” entre lo que se ha conocido hasta ahora como una modificación de la capacidad total y una modificación de la capacidad parcial, aunque quizá más cercanas a ésta —en lo que representa una limitación parcial para actuar—; que, exigirían, precisamente, una asistencia o ayuda en el ámbito personal o patrimonial o en ambos, bien de manera ocasional o con cierta estabilidad en el tiempo y que, a falta de medidas voluntarias adoptadas por la persona con discapacidad, determinarán antes que el nombramiento de un curador, el de un defensor judicial o guardador de hecho como medidas de apoyo informal o formal respectivamente (precisamente, sería aquellas situaciones derivadas de tratamientos oncológicos o de una fase inicial de enfermedades neurodegenerativas o de carácter físico que van a tener previsiblemente una evolución negativa en el futuro)<sup>18</sup>.

Como hemos señalado, la función de las instituciones de apoyo, como regla general, consistirá en asistir a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica en los ámbitos en los que sea preciso, respetando su voluntad, deseos y preferencias y su participación en la toma de decisiones que le afecte; lo que resulta esencial, por lo que, la capacidad jurídica abarca tanto la titularidad de derechos (capacidad jurídica) y la posibilidad de ejercitar las relaciones de la que es titular (capacidad de obrar), esto es, la dimensión estática (capacidad jurídica en sentido técnico restringido) y la dimensión dinámica (capacidad de obrar)<sup>19</sup>. En todo caso, todas las medidas de apoyo deberán ajustarse a los principios de necesidad, de proporcionalidad y mínima intervención<sup>20</sup>.

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

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

Así estas medidas se adoptarán, en todo caso, dando participación al menor en el proceso y atendiendo a su voluntad, deseos y preferencias (artículo 254 del Código Civil). Por tanto, estarán legitimados para solicitar la adopción de medidas de apoyo el menor —con dieciséis años, pues, debe hacerlo en los dos años anteriores a la mayoría de edad—, los progenitores, el tutor, y el Ministerio Fiscal, estos también deberán solicitarlo dos años antes que, el menor llegue a la mayo-

ría de edad y serán eficaces, una vez, alcanzada ésta, mientras tanto está sujeto a patria potestad o tutela. No obstante, estas medidas puede haberlas adoptado el mayor de dieciséis años e, igualmente, que surtirán efecto, alcanzada la mayoría de edad. Se trata de medidas voluntarias de apoyo adoptadas por el mayor de dieciséis años se entiende, a falta de mención que, puede concretarlas en documento público o privado. Si bien, como veremos, no podrá exigir el nombramiento de curador (autocuratela); ni tampoco podrá otorgar apoderamientos y mandatos preventivos. De todas formas, habrá situaciones en las que, como hemos indicado, los progenitores sean nombrados curadores con facultades representativas, solicitando la aplicación de tal medida dos años antes alcanzar el hijo/a la mayoría de edad, al padecer éstos una discapacidad física o psíquica que existente en el momento actual y que persistirá al alcanzar la mayoría de edad (pongamos en un hijo/a con parálisis cerebral desde el nacimiento y sin posibilidad de mejora o recuperación)<sup>21</sup>.

En este contexto, procede señalar en una concepción global (holística) que, la reforma del Código Civil en materia de discapacidad está basada en el respeto a la voluntad, deseos y las preferencias de la persona con discapacidad. Por lo que, además de este eje central que constituye la autonomía de la voluntad y la autodeterminación del individuo en su máxima expresión y sobre la que opera todo “el modelo social” de tratamiento de la discapacidad y no paternalista sobre el que descansa la Convención; existe otro eje también fundamental en su configuración como son las medidas de apoyo. Estas deberán estar inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales y actuar atendiendo a tal voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera. Igualmente procurarán que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias. Asimismo, fomentarán que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro. En todo caso, la función de las medidas de apoyo consistirá en asistir a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica en los ámbitos en los que sea preciso —personal o patrimonial—, respetando su voluntad, deseos y preferencias. Por lo que, en casos excepcionales, cuando no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona, las medidas de apoyo podrán incluir funciones representativas. En este caso, en el ejercicio de esas funciones se deberá tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación. Todas las medidas de apoyo deberán ajustarse a los principios de necesidad, proporcionalidad y mínima intervención y, se dará prioridad a las medidas voluntarias (poderes y mandatos preventivos, autocuratela, acuerdos de apoyo), a las legales y judiciales, en una suerte de “desjudicialización del sistema”, además de en esta línea, fijarse como regla general acudir previamente a la jurisdicción voluntaria, en concreto, el expediente de provisión de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad previsto en el artículo 42 bis de la LJV<sup>22</sup>.

Como señala la sentencia de la Audiencia provincial de Barcelona, sección 18ª, de 15 de septiembre de 2021<sup>23</sup> “se busca asegurar la igualdad de las condicio-

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

Pues bien, en este breve *excursus* sobre las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica, procede, asimismo, señalar que, el que disponga de bienes a título gratuito en favor de una persona necesitada de apoyo podrá establecer las reglas de administración y disposición de aquellos, así como designar la persona o personas a las que se encomienden dichas facultades. Igualmente, podrá establecer los órganos de control y supervisión que estime convenientes para el ejercicio de tales facultades y su funcionamiento. Las facultades no conferidas al administrador corresponderán al favorecido, que las ejercitará, si fuera necesario, con el apoyo que proceda y lo tuviera nombrado, si no se debería proceder a ello (artículo 252 del Código Civil). Por lo que su actuación es subsidiaria; en todo lo no atribuido al administrador o administradores nombrados por el donante. En todo caso, la actuación del administrador o admi-

nistradores alcanza a las reglas de administración y disposición de los bienes —se entiende de administración extraordinaria, enajenación y gravamen—; no a los actos de administración ordinaria que puede ejercerlos la persona con discapacidad (donataria) por sí solo, o, si fuera preciso y necesario, con el apoyo asignado.

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

En la actualidad, también se ha procedido a reformar el artículo 49 de la Constitución española para adaptarlo a la Convención de 2006 disponiendo “1. Las personas con discapacidad ejercen los derechos previstos en este título en condiciones de libertad e igualdad reales y efectivas. Se regulará por la ley la protección especial que sea necesaria para dicho ejercicio. 2. Los poderes públicos impulsarán las políticas que garanticen la plena autonomía personal y la inclusión sociales de las personas con discapacidad en entornos universalmente accesibles. Asimismo, fomentarán la participación de sus organizaciones en los términos que la ley establezca. Se atenderán particularmente las necesidades específicas de las mujeres y los menores con discapacidad”. Ciertamente, lo que se supone una simple modificación terminológica de sustituir disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos por personas con discapacidad. Se ha añadido un segundo apartado relativo a las mujeres y menores con discapacidad como colectivos especiales; lo que no se entiende muy bien su inclusión, ya que los poderes públicos tienen el deber y obligación de proteger a todas las personas con discapacidad y de tratarlos en pie de igualdad con las demás personas.

De todas formas, la nueva regulación ha supuesto un cambio de mentalidad en torno al ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad y un notable avance en su situación, al dotarlas de plena autonomía en su actuación frente a la negativa sobre la que descansaba el sistema jurídico anterior. No obstante, hay que apreciar que, en estos casi tres años de vigencia de la Ley este cambio de enfoque jurídico, social y, económico no se ha implementado en su totalidad y queda aún mucho por hacer: así se aprecia una necesidad de ofrecer información y conocimiento de lo que supone esta reforma a la población en general (con la implicación del tercer sector); la continua formación de operadores jurídicos; tomar en consideración la suficiencia y adecuación de medidas de apoyo como la guarda de hecho; la importancia de la autonomía de la persona, voluntad, deseos y preferencias y su trayectoria vital como hemos indicado, operativa en todas las esferas de su vida ordinaria (personas y patrimonial). Además de atenderse al principio de mínima intervención, necesidad y proporcionalidad y a las circunstancias que rodean a la persona. Lo que se conoce como “traje a medida”; y, dar plena operatividad a los ajustes razonables, no sólo en lo que implica la accesibilidad, sino la intervención en los expedientes de jurisdicción voluntaria, siendo de especial importancia la labor de los facilitadores —de ahí, la modificación del artículo 7 bis de la LJV por el artículo 107 del Real Decreto-Ley 6/2023, de 19 de diciembre<sup>-24</sup>.

En este contexto, el presente estudio se va a centrar en el análisis de la operatividad de las medidas de apoyo tanto voluntarias, como formales y judiciales y las informales como la guarda de hecho en cuanto medida de apoyo informal en los que representa sus diferentes ámbitos de actuación tras tres años de vigencia de la Ley 8/2021; asimismo, en las dificultades de aplicación y admisión en determinados ámbitos de la figura de la guarda de hecho; una tendencia hacia la adopción de la curatela como medida de apoyo con funciones representativas sobre todo cuando la persona con discapacidad no puede expresar su voluntad, deseos y preferencias; y, en fin, en la necesaria interrelación o compatibilidad entre las diferentes medidas de apoyo como así lo establecen dos sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de octubre de 2023 en relación con la guarda de hecho y la curatela.

## II. MEDIDAS VOLUNTARIAS DE APOYO Y EL DEFENSOR JUDICIAL.

El artículo 250 apartado tercero del Código Civil dispone que: *“Las medidas de apoyo de naturaleza voluntaria son las establecidas por la persona con discapacidad, en las que designa quién debe prestarle apoyo y con qué alcance. Cualquier medida de apoyo voluntaria podrá ir acompañada de las salvaguardas necesarias para garantizar en todo momento y ante cualquier circunstancia el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona”*.

Como destaca ALVENTOSA DEL RÍO “suponen una precisión que realiza una persona con discapacidad o que prevé que pueda llegar a padecer alguna causa de discapacidad o, alguna circunstancia que pueda dificultar el ejercicio de su capacidad jurídica, sobre las medidas de apoyo que desea se le apliquen en caso de necesitar dicho apoyo”<sup>25</sup>. De forma que, puede dotarse de medidas voluntarias las personas afectadas por una discapacidad<sup>26</sup>.

Ahora bien, estos apoyos voluntarios se caracterizan por su atipicidad. El Código Civil regula los mandatos o apoderamientos preventivos, pero también deja al arbitrio de la persona interesada la determinación del apoyo y el alcance que deba tener; de forma que, se permite a la persona con discapacidad que se haga su propio “traje a medida”.

Ciertamente, la indeterminación de estas medidas responde a la necesidad que se ajusten a la voluntad, deseos y preferencia de la persona con discapacidad, correspondiendo al notario concretar esa voluntad y los medios adecuados para llevarla a efecto.

Por su parte, en la Circular Informativa 3/2021 de la Comisión permanente del Consejo General del Notariado, de 27 de septiembre, sobre el ejercicio de su capacidad jurídica por las personas con discapacidad (p. 6): Estas medidas voluntarias por su propia naturaleza pueden ser variadas. Así: pueden ser relativas al cuidado de la persona u operar solo en el ámbito patrimonial, o ser aplicables a ambos campos de actuación; de carácter esporádico o de aplicación continuada; temporales, revisables y permanentes; por su alcance o valor: de naturaleza orientativa o de prestación o consejo; instrucciones de apoyo informales; instrumentales para acompañarla a ciertos actos, de lo que no es más que un ejemplo, el artículo 25 de

la Ley del Notariado o el “facilitador” del artículo 7 bis de la LJV; y, de prestación de asentimiento o de naturaleza representativa.

Ahora bien, el artículo 255 apartado primero del Código Civil manifiesta que: *“Cualquier persona mayor de edad o menor emancipada en previsión o apreciación de la concurrencia de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, podrá prever o acordar en escritura pública medidas de apoyo relativas a su persona o bienes”*. Así pueden otorgarlas los mayores de edad (artículo 240 del Código civil); y los menores emancipados, esto es, los menores de edad mayores de 16 años que, hayan obtenido la emancipación por concesión de quien ejerce la patria potestad (artículos 239.1 y 241 del Código Civil); por concesión judicial (artículos 239.3 y 244 del Código Civil); lo que vivan de forma independiente de sus padres con el consentimiento de éstos (artículo 243 del Código Civil; y los que han obtenido el beneficio de la mayoría de edad, pues, se les aplica el mismo régimen que al menor emancipado (artículos 245 y 247.3 del Código Civil).

No tienen aptitud para otorgar estas medidas, los menores de edad no emancipados: sin embargo, el Código Civil permite en su artículo 254: *“Cuando se prevea razonablemente en los dos años anteriores a la mayoría de edad que un menor sujeto a patria potestad o a tutela pueda, después de alcanzada aquella, precisar de apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica, la autoridad judicial podrá acordar, a petición del menor, de los progenitores, del tutor o del Ministerio Fiscal, si lo estima necesario, la procedencia de la adopción de la medida de apoyo que corresponda para cuando concluya la minoría de edad. Estas medidas se adoptarán si el mayor de dieciséis años no ha hecho sus propias previsiones para cuando alcance la mayoría de edad. En otro caso se dará participación al menor en el proceso, atendiendo a su voluntad, deseos y preferencias”*. Sobre esta base legal, se permite al menor de edad no emancipado establecer medidas de apoyo anticipadamente y en escritura pública, siendo eficaces cuando alcance la mayoría de edad, si, precisamente, precisa apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica. El contenido de dichas previsiones (medidas voluntarias) puede incluir el nombramiento de las personas que haya de prestar apoyo, régimen actuación y alcance, mecanismos de control y salvaguarda y revisión<sup>27</sup>. Se trata de medidas de apoyo voluntarias dispuestas *ad hoc* por el menor mayor de dieciséis años; sin que de ello se derive que pueden otorgar documento de autotutela, ni mandatos o apoderamiento preventivos, pues, éstos exigen la mayoría de edad y emancipación<sup>28</sup>.

Si no se hace ninguna previsión por parte del menor mayor de 16 años, atendiendo al precepto se prevé que, las otorguen, los progenitores, tutor o Ministerio Fiscal, si lo estiman necesario, en los dos años anteriores a la mayoría de edad del menor y, con eficacia cuando alcance ésta.

En este contexto, tal como establece el citado artículo 255 apartados 1, 2 y 3, las medidas de apoyo voluntarias podrán contener medidas atinentes a la esfera personal y patrimonial de la persona que necesite apoyo, la persona que ha de ejercer la medida de apoyo, su régimen de actuación, el contenido de las facultades, las medidas u órganos de control, las salvaguardas necesarias para evitar abusos, conflictos de intereses e influencias indebidas y, plazos de revisión de las medidas de apoyo establecidas. Habrán de otorgarse en escritura pública e inscribirse en el Registro Civil, estando obligado el Notario autorizante a comunicar de

oficio y sin dilación el documento público que contenga las medidas de apoyo para su constancia en el registro individual del otorgante.

## 1. LOS PODERES Y MANDATOS PREVENTIVOS.

Los poderes preventivos se han conceptualizado como negocios jurídicos de apoderamiento que responden a la voluntad de una persona (poderdante o mandante) que en previsión de una futura situación de pérdida —más o menos acusada— de su capacidad, dispone facultar a otra u otras personas para actuar válidamente en su nombre en distintos ámbitos. Constituyen así un medio o mecanismo de protección de los intereses (personales y patrimoniales) de una persona ante un eventual supuesto de pérdida sobrevenida de capacidad, tal y como, ya antes de la reforma, se había puesto de relieve por los juzgados y tribunales, admitidos por el artículo 1732 del Código Civil (modificado por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre), y se regulaba, por ejemplo, en el artículo 222-2 del Código Civil de Cataluña.

Al tiempo del otorgamiento de la escritura de apoderamiento preventivo, el notario autorizante debe valorar si el poderdante está afectado, o podría estar afectado en el futuro, por discapacidad y mediante tal apoderamiento prevé el otorgante cómo habría de actuarse en tales supuestos; algo que quedará reflejado en dicha escritura de apoderamiento para cuya autorización el notario necesariamente ha de valorar su capacidad y prestarle el apoyo necesario para desplegar ese margen de autonomía, previsión y autorregulación personal que, ya existente con anterioridad, ha sido sustancialmente ampliado por la entrada en vigor de la Ley 8/2021. Por tanto, esa decisión y previsión derivada de una autonomía personal legalmente reconocida, con previsión de las medidas complementarias para tener en cuenta en la operativa futura del poder conferido, es algo que sin duda alguna debe ser protegido y salvaguardado. Los poderes preventivos son instrumentos adecuados de prevención ante la aparición de la discapacidad o enfermedad degenerativa sin pasar por el juzgado y por tanto, de una manera mucho más rápida y económica.

En el nuevo régimen legal resultante de la reforma operada por la Ley 8/2021, los poderes y mandatos preventivos se configuran como categoría particular de las medidas voluntarias de apoyo a las personas con discapacidad, diferenciando entre las dos modalidades de poderes preventivos que se venían utilizando en la práctica: los poderes en los que el poderdante incluye una cláusula de subsistencia del poder si en el futuro precisara apoyo en el ejercicio de su capacidad (poder prorrogado), así como los poderes otorgados por una persona sólo para el supuesto de que en el futuro precisare apoyo en el ejercicio de su capacidad (poder de protección). En relación con esta segunda modalidad de poderes preventivos (los que doctrinalmente se han considerado más propiamente como tales poderes preventivos), para acreditar que se ha producido la situación de necesidad de apoyo se estará a las previsiones del poderdante, con posibilidad de que el cumplimiento de estas se garantice mediante acta notarial que, además del juicio del notario, incorpore un informe pericial al respecto<sup>29</sup>. Y ambas modalidades de poderes preventivos se mantendrán vigentes aun cuando se constituyan otras medidas de apoyo distintas, y habrán de constituirse necesariamente en escritura pública, siendo



comunicados por el notario autorizante al Registro Civil competente (artículos 256 y 257 del Código Civil). Puede ser otorgado por cualquier persona mayor de edad o menor emancipado y ha de realizarse en escritura pública ante Notario que, será el encargado de emitir el juicio de capacidad. Nada se dice sobre el apoderado de la persona con discapacidad. La doctrina entiende que pueden ser personas físicas como jurídicas y además exigen la concurrencia de dos presupuestos legales: 1. Que el otorgante se encuentre en situación de necesitar apoyo; y, 2. La concurrencia en el futuro de circunstancias que puedan dificultar al poderdante el ejercicio de la capacidad jurídica en igualdad de condiciones que los demás<sup>30</sup>.

Por lo demás, el vigente artículo 259 del Código Civil establece que: “Cuando el poder contenga cláusula de subsistencia para el caso de que el poderdante precise apoyo en el ejercicio de su capacidad o se conceda solo para ese supuesto y, en ambos casos, comprenda todos los negocios del otorgante, el apoderado, sobrevenga la situación de necesidad de apoyo, quedará sujeto a las reglas aplicables a la curatela en todo aquello no previsto en el poder, salvo que el poderdante haya determinado otra cosa”.

Ahora bien, la disposición transitoria tercera de la Ley 8/2021 establece que: “Los poderes y mandatos preventivos otorgados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley quedarán sujetos a esta. No obstante, cuando, en virtud del artículo 259, se apliquen al apoderado las reglas establecidas para la curatela, quedarán excluidas las correspondientes a los artículos 284 a 290 del Código Civil”.

Como ha puesto de relieve la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2021, con cita de las Sentencias de 20 y 22 de noviembre de 2018: “1. Corresponde al notario emitir un juicio de suficiencia de las facultades de representación, con una reseña del documento auténtico del que resulta la representación, que debe ser congruente con el negocio jurídico representativo. Y la función del registrador es calificar la existencia de esta reseña y del juicio notarial de suficiencia, así como su congruencia con el negocio jurídico otorgado, 2. La valoración de la suficiencia de las facultades de representación del otorgante de la escritura le corresponde al notario autorizante de la escritura, sin que el registrador pueda revisar dicho juicio de suficiencia, en la medida en que resulte congruente con el contenido del título al que se refiere; 3. Para emitir ese juicio de suficiencia, el notario autorizante ha de examinar la existencia, validez y vigencia del poder del que resulta la legitimación. Y en la escritura o el título otorgado, el notario debe dejar constancia expresa de que ha cumplido esa obligación, es decir, que ha comprobado la validez y vigencia del poder, además de realizar una “reseña identificativa del documento auténtico que se le haya aportado para acreditar la representación alegada”.»

Igualmente, según las mismas Sentencias “conforme al tenor del artículo 98.2 de la Ley 24/2001, el registrador no puede revisar el juicio de validez y vigencia del poder realizado por el notario autorizante, pues limita la calificación registral “a la existencia de la reseña identificativa del documento, del juicio notarial de suficiencia y a la congruencia de éste con el contenido del título presentado, sin que el registrador pueda solicitar que se le transcriba o acompañe el documento del que nace la representación””.

Ciertamente, al tratarse de un poder preventivo debe tenerse en cuenta que, como antes se ha apuntado, para acreditar que se ha producido la situación de

necesidad de apoyo se estará a las previsiones del poderdante, como establece el artículo 257 del Código Civil respecto del poder otorgado solo para el supuesto de que en el futuro precise apoyo en el ejercicio de su capacidad, según el cual “para garantizar el cumplimiento de estas previsiones se otorgará, si fuera preciso, acta notarial que, además del juicio del Notario, incorpore un informe pericial en el mismo sentido”.

Por ello, partiendo de la presunción de plena capacidad y autogobierno de las personas, en los supuestos en que no exista una resolución judicial que declare la situación de discapacidad y, sin embargo, el poder preventivo deba ser aplicado, el notario debe indagar en cada caso concreto la especial situación en que se encuentre la persona afectada de una eventual discapacidad, con la posibilidad de comparecencia de esta persona si, según las circunstancias, es precisa para que el notario realice el control que legalmente tiene encomendado.

En todo caso, para la realización de ese control, será necesaria la exhibición de un certificado médico (de fecha próxima al negocio jurídico en el que se va utilizar dicho poder preventivo), o el uso de cualquier otro medio admitido en derecho que permita al notario concluir que el poderdante ha devenido en una situación de necesidad de apoyo, o de que se cumplen las previsiones del poderdante con respeto a su voluntad expresada, de modo que si, incluso tras esto, no quedara lo suficientemente claro dicho extremo, deberá el notario proceder con arreglo a lo prevenido en el artículo 257 del Código Civil, levantando acta notarial, si fuera preciso, que, además del juicio del notario, incorpore un informe pericial en el mismo sentido o cualquier otro documento en que se base dicho juicio.

El legislador ha convertido al notario en garante del cumplimiento de las previsiones del poderdante, de modo que, las comprobaciones que realice para indagar si se están cumpliendo dichas previsiones deberán constar en la escritura en la que se otorgue el negocio jurídico con la suficiente claridad que permita inferir que estos extremos han sido cumplidos<sup>31</sup>.

Finalmente, respecto a lo que representa su contenido, el poderdante podrá establecer medidas personales y patrimoniales; y más concretamente, como señala el artículo 258 apartado tercero del Código Civil además de las facultades que otorgue al apoderado, las medidas u órganos de control que estime oportuno, condiciones e instrucciones para el ejercicio de las facultades, salvaguardas para evitar abusos, conflicto de intereses o influencia indebida y los mecanismos y plazos de revisión de las medidas de apoyo, con el fin de garantizar el respeto de su voluntad, deseos y preferencias. Podrá también prever formas específicas de extinción del poder. Y, en fin, se podrá ejercer por el apoderado funciones asistenciales y representativas y, respecto de estas últimas, el artículo 261 del Código Civil su ejercicio será personal, sin perjuicio de la posibilidad de encomendar la realización de uno o varios actos concretos a terceras personas. Aquellas facultades que tengan por objeto la protección de la persona no serán delegables.

## 2. LA AUTOCURATELA.

ESCARTÍN IPIÉNS la define como “una declaración de voluntad del mismo potencial beneficiario, una persona física, mayor de edad, menor emancipado (ar-

título 269 del Código Civil) o habilitado de edad (artículo 244 del Código Civil), que en previsión que se produzca una eventual y futura situación de discapacidad (artículo 248 del Código Civil) que requiera un apoyo continuado (artículo 249 del Código Civil), propone la curatela como medida de apoyo necesaria para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica, desarrollo pleno de su personalidad y en condiciones de igualdad (artículo 248 del Código Civil)”<sup>32</sup>. Para la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 2 de noviembre de 2021<sup>33</sup> estamos “ante una manifestación del principio de autonomía de la voluntad, del libre desarrollo de la personalidad y del respeto a la dignidad humana reconocidos por el artículo 10 de la Constitución Española, que faculta a una persona mayor de edad o menor emancipada para designar la persona que ejerza la función de curador o incluso excluir alguna o algunas del ejercicio del cargo”.

Ciertamente, a autocuratela como plasmación del principio de autonomía de la voluntad y de la dignidad de la persona representa aquel documento público —escritura pública notarial— otorgado por persona mayor de edad o menor emancipada que en previsión de necesitar apoyo en un futuro para el ejercicio de su capacidad jurídica propone anticipadamente el nombramiento o exclusión de una o varias personas como curadores, además de establecer las reglas de su funcionamiento, actuación en la esfera personal o patrimonial —actos de disposición y administración— del curatelado, su retribución, la obligación de hacer inventario, en su caso, prestar fianza y, en fin, las medidas de vigilancia y control que, estime necesarias como las personas que han de ocupar tales órganos.

Ahora bien, al igual que los apoderamientos o mandatos preventivos existe una base negocial en la autocuratela y, su calificación como negocio jurídico de familia. Sobre tal base negocial podemos señalar como caracteres del mismo los siguientes: unilateral, recepticio, personalísimo, *inter vivos*, gratuito, solemne, revocable y revisable, principal, familiar y típico<sup>34</sup>.

Representa la expresión de sus deseos, voluntad, preferencias y propuestas respecto de su cuidado y asistencia personal como en lo relativo a la gestión de su patrimonio<sup>35</sup>.

Supone el reconocimiento de la dignidad de la persona que, comprende la facultad de autorregulación que, el Código Civil concede a todo mayor de edad o menor emancipado para autorregular la medida de apoyo judicial que, puede en un futuro fijarse como medida asistencial y excepcionalmente representativa cuando el ejercicio de su capacidad jurídica lo exija como persona con discapacidad. En esencia, la “autodelación” del curador y, la persona con discapacidad se convierte en el protagonista de su propia existencia, de adoptar aquellas decisiones más trascendentes que, marcarán su curso vital, segundo sus deseos, sentimientos en la medida que quedan satisfechos y su voluntad.

Quien mejor que uno mismo para saber cómo autoprotegerse y para saber quién es la persona más adecuada para asistirle o, excepcionalmente, representarle y cuidarle cuando necesite una medida de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica.

Ciertamente, estamos una declaración de voluntad que vincula a la autoridad judicial y en el que la futura persona con discapacidad decide quién será su eventual curador; asimismo concretará su funcionamiento, actuación y alcance —esfera personal o patrimonial o ambas—; si bien, todo ello predeterminado por

la extensión y límites de la resolución judicial que, constituya la curatela como medida de apoyo; y con los controles y medidas de vigilancia que, el propio interesado haya establecido en protección de su situación jurídica y que, exige escritura pública ante notario.

*A. Ámbito subjetivo de la autocuratela.*

En lo que representa la persona del curador apenas suscita problemas que, no se encuentran resuelto en la regulación general de la curatela.

El artículo 275.1 del Código Civil indica que podrán ser curadores las personas mayores de edad que, a juicio de la autoridad judicial, sean aptas para el adecuado desempeño de su función, quedan, por tanto, excluidos sobre la exigencia de capacidad de obrar plena, los menores de edad emancipados y los menores de edad no emancipados. Además, de plena capacidad de obrar, se exige que tenga aptitud para el ejercicio del cargo de curador, además de acreditada solvencia y experiencia y, no deben incurrir en causa de inhabilidad. Así, conforme al artículo 275.2 del citado cuerpo legal no pueden ser curadores: 1º. Quienes hayan sido excluidos por la persona que precise apoyo; 2º. Quienes por resolución judicial estuvieran privados o suspendidos en el ejercicio de la patria potestad o, total o parcialmente, de los derechos de guarda y protección; 3º. Quienes hubieren sido legalmente removidos de una tutela, curatela o guarda anterior.

En todo caso, la autoridad judicial no podrá nombrar curador, salvo circunstancias excepcionales debidamente motivadas, a las personas enumeradas en el artículo 275.3 del Código Civil. Tampoco, conforme establece el artículo 250 apartado 8 del citado cuerpo legal, podrán ser curadores quienes, en virtud de una relación contractual, presten servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga a la persona que, precisa el apoyo.

Por regla general, puede ser curador una persona física (curatela unipersonal). No obstante, se puede proponer el nombramiento de más de un curador (pluralidad de curadores). En particular, podrán separarse como cargos distintos el curador de persona (curador personal) y el curador del patrimonio (curador real) (artículo 277 del Código Civil). Asimismo, se puede convenir el modo de funcionamiento o actuación (conjunto, mancomunado, solidario o subsidiario) y con qué alcance. Así se puede prever que operen de forma mancomunada y los acuerdos se tomen por mayoría, o de forma solidaria y se exija la unanimidad de todos los curadores. También se puede plantear su actuación simultánea o sucesiva.

Ahora bien, si se proponen el nombramiento de sustitutos al curador y no se concreta el orden de la sustitución, si se ha hecho en diferentes documentos públicos se optará por el propuesto en el último documento; si se propone varios en el mismo documento, será preferido el propuesto en primer lugar (artículo 273 del Código Civil)<sup>36</sup>.

En todo caso, se puede delegar en el cónyuge o en otra persona la elección de curador de entre los nombrados en escritura pública por la persona interesada (artículo 274 del Código Civil). No obstante, solo la elección de curador, no su nombramiento. En cuanto al alcance de tal elección, una tendencia mayoritaria se orienta a que el cónyuge puede designar a cualquier persona, siempre que no

haya separación o divorcio en línea con lo previsto en el artículo 258.2 del Código Civil para los poderes preventivos. Ahora bien, si la elección recae en otra persona, solo puede designar a alguno de los relacionados en escritura pública<sup>37</sup>. De todas formas, dicha delegación puede tener lugar en la misma escritura pública de autotutela o en otra escritura pública posterior, aunque lo habitual sea la primera opción.

Además de curador persona física, podrán ser curadores personas jurídicas, en concreto como establece el artículo 275.1 párrafo segundo las fundaciones y demás personas jurídicas sin ánimo de lucro, públicas o privadas, entre cuyos fines figure la promoción de la autonomía y asistencia a las personas con discapacidad.

En todo caso, se pueden llevar a cabo designaciones simultáneas o sucesivas de diversas personas jurídicas de las que permite el artículo 275.1.

Por otra parte, en la escritura pública de autotutela el otorgante puede excluir a determinadas personas físicas (hijos, cónyuge u otros parientes, o terceros), o a una determinada institución pública o privada del cargo de curador<sup>38</sup>. O no nombrarse por el juez a quien tenga un conflicto de intereses con la persona del autotutelado<sup>39</sup>.

En cuanto a la persona que puede otorgarlo, cualquier persona mayor de edad o menor emancipado, en previsión de la concurrencia futura de circunstancias que, puedan dificultar el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás, podrá proponer en escritura pública el nombramiento o la exclusión de una o varias personas determinadas para el ejercicio de la función de curador (artículo 271 del Código Civil)<sup>40</sup>.

En este contexto, recordemos que, el artículo 254 del Código Civil se refiere a la previsión medidas de apoyo relativas a su persona o bienes que, puede hacer cualquier persona mayor de dieciséis años —no mayor de edad o menor emancipada—, en previsión de la concurrencia futura de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás, puede establecer medidas de apoyo para cuando alcance su mayoría de edad, y establecer, en su caso, el régimen de actuación y el alcance de las facultades de la persona que le haya de prestar apoyo. No obstante, lo dispuesto en este precepto, no podrá otorgar poder preventivo o proponer el nombramiento de curador; pues, se exige una capacidad determinada en ambos supuestos (mayor de edad o menor emancipado). No parece que, en principio, el legislador haya querido excepcionar la capacidad para otorgar ambos documentos para este supuesto, pues, hubiera realizado al respecto una salvedad; pero tampoco lo ha excluido expresamente, simplemente se refiere al hecho que tal mayor de dieciséis años pueda hacer sus propias previsiones (medidas de apoyo) que, serán efectivas una vez alcance la mayoría de edad y se constate que, cuando alcance tal edad, precisará de apoyos para el ejercicio de su capacidad jurídica<sup>41</sup>.

En todo caso, se podrán proponer por el mayor de dieciséis años otras medidas voluntarias de apoyo en documento público o privado, cuando se prevea razonablemente en los dos años anteriores a la mayoría de edad que un menor sujeto a patria potestad o a tutela pueda, después de alcanzada la mayoría de edad. A falta de tales previsiones, la autoridad judicial en este caso podrá acordar, a petición del menor, de los progenitores, del tutor o del Ministerio Fiscal, si lo estima necesario,

la procedencia de adopción de la medida de apoyo que corresponda para cuando concluya la minoría de edad. Estará legitimado el menor de dieciséis años —al plantearse en los dos años anteriores a la mayoría de edad—, además de las personas indicadas, cuando se entienda que el menor debe seguir necesitando alcanzada la mayoría de edad de medidas de apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica. Si bien, se dará participación al menor en el proceso, atendiendo a su voluntad, deseos y preferencia. Tales medidas de apoyo judiciales serán efectivas cuando alcance el menor la mayoría de edad y se constate la necesidad de aquél tanto antes de los dos años anteriores a la mayoría de edad, como cuando se alcance ésta y persista la necesidad de apoyo. Eso sí, el menor de dieciséis años puede solicitar el nombramiento de curador al estar legitimado para plantear la adopción de medidas judiciales de apoyo.

Ahora bien, como destaca FERNÁNDEZ-TRESGUERRES aunque nada diga la norma “no se prohíbe y no se impide, su posible otorgamiento por dos personas, por ejemplo, cónyuges, para designarse recíprocamente curador, siempre que exista suficiente autonomía negocial, que permitirá una causalización de las designaciones y el contenido deriva de la relación personal de los otorgantes”<sup>42</sup>.

En fin, el artículo 271 establece que, cualquier persona mayor de edad o menor emancipada, en previsión de la concurrencia de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás otorgar escritura de autotutela y se emplea el término *previsión*; mientras que, el artículo 255 indica que, cualquier persona mayor de edad o menor emancipada en previsión o apreciación de la concurrencia de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica puede prever en escritura pública medidas de apoyo, por lo que no solo en *previsión*, sino también *apreciando la concurrencia ya de circunstancias que pueden dificultarle en el ejercicio de su capacidad jurídica*. Por lo que, se puede plantear, por una parte, que se pueda otorgar escritura de autotutela no sólo en *previsión* para el futuro, sino también para el presente, cuando se aprecie las primeras necesidades; y por otro que, también se pueda otorgarse aun admitida a trámite la solicitud de provisión de apoyos por el letrado de la Administración de Justicia, pero antes de la celebración de comparecencia (artículo 42 bis b) 2 de la LJV)<sup>43</sup>.

#### B. *Ámbito objetivo de actuación de la autotutela.*

Se concede en el artículo 271 del Código Civil a la autonomía del individuo en la configuración de la autotutela y en atención a la admisión tanto de la autotutela positiva como negativa; igualmente, podrá establecer disposiciones sobre el funcionamiento y contenido de la tutela, y, en especial sobre el cuidado de sus personas, reglas de administración y disposición de sus bienes, retribución del curador, obligación de hacer inventario o su dispensa y medidas de vigilancia y control, así como proponer a las personas que hayan de llevarlas a cabo. Respecto a la administración y disposición de bienes alcanza, en todo caso, a los actos de administración extraordinaria, enajenación y gravamen; no así a los actos de administración ordinaria que, en principio, podrán ser realizados por el tutelado en aras del fomento de su participación activa en la toma de decisiones, salvo que

su capacidad jurídica no le permita la toma de decisiones en relación con tales actos. Aunque no se debe olvidar que, se fomenta que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica participando en la toma de decisiones respecto de tales actos de administración y disposición. De todas formas, la labor asistencial que representa la regla general, puede ir desde un consejo hasta una ayuda, apoyo efectivo en el ámbito personal o patrimonial, o en ambos. Si bien, no alcanza la actuación del curador a los actos personalísimos.

En este contexto, se podrán indicar en el documento de autotutela las facultades, derechos y obligaciones de los nombrados, además de las previstas con carácter general en sede de curatela; asimismo, causas de exclusión (inhabilidad) a parte de las mencionadas en el citado artículo 275.2 del Código Civil; de remoción distintas de las contenidas en el artículo 276 del Código Civil; o de excusa, diferentes de las previstas en el artículo 279 del Código Civil, e, incluso, supuestos de extinción no previstas en la regulación general de la curatela

Ciertamente una vez que, el curador tome posesión de su cargo, en el ejercicio de la curatela está obligado a mantener contacto personal con la persona a la que va a prestar apoyo y a desempeñar las funciones encomendadas con la diligencia debida. Asistirá a la persona que preste apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica respetando su voluntad, deseo y preferencias. En todo caso, procurará que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones (artículo 282 del Código Civil)<sup>44</sup>.

En todo caso, el curador que ejerza funciones de representación de la persona que precisa el apoyo necesitará autorización judicial para los actos que, determine la propia resolución, y en concreto los enumerados en el artículo 287 del Código Civil, cuyo análisis remitimos al apartado dedicado a la medida de apoyo judicial y formal que constituye la curatela.

Ahora bien, en todos estos supuestos, conviene precisar que, no puede la persona del autotutelado excluir la autorización judicial; si partimos de necesaria exigencia de la misma en materia de curatela. Además, se pretende evitar abusos, conflictos de intereses e influencia indebida que afecten a la persona con discapacidad (artículo 270 del Código Civil).

### 3. EL DEFENSOR JUDICIAL

Igualmente, de forma breve, procede señalar que, el nombramiento de defensor judicial como medida formal de apoyo procederá cuando la necesidad de apoyo se precise de forma ocasional, aunque sea recurrente (artículo 250.6 del Código Civil).

Se nombrará un defensor judicial de las personas con discapacidad en los casos siguientes: 1. Cuando, por cualquier causa, quien haya de prestar apoyo no pueda hacerlo, hasta que cese la causa determinante o se designe a otra persona; 2. Cuando exista conflicto de intereses entre la persona con discapacidad y la que haya de prestarle apoyo<sup>45</sup>; 3. Cuando, durante la tramitación de la excusa alegada por el curador, la autoridad judicial lo considere necesario; 4. Cuando se hubiere promovido la provisión de medidas judiciales de apoyo a la persona con discapacidad y la autoridad judicial considere necesario proveer a la administración de



los bienes hasta que recaiga resolución judicial; y, 5. Cuando la persona con discapacidad requiera el establecimiento de medidas de apoyo de carácter ocasional, aunque sea recurrente.

A tal fin, la autoridad judicial, una vez oída la persona con discapacidad nombrará defensor judicial a quien sea más idóneo para respetar, comprender e interpretar la voluntad, deseos y preferencias de aquella.

En el nombramiento se podrá dispensar al defensor judicial de la venta en subasta pública, fijando un precio mínimo, y de la aprobación judicial posterior de los actos.

Serán aplicables al defensor judicial las causas de inhabilidad, excusa y remoción del curador, así como las obligaciones que a este se atribuyen de conocer y respetar la voluntad, deseos y preferencias de la persona a la que se preste apoyo.

El defensor judicial, una vez realizada su gestión, deberá rendir cuentas de ella.

Además de las funciones indicadas como medida de apoyo autónoma, se nombrará también defensor judicial para completar la capacidad del menor emancipado en los actos enumerados en el artículo 247 apartado primero del Código Civil, cuando no haya progenitores.

### III. LA CURATELA COMO MEDIDA DE APOYO FORMAL.

#### 1. CONCEPTO, FINALIDAD Y CARACTERÍSTICAS DE LA CURATELA.

Las medidas de apoyo de origen legal o judicial solo operan en defecto o ante la insuficiencia de la voluntad de la persona con discapacidad (artículo 249 apartado primero del Código Civil) y, asimismo, las medidas de autorregulación pueden coexistir con las medidas legales o judiciales que, se imponga, cuando, precisamente, aquéllas resulten insuficientes. Así puede coexistir la vigencia de un poder o mandato preventivo con el nombramiento de un curador<sup>46</sup> y de un curador y guardador de hecho. En todo caso, todas las medidas de apoyo y con tal la curatela, deberán ajustarse a los principios de subsidiariedad, necesidad, proporcionalidad y mínima intervención<sup>47</sup>. En todo caso, si la persona con discapacidad puede ejercer su capacidad jurídica no necesita medidas de apoyo para ejercitar su capacidad jurídica.

El Código Civil define a la curatela como “una medida formal de apoyo que se aplicará a quienes precisen el apoyo de modo continuado” (artículo 250.5º del Código Civil).

De ahí que, la curatela se configura como una institución de apoyo judicial básica de las personas discapacitadas<sup>48</sup>, dando para ello una nueva regulación a la misma y ampliando el contenido y alcance de esta figura jurídica. Y el propio significado de la palabra curatela —cuidado— revela la finalidad de la institución: asistencia, apoyo, ayuda en el ejercicio de la capacidad jurídica. Por lo que, tiene un carácter asistencial y solo excepcionalmente se le atribuyen funciones representativas —en este último caso, a diferencia del tutor, el curador no es un representante de la persona con discapacidad—.

Será proporcional a las necesidades de la persona que las precise, respetando al máximo su autonomía, voluntad, deseos y preferencias.

Se trata de una medida de apoyo estable, pues, se acuerda cuando la persona con discapacidad requiere una medida de apoyo de carácter continuado que, se aplica a las personas con discapacidad, dejando de operar respecto a la protección del emancipado que, estará asistido por un defensor judicial (artículo 247.1 del Código Civil).

Es de constitución judicial —mediante resolución motivada, a través de expediente de provisión de medidas de apoyo previsto en la Ley de Jurisdicción Voluntaria (expediente *ad hoc* —artículo 42 bis y siguientes—); o, en su caso, en procedimiento verbal contencioso en caso de oposición (un proceso judicial específico de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad —artículos 748 y siguientes de la LEC—) y aplicable a aquellas personas discapacitadas que, requieren de medidas de apoyo continuadas. Su contenido vendrá determinado en la correspondiente resolución judicial en armonía con la situación y circunstancias de la persona con discapacidad y con sus necesidades de apoyo (artículo 250.5 del Código Civil). De ahí, su contenido estable, aunque provisional, pues, depende siempre de la situación personal y patrimonial de la persona y, asimismo, de la exigencia de revisión de las medidas. En concreto, siempre que se produzca cualquier cambio en la situación de la persona que requiera una modificación de las medidas que se hubieran tomado; y periódicamente, en un plazo máximo de tres años; y de manera excepcional y motivada, en el procedimiento de provisión o modificación de apoyos, podrá establecerse un plazo de provisión superior, pero sin que pueda exceder de seis años. Ahora bien, para garantizar el respeto a la voluntad, deseos, y preferencias de la persona con discapacidad y, además evitar los abusos, conflictos de intereses e influencias indebidas, se podrán establecer medidas de control que se estimen oportunas (artículo 270.1 del Código Civil). E, igualmente, tanto la autoridad judicial como el Ministerio Fiscal podrán recabar del curador información sobre la situación personal y patrimonial de la persona con discapacidad, como la que se considere necesaria a fin de garantizar un buen funcionamiento de la curatela respectivamente.

Sobre tales bases, como pone de manifiesto el artículo 269 apartado primero del Código Civil, también estamos ante una medida subsidiaria que, solo se constituirá por la autoridad judicial cuando “no exista otra medida de apoyo suficiente”. Además, como toda medida de apoyo, deberá ajustarse, tal como hemos manifestado, a los principios de necesidad y proporcionalidad, esto es, ha de ser proporcionadas a las necesidades de la personas con discapacidad que las precise, respetando siempre la máxima autonomía de ésta en el ejercicio de su capacidad jurídica y, asimismo, atendiendo en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias (artículo 268 apartado 1 del Código Civil) tanto para los actos en que el curador deba prestar asistencia, como para aquellos otros en que deba ejercerse la representación, han de fijarse de manera precisa —han de ser proporcionales— (artículo 269 apartado cuarto del Código Civil). En fin, ha de adaptarse a las circunstancias concretas de la persona con discapacidad. Como hemos mencionados tantas veces ha de hacerse un “traje a medida” en el que se respete la voluntad, los deseos y preferencia de la persona a quien se presta apoyo (artículo 268 del Código Civil). Precisamente, el curador asistirá a la persona a la que preste apoyo en el

ejercicio de su capacidad jurídica respetando su voluntad, deseos y preferencias y procurará fomentar las aptitudes de la persona a la que se preste apoyo; de modo que, pueda ejercer su capacidad con menos apoyo en el futuro (artículo 282 del Código Civil) —principio de mínima intervención—. Igualmente, cuando quien desempeñe la curatela esté impedido de modo transitorio para actuar en un caso concreto, o cuando exista un conflicto de intereses ocasional entre él y la persona a quien preste apoyo, el defensor judicial que lo sustituya, además de oír a la persona que precise apoyo, respetará su voluntad, deseos y preferencias (artículo 283 del Código Civil). Por otra parte, en la configuración de este apoyo, la autoridad judicial establecerá en la resolución que constituya la curatela o en otra posterior las medidas de control que estime oportunas para garantizar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona que precise apoyo (artículo 270 del Código Civil).

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

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

Sobre tales bases, además de la curatela ordinaria o asistencial en la que intervienen la persona discapacitada, o la curatela representativa que, excepcionalmente se puede sustituir a la persona, LORA-TAMAYO se inclina también por una curatela mixta en la que se atribuye al curador facultades asistenciales y representativas<sup>49</sup>. La curatela representa una medida de apoyo de contenido variable en

función de la situación de la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, de carácter continuo y revisable, siendo la función asistencial, como para toda medida de apoyo, la preferente en la configuración de su actuación<sup>50</sup>.

Así, la curatela asistencial se configura como medida de apoyo más flexible, caracterizándose por su contenido de asistencia, ayuda, información, supervisión, abarcando tanto la esfera personal o patrimonial de la persona con discapacidad o ambas a la vez. El curador asistencial no suplente la voluntad de la persona, sino que asiste, encauza y, la complementa en su toma de decisiones, mientras que la curatela representativa es una forma de apoyo más intensa, cuando la persona con discapacidad no puede tomar autónomamente decisiones en asuntos personales y patrimoniales que le incumben. No supone un mecanismo de sustitución, pues, la persona afectada sigue conservando facultades de autodeterminación y de toma de decisiones en mayor proporción que, si se opta por la curatela representativa<sup>51</sup>.

Como hemos tantas veces reiterado, esta medida de apoyo judicial excepcionalmente puede incluir funciones representativas, especialmente, cuando no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona; si bien, en su ejercicio se tendrá presente, como también hemos destacado, la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los diferentes factores que se tendrán en cuenta con el fin de tomar la decisión que hubiera adoptado la persona en caso de no requerir la representación. La curatela con facultades de representación puede operar tanto en el ámbito personal (toma de decisiones para el normal desarrollo de su vida cotidiana en el ámbito habitacional/residencial), como en el sanitario (asistencia y tratamiento médico) y en el patrimonial (gestión y administración de su patrimonio)<sup>52</sup>. En este supuesto, corresponde a la autoridad judicial determinar los actos en los que el curador habrá de asumir la representación de la persona con discapacidad, esto es, habrán de fijarse de manera precisa, cuáles son aquellos en que deba ejercer dicha representación (artículo 269 apartado 4 del Código Civil)<sup>53</sup>. En todo caso, tanto los actos en los que el curador deba prestar asistencia como aquellos otros en que deba ejercer la representación deberán fijarse de manera precisa y, no se podrá incluir en la sentencia la mera privación de derechos (artículo 269 apartado 5 del citado cuerpo legal)<sup>54</sup>. No es función de la resolución judicial que se dicte en un procedimiento de determinación de apoyos, privar de derechos a las personas con discapacidad, ni la prohibición de derechos.

De todas formas, el Código Civil recoge la posibilidad de una curatela con funciones representativas plenas (alcance general) cuando la situación de la persona con discapacidad lo exija. Por lo que, parece que hay grados en la curatela representativa, atendiendo a cada situación personal —necesidad y proporcionalidad de la medida— y, se fijarán en el auto que pone fin al expediente de jurisdicción voluntaria o la sentencia del juicio verbal<sup>55</sup>.

No obstante, aunque el legislador no alude a ello expresamente, se puede acordar por la autoridad judicial una *curatela mixta* con funciones representativas y de asistencia social<sup>56</sup>. Tanto en la curatela asistencial como representativa se opera en el ámbito personal y patrimonial. Incluso, cuando se procede a la una curatela mixta operan una y otra curatela asistencial o representativa en ambos ámbitos de actuación (personal y patrimonial) indistintamente<sup>57</sup>. En unos casos, se indican los concretos actos que debe realizar el curador, procediendo a una enumeración

exhaustiva, en otros simplemente se hace una remisión al artículo 287 del Código Civil en referencia a los actos que necesitan autorización judicial<sup>58</sup>. Y, lo habitual es que, cuando la demandada puede expresar su voluntad, deseos y preferencia la curatela será no representativa<sup>59</sup>. Ahora bien, partiendo de la base que es posible el nombramiento de varios curadores, uno podría actuar en el ámbito personal y otro en el ámbito patrimonial bien con una curatela asistencial o representativa o mixta respectivamente.

En este contexto, la autoridad judicial constituirá la curatela cuando no exista otras medidas de apoyo suficiente para la persona con discapacidad y, determinará los actos para los que la persona requiera la intervención del curador, atendiendo a sus concretas necesidades de apoyo (artículo 269 apartados 1 y 2 del Código Civil). Como regla general, quien toma las decisiones es la persona con discapacidad, asistida por el curador, que le informa, asesora y explica las consecuencias de la posición adoptada. Cuando sea preciso y solo de manera excepcional, podrá atribuirse al curador funciones representativas y sometido a un régimen específico de actuación en los términos apuntados: formación de inventario (artículos 285 y 286 del Código Civil); autorizaciones judiciales (artículo 287 del Código Civil). No se le exige fianza hipotecaria como si sucede con la tutela de los menores de edad no emancipados (artículo 192 de la LH). En cambio, si se le aplican normas específicas como la prohibición testamentaria del artículo 758 del Código Civil; o en materia de gananciales (artículo 1393.1 del Código Civil); y contrato de sociedad (artículo 1700.5º del Código Civil).

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

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

En todo caso, procede el nombramiento de curador cuando la afectada padece un deterioro cognitivo que le impide proveer correctamente a su cuidado personal y advertir la necesidad de ayuda y gestionar correctamente su patrimonio<sup>60</sup>; o la presencia de una causa grave de limitación de su capacidad de decisión que no es previsible que varíe en un futuro cercano<sup>61</sup>; o existe un deterioro cognitivo irreversible que menoscaba parcialmente sus facultades intelectivas y volitivas, no siendo capaz de gobierno total de su persona, ni la administración de sus bienes<sup>62</sup>; o una enfermedad irreversible y en progresiva evolución<sup>63</sup>.

Ahora bien, además de la curatela judicial asistencial, representativa o mixta, ésta puede tener, como señala GARCÍA RUBIO, un origen voluntario con carácter preventivo o *ex ante*, la llamada autocuratela y constituir, en consecuencia, una figura de carácter mixto (voluntario y judicial)<sup>64</sup>. Así, la persona con discapacidad, mayor de edad o menor emancipada, que en previsión de la concurrencia de circunstancias que, pueden dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica

en igualdad de condiciones que las demás, podrá proponer en escritura pública el nombramiento o la exclusión de una o varias personas determinadas para el ejercicio de la función de curador. Igualmente establecer disposiciones sobre el funcionamiento y contenido de la curatela y, en especial, sobre el cuidado de su persona, reglas de administración y disposición de sus bienes, retribución del curador, obligación de hacer inventario o su dispensa y medidas de vigilancia y control, así como proponer a las personas que hayan de llevarlas a cabo (artículo 271 del Código Civil). Incluso excluir la necesidad de autorización judicial para la realización de los actos previstos en el artículo 287 del Código Civil<sup>65</sup>.

No obstante, aunque la escritura de autocratela vincula a la autoridad judicial al constituir la curatela —de ahí, la importancia del juego de la autonomía de voluntad—; no obstante, aquélla podrá prescindir total o parcialmente de esas disposiciones voluntarias, de oficio o a instancia de las personas llamadas por ley a ejercer la curatela o del Ministerio Fiscal, si existen circunstancias graves desconocidas por la persona que las estableció o alteración de las causas expresadas por ella o que presumiblemente tuvo en cuenta en sus disposiciones, siempre mediante resolución motivada (artículo 272 del Código Civil)<sup>66</sup>.

## 2. ÁMBITO DE ACTUACIÓN JURÍDICA DEL CURADOR: ESFERA PERSONAL Y ESFERA PATRIMONIAL.

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

Aunque, no tiene la obligación de velar o proteger a la persona con discapacidad, ni convivir con ella; en el ejercicio de la curatela estará obligado a mantener contacto personal con la persona a la que va a prestar apoyo<sup>67</sup> y a desempeñar las funciones encomendadas con la diligencia debida<sup>68</sup>. No se exige necesariamente la convivencia curador-curatelado; no obstante, si la misma ha sido la circunstancia que ha tenido en cuenta la autoridad judicial para la elección y nombramiento de curador, el cese de la convivencia puede tenerse en cuenta ante una posible remoción del curador (artículo 276 del Código Civil).

Igualmente, procurará que la persona con discapacidad pueda desarrollar su proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias. En esta línea, fomentará que las personas con discapacidad puedan ejercer su capacidad jurídica por sí misma, si su situación jurídica lo permite o, plantear una disminución del alcance asistencial o representativo del curador. En caso que el curador asuma funciones representativas, deberá tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencia y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración con el fin de tomar la decisión que hubiera adoptado la persona en caso de no requerir representación (artículo 249 del Código Civil). En todo caso, fomentará las aptitudes de la persona a la que preste apoyo; de modo que, pueda ejercer su capacidad con menos apoyo en el futuro o prescindiendo

de éste —operando en el ejercicio de su plena capacidad jurídica sin necesidad de apoyos—.

En cuanto a las posibles obligaciones a cumplir por el curador antes de comenzar en el ejercicio del cargo, está, como hemos indicado en líneas precedentes, la de prestar fianza que asegure el cumplimiento de sus obligaciones, cuando lo considere necesario por concurrir circunstancias excepcionales; si bien, en cualquier momento, la autoridad judicial podrá modificar o dejar sin efecto la garantía que hubiese prestado (artículo 284); y, si se trata de curatela con facultades representativas: la formación de inventario y constitución de depósito. Precisamente, estará obligado a hacer *inventario del patrimonio de la persona en cuyo favor se ha establecido el apoyo* dentro del plazo de sesenta días, a contar desde aquél en que hubiese tomado posesión de su cargo, precisa acertadamente RUIZ-RICO RUIZ MORÓN que “la práctica del inventario constituye una garantía para los intereses patrimoniales de la persona que precisa de apoyo. Es la vía que permitirá comprobar, al finalizar la curatela, el resultado de la gestión del curador, sin perjuicio de las medidas de control que la autoridad judicial o el propio interesado hubieren establecido (artículos 270 y 271 del Código Civil)”<sup>69</sup>. En todo caso, la autoridad judicial no puede dispensar de la obligación de hacer inventario, aunque, si la persona sujeta a curatela en la escritura de autocuratela (artículo 271 del Código Civil). De todas formas, el incumplimiento de la obligación de hacer inventario es causa de remoción conforme a lo previsto en el artículo 278 del Código Civil.

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

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



En este contexto, durante el ejercicio del cargo, además del apoyo a la persona discapacitada señalado: si se *trata de curatela asistencial*: asistirá a la persona a la que preste apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica respetando su voluntad, deseos y preferencias y procurará que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones. De forma que, cuando se formalice documentalmente un negocio deberá intervenir el curador en su labor asistencial, aunque, el consentimiento lo preste el curatelado; dejando constancia de su intervención y asistencia, pues, si se prescinde de ella puede el negocio ser anulado por la vía de los artículos 1301 y 1302 del Código Civil. Si la *curatela es representativa*, el curador representa a la persona discapacitada, siendo su intervención necesaria en el otorgamiento del negocio y en la prestación del consentimiento. Si bien, en el ejercicio de su función representativa, además de actuar con la diligencia debida, tendrá en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación. De ahí que, el ejercicio de las funciones representativas por parte del curador en cuanto supone sustitución de la voluntad de la persona con discapacidad se contempla con carácter excepcional; por lo que, solo resultará operativa cuando las circunstancias personales de especial gravedad del curatelado hagan imprescindible tal forma de actuar por parte del curador.

De todas formas, en cualquiera de los supuestos —asistencial o representativo— el curador procurará fomentar las aptitudes de la persona a la que preste apoyo; de modo que, pueda ejercer su capacidad con menos apoyo en el futuro. Sobre tales bases, el contenido de la curatela vendrá determinado por la autoridad judicial que delimitará los actos para los que la persona con discapacidad necesita la asistencia del curador en el ejercicio de su capacidad jurídica, atendiendo a sus concretas necesidades de apoyo y en la proporción que exija su situación personal y patrimonial. Por lo que, si se trata de curatela asistencial se determinará el campo de actuación asistencial del curador —esfera personal o esfera patrimonial—, esto es, se concretará los actos en los que el curador deberá prestar apoyos a la persona con discapacidad. Si, por el contrario, la curatela es representativa corresponde a la autoridad judicial señalar también de manera precisa los concretos actos en los cuales el curador debe ejercer la representación de la persona con discapacidad (artículo 269.4 del Código Civil).

En cualquier caso, el curador actuará bajo los criterios fijados en el artículo 249 del Código Civil<sup>70</sup> y, la resolución judicial en que lo nombre y fije el contenido de su actuación, no podrá incluir la mera privación de derechos —un contenido negativo— tantas veces reiterado. Asimismo, conviene precisar que, la existencia de la curatela es compatible con otras medidas de apoyo como la guarda de hecho (artículo 263 del Código Civil).

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

1°. Realizar actos de transcendencia personal o familiar cuando la persona afectada no pueda hacerlo por sí mismo; todo ello a salvo de lo dispuesto legalmente en materia de internamiento, consentimiento informado en el ámbito de la salud o en otras leyes especiales<sup>71</sup>.

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

En relación con la legalización de la eutanasia activa o el suicidio asistido en España, el artículo 5.2 de la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo establece que en los casos en los que el médico responsable certifique que el paciente no se encuentra en el pleno uso de sus facultades, ni puede prestar su conformidad libre, voluntaria y consciente para realizar las solicitudes, cumpla lo previsto en el apartado 1) —sufrir una enfermedad grave e incurable o un padecimiento grave, crónico e imposibilitante en los términos establecidos en esta Ley, certificada por el médico responsable— y haya suscrito con anterioridad un documento de instrucciones previas, testamento vital, voluntades anticipadas o documentos equivalentes legalmente reconocidos (mandatos y apoderamientos preventivos) se podrá facilitar la prestación de ayuda para morir conforme a lo dispuesto en dicho documento, y si se ha nombrado representante en ese documento —*vgr.*, el propio curador— será el interlocutor válido con el médico responsable.

En caso de internamiento, éste puede ser voluntario o involuntario. En lo referente al internamiento no voluntario por razón del trastorno psíquico de una persona que no está en condiciones de decidirlo, procede señalar de forma preliminar que, el antiguo artículo 271.1 del Código Civil el tutor necesitaba autorización judicial “para internar al tutelado en un establecimiento de salud mental o de educación o de formación especial”. Lo que sigue manteniendo el artículo 763 de la LEC que no ha sido reformado tampoco por la Ley 8/2021 y, se requiere autorización judicial previa al internamiento.

En consecuencia, si la persona con discapacidad de cierta edad (tercera edad) que no necesita medidas de apoyos, decide ingresar en un centro geriátrico o residencial de la tercera edad, a aquélla corresponde prestar el consentimiento a dicho internamiento voluntario. Si esa misma persona con discapacidad tiene medidas de apoyo, como un curador, éste deberá actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias, informándola, ayudándola y facilitando que pueda expresar su voluntad y preferencias. Como en el supuesto anterior, a la persona con discapacidad corresponde tomar la decisión —consentir— el ingreso en tales centros. Si se trata de personas con discapacidad que padecen un deterioro cognitivo que le impide proveer correctamente su cuidado personal y gestionar su patrimonio, pues, sufre una enfermedad neurodegenerativa —tipo alzhéimer, demencia senil, parkinson—, y, respecto de las que no es posible determinar su voluntad, deseos y preferencias, el curador asume funciones representativas, y en este caso, deberá tener en cuenta en el ejercicio de estas funciones la trayectoria vital del curatelado, sus creencias y valores, así como los factores que ésta hubiera tenido en cuenta,

con el fin de adoptar la decisión que habría tomado en caso de no requerir representación en este supuesto. Si de la misma se deduce claramente que, su voluntad es el ingreso en dicho centro residencial, se procederá al mismo. De no ser posible conocer la decisión que hubiera tomado, atendiendo a lo dispuesto legalmente en materia de internamiento y al ser un acto de trascendencia personal adquiere, en este caso, la naturaleza de involuntario y, el curador necesitará autorización judicial (artículo 287.1 del Código Civil)<sup>72</sup>. En todo caso, debemos volver a recordar que, conforme el artículo 269 apartado 5 del Código Civil: “En ningún caso podrá incluir la resolución judicial la mera privación de derechos” —en relación con el artículo 17 de la Constitución Española en esta materia—.

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

Ahora bien, pese a lo expuesto, la realidad práctica es que el artículo 287.2.1º del Código Civil excepciona la necesidad de que el curador requiera autorización judicial. Por lo que, en este caso, pese a lo dispuesto en el citado artículo 763 de la LEC entendemos de aplicación preferente la regulación establecida en nuestro Código Civil.

Tampoco necesitara autorización judicial para actos personalísimos: matrimonio, testamento, reconocimiento de hijos, nacionalidad, vecindad civil, nulidad, separación o divorcio, capitulaciones matrimoniales.

2º. Enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, bienes o derechos de especial significado personal o familiar, bienes muebles de extraordinario valor, objetos preciosos, y valores mobiliarios no cotizados en mercados oficiales de la persona con medidas de apoyo, dar inmuebles en

arrendamiento por término inicial que exceda de seis años, o para celebrar contratos o realizar actos que tengan carácter dispositivo y sean susceptibles de inscripción<sup>73</sup>. Se refiere a bienes de especial significado personal o familiar; concepto indeterminado que, exigirá atender a la voluntad del sujeto a la hora de concretar su alcance; o bien que se haga referencia expresa de ello en el propio poder o mandato. Emplea el término bienes que, podrá ser muebles o inmuebles, al no especificar como en los otros casos. Por otra parte, se refiere a actos de disposición o gravamen sobre bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, para celebrar contratos o realizar actos que tengan carácter dispositivo y sean susceptibles de inscripción. En consecuencia, no será necesaria la autorización judicial para actos de administración sobre inmuebles, si no son susceptibles de inscripción registral.

De todas formas, la enajenación de los referidos bienes se realizará mediante venta directa, salvo que el Tribunal considere que es necesaria la enajenación en subasta judicial para mejor y plena garantía de los derechos e intereses de su titular. Se elimina el requisito de la subasta judicial muy criticado antaño. Por lo que, la regla general es la venta directa y la excepción la venta en subasta. No obstante, respecto de la autorización o aprobación judicial de actos de disposición, gravamen u otros que se refieran a los bienes y derechos de personas con discapacidad con medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica, el artículo 63.3 de la LJV indica que, si la solicitud fuera para la realización de un acto de disposición podrá también incluirse en la solicitud la petición que la autorización se extienda a la celebración de venta directa sin necesidad de subasta, ni intervención de persona o entidad especializada. En este caso, deberá acompañarse de dictamen pericial de valoración del precio de mercado del bien o derecho que se trate y especificarse las demás condiciones del acto de disposición que se pretenda realizar. Por lo que, al no haber sido objeto de modificación su redacción, se deduce la regla contraria a la prevista en el artículo 287 del Código Civil, debiendo, en todo caso, atender a lo previsto en este último precepto al quedar tácitamente derogado el mencionado artículo 63.3 en lo referente a la exigencia de venta en subasta como regla general<sup>74</sup>. No obstante, a la solicitud de autorización judicial para la venta de valores no cotizados en mercados oficiales se deberá acompañar los documentos, que precisa tal artículo 63.3 de la LJV, esto es, dictamen pericial de valoración del precio de mercado del bien o derecho que se trate y especificarse las demás condiciones del acto de disposición que se pretenda realizar.

En todo caso, se exceptúa la venta del derecho de suscripción preferente de acciones y la venta de valores mobiliarios cotizados en bolsa, aunque tengan extraordinario valor. Con anterioridad, sin embargo, se exigía autorización judicial para todos los valores mobiliarios. Tampoco se necesita autorización judicial para los arrendamientos inferiores a seis años, aunque sean inscribibles; ni a los arrendamientos que, sean superiores a esos seis años, pero sean consecuencia de prórrogas legales (artículo 10 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos)<sup>75</sup>.

En todo caso, la referencia a los establecimientos mercantiles o industriales procede de la redacción originaria del Código Civil y, como precisa FERNÁNDEZ—TRESGUERRES tiene dos acepciones —ambas distintas a la empresa o sucursal—. Así “la primera, la de conjunto organizado de bienes y derechos con los que

el empresario lleva a cabo su actividad empresarial; la segunda, como base física, sede abierta al público, desde que el empresario lleva a cabo sus operaciones". En ambos casos, la persona con discapacidad puede ser titular o cotitular del establecimiento mercantil, o llevar la organización un tercero<sup>76</sup>. De todas formas, el artículo 4 del Código de Comercio dispone que: "*Tendrán capacidad para el ejercicio habitual del comercio las personas mayores de edad y que tengan la libre disposición de sus bienes*". En cualquier caso, puede tratarse de empresario individual, o disponer de una licencia o concesión administrativa para su desarrollo —por ejemplo, licencia de taxi, concesión de una administración de lotería—.

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

3º. Disponer a título gratuito de bienes o derechos de la persona con medidas de apoyo, salvo los que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar. Esto es, los regalos o donaciones que sean habituales en el ejercicio de los usos sociales (regalos navidad, cumpleaños) siempre que sean de escasa relevancia económica. Ahora bien, la exigencia de autorización judicial en la disposición a título de donación siendo una forma habitual de proceder de la persona con discapacidad en determinados momentos (donaciones habituales a ONGs, a Caritas). En estos casos, el curador deberá en el ejercicio de sus funciones tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración con el fin de tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación como sería realizar la donación en los términos habituales<sup>77</sup>.

4º. Renunciar derechos, así como transigir o someter a arbitraje cuestiones relativas a los intereses de la persona cuya curatela ostenta, salvo que sean de escasa relevancia económica. La renuncia es no solo abdicativa, sino también traslativa<sup>78</sup>.

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

Por su parte, el artículo 63 de la LJV establece al respecto que, en la solicitud deberá expresarse el motivo del acto o negocio que se trate y, se razonará la necesidad, utilidad o conveniencia del mismo; se identificará con precisión el bien o derecho a que se refiera; y se expondrá, en su caso, la finalidad a que deba aplicarse la suma que se obtenga. Asimismo, con la petición que se deduzca se presentarán los documentos y antecedentes necesarios para poder formular juicio exacto sobre

el negocio que se trate y, en su caso, las operaciones particionales de la herencia o de la división de la cosa común realizada. Y añade el apartado 2 que, en el caso de autorización solicitada para transigir, se acompañará, además, el documento en que se hubieren formulado las bases de la transacción. En fin, el artículo 65.3 de la LJV determina que, si la autorización solicitada para transigir fuera concedida por el Juez, determinará la expedición de testimonio que se entregará al solicitante para el uso que corresponda.

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

5º. Aceptar sin beneficio de inventario cualquier herencia o repudiar esta o las liberalidades. También necesitará autorización judicial el curador con facultades representativas para aceptar pura y simplemente la herencia y los legados y donaciones modales u onerosas, y, en cambio, no la necesitará para aceptar herencia a beneficio de inventario, los legados, la donación pura y simple<sup>79</sup>.

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

6º. Hacer gastos extraordinarios en los bienes de la persona a la que presta apoyo. La mayoría de la doctrina toma como referencia lo establecido en el artículo 500 del Código Civil en sede de usufructo. Así en su apartado 2 considera gastos ordinarios *“los que exijan los deterioros o desperfectos que procedan del uso natural de las cosas y sean indispensables para su conservación”*; por lo que, los no comprendidos en dicha definición precisarán de autorización judicial —así los gastos útiles y los de lujo y mero recreo<sup>80</sup>. Por su parte, FERNÁNDEZ-TREGUERRES aclara que, en los gastos extraordinarios se tendrá en cuenta la proporcionalidad del patrimonio de la persona sujeta a curatela en relación con aquellos gastos que no sean de mera conservación o administración<sup>81</sup>.

7º. Interponer demanda en nombre de la persona a la que presta apoyo, salvo en los asuntos urgentes o de escasa cuantía. Con independencia de la jurisdicción y en defensa de los intereses personales y patrimoniales del curatelado. No se exigirá autorización judicial, cuando se trate de asuntos de escasa cuantía y riesgo para el patrimonio del curatelado o urgentes (vencimiento de un plazo). Ambos extremos habrán de probarse y justificarse por el curador<sup>82</sup>.

No será precisa la autorización judicial cuando la persona con discapacidad inste la revisión de la resolución judicial en que previamente se le hubiese determinado los apoyos. En este caso, podrá interponer tal expediente de revisión tanto la persona discapacitada como el curador, sin necesitar autorización judicial. Insistamos, de nuevo, que siempre se fomentarán que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro; asimismo, que, las medidas adoptadas por la autoridad judicial en un procedimiento de provisión de apoyos serán proporcionadas a las necesidades de la persona que las precise

respetando siempre la máxima autonomía de esta en el ejercicio de su capacidad jurídica y atendiendo en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias. Además, las medidas de apoyo adoptadas judicialmente serán revisadas periódicamente en un plazo máximo de tres años. No obstante, la autoridad judicial podrá establecer, de manera excepcional y motivada, en el procedimiento de provisión o, en su caso, de modificación de apoyos, un plazo de revisión superior que no podrá exceder de seis años. Todo lo anterior, sin perjuicio que, las medidas de apoyo adoptadas judicialmente se pueden revisar, en todo caso, ante cualquier cambio en la situación de la persona que pueda requerir una modificación de dichas medidas (artículos 249 y 268 del Código Civil).

8°. Dar y tomar dinero a préstamo y prestar aval o fianza. Se entiende a toda clase de garantías de deudas u obligaciones ajenas —prenda de acciones que coticen en bolsa —propiedad de los padres— para garantizar un crédito ajeno (del hijo); y, al préstamo de dinero y negocios equivalentes al mismo —*vgr.*, pólizas de crédito en cuenta corriente—<sup>83</sup>.

9°. Celebrar contratos de seguro de vida, renta vitalicia<sup>84</sup> y otros análogos, cuando estos requieran de inversiones o aportaciones de cuantía extraordinaria (artículo 287 del Código Civil)<sup>85</sup>. De nuevo, se emplea un concepto indeterminado “inversiones o aportaciones de cuantía extraordinaria”. Para su concreción habrá que atender a la situación patrimonial de la persona con discapacidad —al valor total de su patrimonio— y, a la cuantía de la inversión sobre el total del mismo. No es lo mismo un patrimonio de escasa cuantía, donde una inversión media en tales instrumentos financieros puede representar una cifra importante (extraordinaria) sobre el total; que, si esta misma operación se realiza sobre un patrimonio de cuantía importante con la consiguiente calificación de inversión ordinaria<sup>86</sup>. En todo caso, no queda claro si el parámetro para determinar la inversión o aportación extraordinaria sea objetivo o subjetivo, o atender a ambos. Ahora bien, se habla de celebrar contratos, no, por ejemplo, de rescate de un plan de pensiones o contrato de seguro. De todas formas, cabe plantearse si en esa necesaria autorización judicial para la celebración de contrato de seguro, se puede extender a cuando sea nombrada persona beneficiaria del seguro el propio curador. Y, respecto a otros contratos análogos, estarían los seguros de renta, planes de pensiones, contratos de alimentos.

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

En todo caso, con la autorización judicial se pretende, asimismo, evitar abusos, conflictos de intereses e influencias indebidas (artículo 270 del Código Civil)<sup>87</sup>.

De todas formas, con el objeto de favorecer a la persona de curatelado la autoridad judicial, cuando lo considere adecuado para garantizar la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, podrá autorizar al curador la realización de una pluralidad de actos de la misma naturaleza o referidos a la misma actividad económica, especificando las circunstancias y características fundamentales de dichos actos (*vgr.* operaciones bursátiles) (artículo 288 del Código Civil).

Por otra parte, no necesitarán autorización judicial previa, pero si aprobación judicial una vez practicadas:



1. La partición de herencia o la división de cosa común realizada por el curador representativo<sup>88</sup>. Se trata de partición o división de mutuo acuerdo entre comuneros. No así para la división judicial. En cuanto a la practicada por árbitros coincide con GUILARTE MARTÍN-CALERO que su ubicación correcta sería el artículo 287.4<sup>89</sup>. Por otra parte, la designación testamentaria de un contador partidor no excluye la aprobación judicial preceptiva<sup>90</sup>.

2. Si se hubiese nombrado para la partición un defensor judicial deberá obtener también la aprobación judicial, salvo que se hubiera dispuesto otra cosa al hacer el nombramiento (artículo 289 del Código Civil)<sup>91</sup>.

De todas formas, antes de autorizar o aprobar cualquiera de los actos que, o bien necesitan autorización judicial previa, o aprobación judicial posterior, la autoridad judicial oír al Ministerio Fiscal y a la persona con medidas de apoyo y recabará los informes que, le sean solicitados o estime pertinentes (artículo 290 del Código Civil). Asimismo, la autoridad judicial determinará los actos para los que la persona requiere asistencia del curador en el ejercicio de su capacidad jurídica atendiendo a sus particulares necesidades de apoyo y a los actos concretos en los que el curador habrá de asumir la representación de la persona con discapacidad; si bien, en este último caso, mediante resolución motivada —traje o trajes a medida— (artículo 269.2 y 3 del Código Civil). Puede ir desde actos cotidianos hasta actos de especial trascendencia personal y patrimonial —actos de administración y disposición—. Si bien, se procurará que, la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica participe en la toma de decisiones y, sea adecuadamente informada, ayudándola en la comprensión de los que representa la actuación concreta a realizar. Esto no impide que, en la labor asistencial del curador se pueda plantear un conflicto de intereses entre la actuación de éste y la voluntad de la persona con discapacidad por entender aquél que, proceder conforme a dicha voluntad, le puede resultar perjudicial al curatelado; por lo que, resultará procedente en este caso nombrar un defensor judicial (artículo 295.2 del Código Civil).

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

Por otra parte, de darse el caso que, la persona que desempeñe la curatela esté impedido de modo transitorio para actuar en un caso concreto, o cuando exista un conflicto de intereses ocasional entre él y la persona a quien preste apoyo, el Letrado de la Administración de Justicia nombrará un defensor judicial que lo sustituya<sup>92</sup>. Para este nombramiento se oír a la persona que precise el apoyo y se respetará su voluntad, deseos y preferencias. De ser varios los curadores con funciones homogéneas, estas serán asumidas por quien de entre ellos no esté afectado por el impedimento o el conflicto de intereses. Por tanto, no será necesaria el nombramiento de defensor judicial, cuando sean varios los nombrados para el

ámbito personal o para el ámbito patrimonial y puedan ejercer funciones personales en los ámbitos indicados.

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

Ahora bien, puede suceder que, el curador esté en desacuerdo con la decisión de la personas con discapacidad, aunque no se prevé en la norma que, hacer ante esta situación; de plantearse un conflicto de intereses, se nombrará un defensor judicial por imposibilidad transitoria para ejercer las funciones (artículo 283 del Código Civil); o bien se solicitará autorización judicial *ad hoc* para actuar en el marco de las salvaguardas que la autoridad judicial puede dictar a fin de asegurar que el ejercicio de las medidas de apoyo se ajuste a los criterios resultantes de este precepto y, en particular, atienda a la voluntad, deseos y preferencias de la persona que las requiera (artículo 249 *in fine* del Código Civil)<sup>93</sup>.

En fin, en el caso que no se solicite autorización judicial por el curador representativo para los actos enumerados en el citado artículo 287 del Código Civil, si, precisamente, se dota de carácter imperativo a dicha exigencia de autorización judicial se consideraría nulo el acto<sup>94</sup>. Ahora bien, atendiendo al contenido de la sentencia del Tribunal Supremo, del Pleno de la Sala de lo Civil, de 10 de enero de 2018 se podría optar por la anulabilidad<sup>95</sup>; o, en fin, no faltan resoluciones que se han inclinado por la vía del artículo 1259 del mencionado Código Civil que, permite al *dominus negotii* o dueño del negocio suplir la falta de autorización judicial con la ratificación del acto, si no hay conflicto de intereses.

Sobre tales bases y partiendo del hecho que, el legislador no se ha manifestado de forma expresa; quizá sería conveniente operar sobre la anulabilidad, si partimos de la naturaleza no imperativa del artículo 287 del Código Civil —máxime si en el apoderamiento preventivo se puede excluir por el poderdante la aplicación de las reglas de la curatela—; pues, de otra forma, se haría de mejor condición al apoderado que al curador en su actuación; e incluso, como hemos apuntado en líneas precedentes en la escritura de autocuratela-<sup>96</sup>.

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

Se dispone como legitimados para solicitar la anulación del contrato: la persona con discapacidad con el apoyo que precise. También podrán ser anulados por sus herederos durante el tiempo que faltara para completar el plazo, si la persona con discapacidad hubiere fallecido antes del transcurso del tiempo en que pudo ejercitar la acción. Y, en fin, por la persona a la que hubiera correspondido prestar el apoyo. Por tanto, para ejercitar dicha acción de anulación resulta necesario no sólo que se haya realizado el contrato sin las medidas de apoyo, sino que también

resultan necesarias para formar un consentimiento válido. De todas formas, como precisa TENA ARREGUI “se trata de conceder una legitimación especial derivada de la mala fe y del abuso, que es lo único que debería probar el titular de la medida de apoyo. Si prueba que el otro contratante ha actuado de mala fe, aprovechándose de la situación de discapacidad y ha obtenido por ello una ventaja injusta que rompe el principio de justicia conmutativa, se está probando simultáneamente un vicio del consentimiento cercano al dolo”<sup>97</sup>.

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

En este contexto, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 21 de marzo de 2023 ha declarado la nulidad de un contrato celebrado por la persona con discapacidad sin la asistencia del curador e, igualmente, ha determinado, al respecto, el alcance de la obligación de restitución. A tal fin, señala que la generalidad de la doctrina ha explicado que la finalidad del artículo 1303 del Código Civil es que no resulte ilusoria la protección que se quiere dispensar mediante la nulidad de los contratos celebrados por menores o por las personas con discapacidad psíquica o intelectual, cosa que sucedería si para conseguir la restitución de lo por ellos entregado, se vieran obligados a pagar con cargo a su patrimonio el equivalente de lo recibido. En el caso que se juzga la Audiencia declara que en atención al precio que recibió (un bar en funcionamiento) ha reducido su valor por el fracaso de su gestión, rechaza que se le deba restituir el precio que pagó porque no existe reciprocidad en la restitución y ello, porque el contratante con discapacidad “no puede reclamar las participaciones de un negocio que ya no existe....pero que tenía un valor apreciable cuando fue transmitido y por el que....pago 39.000 euros.

Asimismo, la Audiencia parte que el valor de la prestación recibida por la persona con discapacidad (las participaciones que permiten explotar el bar) ha desaparecido por su gestión del bar. Y esa es la razón por la que niega que deba restituirse el dinero que pagó. Este razonamiento es contrario al régimen expuesto de la restitución de los contratos anulados por razón de la discapacidad, que permite a la persona con discapacidad ejercer la acción de nulidad y obtener la restitución de lo que entregó aun cuando lo que recibió, se hubiera perdido, desaparecido o reducido su valor (salvo “dolo o culpa del reclamante después de haber adquirido la capacidad”, que ha quedado excluido en el caso).

De ahí que, la Sala estime el recurso de casación, asumiendo la instancia, y desestime el recurso de apelación interpuesto por los Sres. Justiniano, Eloísa y Leandro declarando que procede la condena a restituir al demandante la cantidad abonada por el contrato. Ahora bien, puesto que el recurrente no ha interpuesto recurso por infracción procesal para impugnar la valoración de la prueba realizada por la Audiencia por lo que se refiere a la cuantía entregada y ésta considera acreditada únicamente la suma de 39.000 euros, se debe estar en su condena a esa cantidad. Todo ello, señala el Alto Tribunal con independencia de que no haya sido objeto de este procedimiento y, por tanto, no exista un pronunciamiento sobre la subsistencia de los derechos de explotación del bar en atención al resultado mate-

rial perseguido por el contrato de llevar a cabo un traspaso que se dice no contaba con el consentimiento de la propiedad. De forma que, para el caso que el actor retenga la posesión del bar Madriz que se le entregó como materialización de la compraventa de las denominadas participaciones de la comunidad de bienes, se le condena, como hizo el juzgado, a su restitución.

En este contexto, hay actos que por su propia naturaleza o por disposición de ley no puede realizar el curador con facultades representativas, ni con autorización judicial. Se trata de los actos de carácter personalísimos, ya mencionados en líneas precedentes (entre otros, el ejercicio de la patria potestad, el cambio de nombre y apellidos y el cambio de sexo, el matrimonio, el testamento, la adopción, el ejercicio de los derechos de la personalidad, el derecho al sufragio, entre otros): los excluidos en la resolución judicial de provisión de apoyos; los excluidos por disposición legal y los excluidos por la propia persona con discapacidad<sup>98</sup>.

En fin, relacionado con el ámbito de actuación del curador y aplicable, en general, a quien desempeñe alguna medida de apoyo, están las *prohibiciones* contenidas en el artículo 251 del Código Civil.

En concreto, se prohíbe al curador: 1. Recibir liberalidades de la persona que precisa el apoyo o de sus causahabientes, mientras que no se haya aprobado definitivamente su gestión, salvo que se trate de regalos de costumbre o bienes de escaso valor. SERRANO CHAMORRO señala al respecto que recibir liberalidades “no debería ser un acto prohibido sin más, por lo que habría que distinguir de qué liberalidades estamos hablando y cuánto supone en el patrimonio del tutelado” y, añade que “no tiene dudas en permitir la donación remuneratoria, cuando se trate de gratitud por los cuidados físicos, atenciones, cariños, muestras de apoyo, auxilios recibidos”<sup>99</sup>. Por su parte, indica ÁLVAREZ LATA que, el término liberalidades hace referencia “a todos los actos *inter vivos* que tengan carácter lucrativo (y no sólo que sean actos gratuitos)”<sup>100</sup>; 2. Prestar medidas de apoyo cuando en el mismo acto intervenga en nombre propio o de un tercero y existiera conflicto de intereses. Se opera sobre una doble representación en nombre propio y en nombre de un tercero y además que hay un conflicto de intereses<sup>101</sup>; y, 3. Adquirir por título oneroso bienes de la persona que precisa el apoyo o transmitirle por su parte bienes por igual título<sup>102</sup>.

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

Por último, nos parece oportuno referirnos a las actuaciones del curador, trasladables al guardador de hecho con respecto a los datos personales del curatelado o guardado de hecho fallecido; y por otra a la revisión de las medidas de apoyo otorgadas conforme la anterior regulación.

Con respecto a la primera cuestión, aunque el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, General de Protección de Datos no ofrece una regulación sobre esta materia; no obstante, posibilita que, si sus normas deban ser especificadas, interpretadas o, excepcionalmente, restringidas por el Derecho de los Estados miembros, estos tengan la posibilidad de incorporar al derecho nacional previsiones contenidas específicamente en el Reglamento, en la medida en que sea necesario por razones de coherencia y com-

prensión. De ahí que, la adaptación al Reglamento haya supuesto la aprobación de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. En todo caso, estamos ante datos personales que el Reglamento los define en su artículo 4.1 como “toda información sobre una persona física identificada o identificable (“interesado”); se considera persona física identificable toda persona cuya identidad puede determinarse directa o indirectamente, en particular mediante un identificador como, por ejemplo, un nombre, un número de identificación de datos de localización, in identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona”.

De ahí que, con respecto al tratamiento de datos personales, el artículo 3.3 apartado 2 de la Ley Orgánica 3/2018 dispone que, en caso de fallecimiento de personas con discapacidad, las personas o instituciones a las que el fallecido hubiese designado expresamente para ello podrán solicitar, con arreglo a las instrucciones recibidas, el acceso a los datos personales de este y, en su caso su rectificación o supresión. Estas facultades también podrán ejercerse por quienes hubiesen sido designados para el ejercicio de funciones de apoyo, si tales facultades se entendieran comprendidas en las medidas de apoyo prestadas por el designado. De nuevo, aunque se trata de datos personales, se posibilita el acceso a los mismos a las personas indicadas en el citado artículo 3 de la Ley.

En cuanto al derecho la testamento digital, el artículo 96.1 letra d) de la citada Ley Orgánica dispone que, en caso de fallecimiento de personas con discapacidad, el acceso a contenidos gestionados por prestadores de servicios de la sociedad de la información podrán ejercerse además de las personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho, así como sus herederos, por quienes hubiesen sido designados para el ejercicio de funciones de apoyo si tales facultades se entendieran comprendidas en las medidas de apoyo prestadas por el designado. Las personas legitimadas podrán decidir, asimismo, acerca del mantenimiento o eliminación de los perfiles personales de personas fallecidas en redes sociales o servicios equivalentes, a menos que el fallecido hubiera decidido acerca de esta circunstancia, en cuyo caso se estará a sus instrucciones.

El responsable del servicio al que se le comunique la solicitud de eliminación del perfil, deberá proceder sin dilación a la misma.

Ahora bien, lo establecido en este artículo en relación con las personas fallecidas en las comunidades autónomas con derecho civil, foral o especial, propio se regirá por lo establecido por estas dentro de su ámbito de aplicación. El artículo 222-36.3 del Código Civil catalán señala que, el asistente puede promover las medidas adecuadas y oportunas ante los prestadores de servicios digitales y, entre otras, instarlos a suspender provisionalmente el acceso de los tutelados a sus cuentas activas, siempre y cuando exista un riesgo claro, inmediato y grave para su salud física o mental, habiéndolos escuchado previamente.

### 3. REVISIÓN DE LAS MEDIDAS Y PUBLICIDAD DE LA CURATELA.

La Disposición Transitoria quinta de la Ley 8/2021 se refiere a la *revisión de las medidas ya adoptadas* que se hubieran establecido con anterioridad a la entra-

da en vigor de la citada Ley. Así: 1. Están legitimadas para solicitar la revisión de las medidas: las personas con capacidad modificada judicialmente, los declarados pródigos, los progenitores que ostenten la patria potestad prorrogada o rehabilitada, los tutores, los curadores, los defensores judiciales y los apoderados preventivos; revisión que, habrá de tener lugar en el plazo máximo de un año desde la solicitud; y, 2. Si las personas mencionadas no hubieran solicitado la revisión ésta se llevará a cabo por parte de la autoridad judicial, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, en un plazo máximo de tres años. En todo caso, la revisión de las medidas es judicial<sup>103</sup>.

Pues bien, en la práctica ante el cúmulo de medidas que han de ser objeto de revisión, se ha constatado que, el plazo de tres años fijado para la misma resulta insuficiente y no se va a poder cumplir al decaer en breve. De ahí que, mediante Acuerdo de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial de 24 de abril de 2024 se insta al Gobierno, por conducto del Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes, para que se impulse la modificación legislativa pertinente a los efectos de ampliación por un periodo de cinco años adicionales, esto es, hasta el 3 de diciembre de 2029, el plazo de tres años establecido en la mencionada Disposición Transitoria quinta de la Ley 8/2021.

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

Por su parte, el artículo 4 ordinal 11 de la LRC señala, al respecto, que, serán inscribibles en el Registro Civil: *“las resoluciones judiciales dictadas en procedimiento de provisión de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad”*. La resolución judicial dictada en un proceso de provisión de apoyos, así como la que la deje sin efecto o la modifique, señala el artículo 72 apartado 1 de la LRC *“se inscribirá en el registro individual de la persona con discapacidad. La inscripción expresará la extensión y los límites de las medidas judiciales de apoyo. Asimismo, se inscribirá cualquier otra resolución judicial sobre medidas de apoyo a personas con discapacidad (modificación de las medidas de apoyo). Estas resoluciones solo serán oponibles frente a terceros cuando se hayan practicado las oportunas inscripciones”* (artículo 73 de la LRC). De todas formas, por tratarse de datos de publicidad restringida, el artículo 84 del primer párrafo de la LRC que, solo podrán acceder a autorizar a terceras personas la publicidad de los asientos que contengan datos especialmente protegidos, el inscrito o el curador en caso de persona con discapacidad (artículo 84 primer párrafo de la LRC). Y, el apartado 2 del artículo 19 de la mencionada LRC establece que: *“En los casos legalmente previstos, los hechos y actos inscribibles conforme a las prescripciones de esta Ley serán oponibles a terceros desde que accedan al Registro Civil”* (vid., asimismo, artículos 72 y 73 de esta misma ley).

Según la referida doctrina de este Centro Directivo (vid., por todas, las Resoluciones de 18 de octubre de 2006, 28 de octubre de 2014, 26 de octubre de 2021 y 3 de enero y 5 de septiembre de 2023), en tales casos no se trata sólo de probar las resoluciones judiciales sobre los cargos tutelares y medidas de apoyo a la persona con discapacidad, sino que, en tanto no tenga lugar su inscripción en el Registro Civil, no son oponibles frente a terceros, por lo que no deberá accederse a la inscripción en el Registro de la Propiedad de actos o contratos otorgados en nombre de la persona con discapacidad por el representante —o por el afectado por discapacidad con asistencia del curador— sin aquella previa inscripción en el Registro Civil, ya que en caso contrario existe el riesgo de que se produzca una colisión entre la inoponibilidad de la medida de apoyo derivada de su falta de inscripción en el Registro Civil y la oponibilidad del Registro de la Propiedad en caso de que se inscriba la venta otorgada por el representante legal de la persona con discapacidad (o por ésta con capacidad complementada por aquél) si el nombramiento del representante o del curador asistencial —por el motivo que sea— no llegara a inscribirse en el Registro Civil.

No obstante, esta Dirección General recientemente (en Resolución de 31 de octubre de 2023) ha estimado necesario superar este último criterio y volver al inicialmente sostenido en resoluciones como las de 14 de mayo de 1984 y 6 de noviembre de 2002, antes citadas, de modo que, para la práctica de la inscripción en el Registro de la Propiedad de escrituras otorgadas por el representante de la persona afectada por discapacidad —o por éste con asistencia del curador—, será suficiente la diligencia por la que se ordena remitir exhorto al Registro Civil para la inscripción del auto sobre la medida de apoyo adoptada<sup>104</sup>.

Ahora bien, el artículo 2.4 de la LH señala que en los registros expresados en el artículo 1 se inscribirán: “4. Las resoluciones judiciales que establezcan medias de apoyo a las personas con discapacidad, las resoluciones dictada en los expedientes de declaración de ausencia y fallecimiento, las resoluciones judiciales de prodigalidad y de concurso establecidas en la legislación concursal, así como las demás resoluciones y medidas previstas en las leyes que afectan a la libre administración y disposición de los bienes de una persona. Las inscripciones se practicarán a nombre de la persona con discapacidad que recibe medidas de apoyo y en el libro único informatizado de situaciones de la persona a que se refiere el último inciso del apartado 5 del artículo 222 bis”.

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

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



## NOTAS

<sup>1</sup> Según el Informe del Centro de Información Estadístico del Notariado (CIEN) de 27 de septiembre de 2023 en el primer semestre los notarios autorizados 9.256 documentos de voluntades anticipadas que suponen un 51% más que en el mismo período del año anterior. Asimismo, desde enero de 2017 hasta junio de 2023 los notarios han autorizado 5.543.340 testamentos, poderes generales y preventivos, voluntades anticipadas, cesión de bienes a cambio de alimentos y/o renta; e hipotecas inversas (se ha registrado una subida del 34% en 2022).

<sup>2</sup> En este sentido, GARCIA RUBIO, M<sup>a</sup>. P. (2018). “La necesaria y urgente adaptación del Código Civil español al artículo 12 de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, vol. 58, p. 153.

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

<sup>3</sup> Roj. STS 3276/2021; ECLI:ES:TS:2021:3276. Por su parte, en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 21 de diciembre de 2022 (Roj. STS 4791/2022; ECLI:ES:TS:2022:4791) la propia persona con discapacidad D<sup>a</sup> Sacramento niega las dificultades a las que se enfrenta para la satisfacción por sí misma de sus necesidades básicas y es consciente que necesita ayuda. De hecho, fue iniciativa suya solicitar de los servicios sociales ayuda de comida, que no se le llegó a prestar por superar la unidad familiar los mínimos económicos exigidos. Fue esa solicitud suya la que dio lugar a la visita de los servicios sociales, que parecieron falta de orden y limpieza en la vivienda que comparte con su pareja Sr. Everardo, con quien convive desde los 21 años. Los informes elaborados por la asistente social y dirigido a la Fiscalía se refieren a la familia y comprende a los miembros de la pareja, la Sra. Sacramento y el Sr. Everardo.

Ahora bien, han quedado evidenciados los problemas de salud y los problemas sociales de la Sra. Sacramento, la compleja patología psíquica y física que padece, pero no que se trate de una discapacidad que afecte a la toma de decisiones con efectos jurídicos en sus asuntos personales y patrimoniales, que es la que justifica una medida judicial de apoyo, por lo que no precisa de curatela.

<sup>4</sup> En la línea favorable a la sentencia, ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S. (2022). “Protección o derecho a equivocarse en la Ley 8/2021 (más sobre la STS de 8 de septiembre de 2021)”, *El Notario del Siglo XXI*, marzo-abril, núm. 102, pp. 28-29. Igualmente, CORRIPIO GIL-DELGADO, M<sup>a</sup>. R. (2022). “El nuevo marco civil de apoyos a la discapacidad en el ejercicio de la capacidad jurídica”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, marzo-abril, núm. 790, p. 673 se muestra partidaria que “el nuevo sistema admite que, se pueda imponer a la persona, aun en contra de su voluntad, apoyos necesarios para el ejercicio de la capacidad jurídica, siempre que existan déficits naturales que le impidan la conformación válida de su voluntad”. Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense, secc. 1<sup>a</sup>, de 22 de noviembre de 2021 (Roj. SAP OU 777/2021; ECLI:ES:APOU:2021:777) En contra de los postulados de la sentencia, se manifiesta DE AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, C. (2021). “Sentencia del Pleno de 8 de septiembre de 2021, sobre adopción de medidas de apoyo en aplicación de la Ley 8/2021. ¿Van a cambiar muchas las cosas?”, *Blog Hay Derecho*, 27 de septiembre, p. 4, pues, a su entender “claramente se abandonan los principios rectores de la reforma para ser sustituidos por los de protección mediante sustitución en la toma de decisiones”. Y se plantea un gran interrogante “¿Habría sido posible adoptar alguna otra medida de las que brinda la norma, sin tener que llegar a la adopción de una curatela representativa?. A ello responde que cree que sí, precisamente, acudiendo a la figura del defensor judicial prevista por el nuevo artículo 295.5”.

<sup>5</sup> En esta línea, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 21 de diciembre de 2022 (RJ 2023,356) destaca que de los hechos acreditados en la sentencia recurrida no resulta que la negativa expresada por Sra. Sacramento a que se constituyen apoyos judi-

ciales sea expresión de la voluntad patológica secundaria a la depresión o al trastorno de personalidad que padece; sino que pese a la compleja patología física o psíquica que padece, no representa una discapacidad que afecte a la toma de decisiones con efectos jurídicos en sus asuntos personales y patrimoniales que justifiquen un medida de apoyo judicial como la curatela. Y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5ª, de 27 de octubre de 2021 (JUR 2022,40753); y, de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 6ª, de 21 de febrero de 2022 (JUR 2022,143504).

<sup>6</sup> MARÍN VELARDE, A. (2020). “La discapacidad: su delimitación jurídica”. En: E. Muñiz Espada (dir.), *Contribuciones para una reforma de la discapacidad*, Madrid: La Ley, p. 64.

<sup>7</sup> El artículo 2.2 de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria con esta finalidad a los efectos de esta Ley únicamente tendrán la consideración de personas con discapacidad: a) Las que presenten una discapacidad psíquica igual o superior al 33 por ciento; b) Las que presenten una discapacidad física o sensorial igual o superior al 65 por ciento. 3. El grado de discapacidad se acreditará mediante certificado expedido conforme a lo establecido reglamentariamente o por resolución judicial firme.

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

<sup>8</sup> En esta línea, vid., entre otros RIBOT IGUALADA, J. (2019). “La nueva curatela: diferencia con el sistema anterior y perspectivas de funcionamiento”. En: S. de Salas Murillo y Mª. V. Mayor del Hoyo (dirs.), *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de las Naciones Unidas en materia de discapacidad*, Valencia: tirant lo blanch, pp. 228-229; ALVENTOSA DEL RÍO, J. (2022). *La curatela tras la Ley 8/2021*, Valencia: tirant lo blanch, pp. 117-118; CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, S. (2022). “La curatela: ¿una nueva institución?”. En: M. Pereña Vicente y Mª del M Heras Hernández (dirs.) y M. Núñez Núñez (coord.), *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021*, de 2 de junio, Valencia: tirant lo blanch, p. 224.

En contra, GARCÍA RUBIO, Mª.P. (2020). “Notas sobre el propósito y significado del anteproyecto de ley por el que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con incapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”. En: Mª. Del C. Gete-Alonso Calera (coord.), *Jornadas sobre el nuevo modelo de discapacidad*, Madrid: Marcial Pons, pp. 50-51 para quien la noción de discapacidad barca cualquier tipo de discapacidad.

<sup>9</sup> Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, secc. 4ª, de 17 de enero de 2022 (Roj SAP IB 8/2022; ECLI:ES:APIB:2022:8) aunque es una persona de edad avanzada y con una situación de salud precaria, con serias limitaciones por sus dificultades de movilidad y por la hipoacusia que padece. Ahora bien, ella es conocedora de su situación y se encuentra capacitada para solicitar las ayudas que precisa que en la actualidad recibe para el desarrollo de su vida ordinaria, encontrándose en la actualidad correctamente atendida; y, de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 6ª, 25 de octubre de 2022 (Roj. SAP A 2911/2022; ECLI:ES:APA:2022:2911).

<sup>10</sup> Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de A Coruña, secc. 3ª, de 9 de diciembre de 2022 (Roj. SAP C 2732/2022); y, de la Audiencia Provincial de A Coruña, secc. 4ª, de 22 de febrero de 2023 (JUR 2023,2283285). Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de

Santander, secc. 2ª, de 12 de julio de 2022 (Roj. SAP S 963/2022; ECLI:ES:APS:2022:963) se indica que se ha constatado ante el Tribunal mediante prueba practicada que D. Evelio cuenta en su vivir diario con apoyos suficientes que hacen innecesarias las medidas de apoyo de carácter judicial que se solicitan. Tal apoyo viene constituido esencialmente por la presencia de su pareja sentimental la Sra. Carla con quien convive desde hace 21 años y que manifiesta o sólo D. Evelio que es suficiente y capaz para atender por sí solo sus necesidades, tanto de la vida ordinaria como de la económica, sino que ella y los abogados del demandado suplen cualquier deficiencia que pudiera presentarse.

<sup>11</sup> Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18ª, de 6 de julio de 2022 (JUR 2022,283145).

<sup>12</sup> En esta línea, DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2019). “El protagonismo de la persona con discapacidad en el diseño y gestión del sistema de apoyo”. En: por S. De Salas Murillo y Mª. V. Mayor Del Hoyo (dirs.), *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*, Valencia, tirant lo blanch, p. 131.

<sup>13</sup> En este sentido, RIBOT IGUALADA, J. (2019). “La nueva curatela: diferencias con el sistema anterior y perspectivas de funcionamiento”, op. cit., p. 222.

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

<sup>14</sup> En esta línea, MUNAR BERNAT, P.A. (2022). “Comentario al artículo 269 del Código Civil”. En: Mª.P. García Rubio y Mª. J. Moro Almaraz (dirs.), I. Varela Castro (coord.), *Comentario al articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters, p. 347; VIVÁS TESÓN, I. (2021). “Curatela y asistencia”. En: P. M. A. Munar Bernat (dir.), *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad*. El Derecho en el umbral de la política, Madrid: Marcial Pons, p. 286; LASARTE ÁLVAREZ, C. (2021), *Principios de Derecho Civil*, T. I Parte General y Derecho de la Persona, vigésimosexta edición, revisada y actualizada con la colaboración de F. Yáñez Vivero, A. Donado Vara y Fco. J. Jiménez Muñoz, Madrid: Marcial Pons, pp. 218-219 precisa que “la curatela aparece configurada en el nuevo sistema no sólo como medida subsidiaria respecto a cualquier medida adoptada por la persona, sino como medida supletoria cuando no exista ninguna otra medida de apoyo suficiente, es decir, es la última medida (entre las judiciales) a la que puede acudirse”.

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

<sup>15</sup> Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc.18ª, de 17 de noviembre de 2021 (Roj. SAP B 13710/2021; ECLI:ES:APB:2021:13710); de la misma Audiencia y sección, de 16 de febrero de 2022 (JUR 2022,141285); de la Audiencia Provincial de Tarragona, secc. 1ª, de 2 de marzo de 2022 (Roj. SAP T 371/2022) la exploración ha puesto de manifiesto que sus habilidades están limitadas al auto cuidado (higiene personal, vestirse, comer, desplazarse) e incluso en estos actos precisa de la ayuda materna; por consiguiente, coincidimos con la sentencia en que precisa de asistencia representativa para los aspectos económicos, jurídicos, administrativos, los relacionados con la salud, contractuales y médicas, y asimismo, con que la persona idónea para la asistencia es su señora madre; y, de la Audiencia Provincial de Girona, secc. 1ª, de 14 de marzo de 2022 (Roj. SAP GI 323/2022) partiendo que los principios que rige la nueva regulación es que la persona siga teniendo su capacidad jurídica, pero, dado que, puede ejercerla incorrectamente, se precisa de ayuda de un tercero para que sus decisiones no le sean perjudiciales. Se procede al nombramiento de asistencia con función asistencia, ya que las facultades de representación solo se adoptarán de forma excepcional, no apreciándose que ante la situación psíquica de Dª Virginia

deba ser representada por el asistente en todos los actos relacionados con su patrimonio, sino que simplemente será necesaria su ayuda o asistencia en dichos actos, lo mismo que respecto a su ámbito personal; de la misma Audiencia y sección, de 14 de marzo de 2022 (Roj. SAP GI 576/2022; ECLI:ES:APGI:2022:576) teniendo en cuenta el diagnóstico y el actual estado de salud de D<sup>a</sup> Francisca, así como que, debido a su patología que padece, ha precisado ser internada en el hospital de Santa Catalina en varias ocasiones, parece adecuado atribuir al apelante la condición de asistente representativo en el ámbito económico y asistente con funciones asistenciales en los restantes ámbitos de la vida de D<sup>a</sup> Francisca. Así el asistente tendrá las siguientes facultades representativas: 1. Apoyo y supervisión para conocer y apoyar a D<sup>a</sup> Francisca en el ámbito de la salud, superando en la interlocución con los profesionales sanitarios la normativa de protección de datos, así como en materia de información y documentación clínica, salvo cuando conste expresamente la oposición de la asistida. Podrá en este ámbito realizar gestiones como pedir visita, informarse del resultado de las pruebas, gestionar la medicación o prestar consentimiento por sustitución; 2. Facultades representativas en la gestión de asuntos de la esfera económica y patrimonial, de administración ordinaria y extraordinaria de sus bienes, derechos y obligaciones, en especial, en relación con entidades bancarias o financieras, registros, notarías, compañías aseguradoras, etc.; y, 3. Facultades de apoyo y supervisión de D<sup>a</sup> Francisca en el tipo de trámites administrativos y judiciales; de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18<sup>a</sup>, de 29 de junio de 2022 (Roj. SAP B 6644/2022; ECLI:ES:APB:2022:6644) deberá garantizarse el seguimiento médico y el cumplimiento del tratamiento prescrito por los médicos; y, de la misma Audiencia Provincial y sección, de 20 de julio de 2022 (JUR 2022,311409) designa asistente para el acompañamiento en el otorgamiento de poderes, para el seguimiento de la salud y el control farmacológico, y en su caso, en lo económico, jurídico y administrativo para cuestiones complejas; de 11 de enero de 2023 (Roj. SAP B 79/2023; ECLI:APB:2023:79); de 2 de febrero de 2023 (Roj SAP B 1642/2023; ECLI:ES:APB:2023:1642); de 23 de marzo de 2023 (Roj. SAP B 3489/2023; ECLI:ES:APB:2023:3489); de 16 de noviembre de 2023 (Roj. SAP B 12582/2023; ECLI:ES:APB:2023:12582); y, de 28 de noviembre de 2023 (Roj SAP B 12780/2023; ECLI:ES:APB:2023:12780)

<sup>16</sup> Vid., un estudio completo de la materia SOLÉ RESINA, J. (2024). “La asistencia: la medida formal de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica del Derecho catalán (1)”, *Actualidad Civil*, número 4, abril 2024, pp. 1-13.

<sup>17</sup> En algunos preceptos objeto de reforma (artículos 1387, 1393, 1700.5 y, 1903 del Código Civil) se emplea el término representación plena; que recuerda a la función del tutor en la tutela de personas mayores de edad cuando la modificación de la capacidad de obrar era total. No entiende bien porque el legislador en los citados preceptos ha utilizado tal concepto.

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

Para RIBOT IGUALADA, J. (2019): “La nueva curatela: diferencias”, *op. cit.*, p. 227 entiendo que “la referencia a la representación plena parece una puerta trasera desde lo que sería posible recuperar, si conviene una eficacia equivalente a la actual tutela, sobre todo para actuales las situaciones de incapacitación “total” pero no necesariamente sólo para estos casos”.

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

<sup>18</sup> RIBOT IGUALADA, J. (2019): “La nueva curatela: diferencias”, *op. cit.*, p. 230 para dar lugar al nombramiento de un curador basta “con una necesidad de apoyo continuado de cualquier género o intensidad que, no permita limitar la provisión de apoyos a un acto o tipo de actos que se prevea ocasional”.

Por su parte, SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, á. (2022). “Aspectos generales de la reforma del Código Civil relativa a las personas con discapacidad intelectual en el ejercicio de su capacidad jurídica”, *Revista Boliviana de Derecho*, enero, núm. 33, p. 22 manifiesta al respecto que “en casos extremos y severos de discapacidad intelectual de una persona, situaciones donde el apoyo no puede darse de otro modo y solo ante situaciones de imposibilidad de este, pueda concretarse en la representación en la toma de decisiones”.

<sup>19</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2014). El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica: reflexiones para una reforma legal, Navarra: Aranzadi, pp. 75-76; ALVENTOSA DEL RÍO, J. (2019). “Modificación judicial de la capacidad de obrar como sistema de protección de las personas vulnerables”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, febrero, núm. 10, pp. 236-237; LÓPEZ SAN LUIS, R. (2020). “El principio de respeto a la voluntad de la persona con discapacidad en la Convención de Nueva York (2006), y su reflejo en el Anteproyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad”, *Indret*, número 2, p. 119; SERRANO GARCÍA, I. (2020). “Proyectos de reforma del tratamiento jurídico de las personas con discapacidad”. En: E. Muñiz Espada (dir.), *Contribuciones para una reforma de la discapacidad*, Madrid: La Ley, p.75; ROGEL VIDE, C. (2021). ¿Capacidad de los discapaces? Notas en torno al Proyecto de Ley 121/27”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 1, pp. 14-15 indica al respecto que, “la supresión de la categoría jurídica de la capacidad de obrar supone poner patas arriba la esencia misma de los conceptos esenciales del derecho”.

<sup>20</sup> Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de A Coruña, secc. 4ª, de 8 de octubre de 2021 (Roj. SAP C 2310/2021; ECLI:ES:APC:2021:2310) manifiesta al efecto que, aunque Dª Cecilia está capacitada para tomar sus propias decisiones de medidas de apoyo, a salvo la ayuda que viene impuesta por su edad y sus limitaciones de movilidad, al haber sido diagnosticada de parkinson. En la situación actual, está en disposición de tomar sus decisiones por sí sola y no están de momento justificadas razones que sustenten la provisión judicial de apoyos para que Dª Cecilia pueda, en igualdad de condiciones, ejercitar sus derechos y tomar sus decisiones; de la Audiencia Provincial de Tarragona, secc. 1ª, de 17 de noviembre de 2021 (Roj. SAP T 1818/2021; ECLI:ES:APT:2021:1818); y, de la Audiencia Provincial de A Coruña, secc. 3ª, de 18 de noviembre de 2021 (Roj. SAP C 2608/2021; ECLI:ES:APC:2021:2608). Asimismo, vid., la sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción, Massamagrell, secc. 4ª, de 16 de noviembre de 2021 (Roj. SJPII 922/2021; ECLI:ES:JPII:2021:922).

<sup>21</sup> En el Preámbulo de la Ley 8/2021 se especifica que, el menor con discapacidad, cuando llegue a la mayoría de edad, se le prestarán los apoyos que, necesite, al igual que, a cualquier adulto. Y habrá que añadir, ante el hecho claro que persista esa necesidad de asistencia o, en su caso, representación, cuando el hijo/a alcancen su mayoría de edad. Los progenitores en lugar de prorrogar su patria potestad, serán nombrados curadores o guardadores de hecho según la situación personal y patrimonial de sus hijos.

<sup>22</sup> Si bien, como puntualiza SANTOS UBANEJA, F. (2021). *Sistema de apoyo jurídico a las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021*, de 2 de junio, Madrid: Cuniep, p. 250 esta desjudicialización no significa desautorización y es importante entender esto bien pues, “se propone “la razonable desjudicialización” porque en la actualidad la intervención judicial es excesiva, está sobredimensionada sin justificación en perjuicio del colectivo de las personas con discapacidad, sus familiares y allegados”. Por tanto, “el sistema judicial deberá actuar cuando sea necesario y en la medida que sea necesario. Fuera de esto lo normal, lo cotidiano es que se acuda al Juzgado cuando se haya producido una situación que lo justifique”.

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

<sup>24</sup> En relación con el ejercicio de autonomía financiera y la accesibilidad universal, vid., por un lado, La Ley 4/2022, de 25 de febrero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad, incluye por primera vez en una normativa estatal de defensa de las personas consumidoras, la figura de la persona consumidora vulnerable (reformando el artículo 3 del TRLGDCU); y, por otro, el Real Decreto 193/2023, de 21 de marzo, por el que se regulan las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación de las

personas con discapacidad para el acceso y utilización de los bienes y servicios a disposición del público en cuyo artículo 1 fija como objeto del citado Real Decreto-Ley “regular las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad para el acceso y utilización de los bienes y servicios a disposición del público y establecer una serie de medidas de acción positiva y otros apoyos complementarios orientados a compensar las desventajas de partida que experimentan de forma generalizada las personas con discapacidad”. A los efectos de este Real Decreto se entiende por personas con discapacidad: “aquellas comprendidas en los artículos 4.1 y 4.1 del Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y su inclusión social aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2023, de 29 de noviembre” (artículo 2 a)).

<sup>25</sup> ALVENTOSA DEL RÍO, J. (2022). La curatela tras la Ley 8/2021, op. cit., p. 145.

<sup>26</sup> Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18ª, de 6 de julio de 2022 (JUR 2022,283145).

<sup>27</sup> ALVENTOSA DEL RÍO, J. (2022). La curatela tras la Ley 8/2021, op. cit., p. 148.

<sup>28</sup> En contra, TORAL LARA, E. (2022). “Las medidas de apoyo voluntarias en el nuevo sistema de provisión de apoyos del Código Civil”. En: E. Llamas Pombo; N. Martínez Rodríguez y E. Toral Lara (dirs.), *El nuevo derecho de las discapacidades. De la incapacitación al nuevo reconocimiento*, Madrid: La Ley, p. 96 quien permite a los menores la constitución de curatela o poderes preventivos.

<sup>29</sup> Vid., la Resolución de la DGFPJSJ de 4 de noviembre de 2022 (RJ 2023,5380) respecto a una escritura de aceptación y partición de herencia: el notario autorizante de la escritura de aceptación y partición de herencia ha reseñado el documento auténtico del que nacen las facultades representativas: el título de representación es una escritura de poder preventivo autorizada por él mismo y se especifican los datos de dicha escritura de apoderamiento. Debe tenerse en cuenta que para acreditar que se ha producido la situación de necesidad de apoyo se estará a las previsiones del poderdante. En los supuestos en que no exista resolución judicial que declare la situación de discapacidad y, sin embargo, el poder preventivo deba ser aplicado, el notario debe indagar en cada caso concreto la especial situación en que se encuentre la persona afectada de una eventual discapacidad: al añadir el notario que junto con la copia autorizada de la escritura de poder se le exhibe un “certificado médico” sobre el poderdante, sin reseñar fecha, autor ni objeto y al haberse incorporado a la escritura un documento administrativo titulado “calificación de minusvalía”, faltan en la escritura calificada la claridad y previsión exigibles para que no haya lugar a duda sobre el hecho que el notario ha ejercido el control que la ley le encomienda y, para que la registradora pueda apreciar que el título autorizante contiene los elementos que permiten corroborar que el notario ha ejercido dicho control.

<sup>30</sup> ALVENTOSA DEL RÍO, J. (2022). La curatela tras la Ley 8/2021, op. cit., pp. 155-156; RIBOT IGUALADA, J. (2021). “Comentarios a los artículos 257 a 262 del Código Civil”. En: C. Guilarte Martín Calero (dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021 por el que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, vol. III, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, p. 633; TORAL LARA, E. (2022). “Las medidas de apoyo voluntarias en el nuevo sistema de provisión de apoyos del Código Civil”, op. cit., p. 105.

<sup>31</sup> Vid, la Resolución de la DGSJFP de 4 de noviembre de 2022 (BOE, núm. 289, 22 de diciembre de 2022, pp. 165429 a 165439).

<sup>32</sup> ESCARTÍN IPIÉNS J.A. “La autotutela en el Anteproyecto de Ley sobre modificación del Código Civil y otras leyes complementarias en materia de discapacidad”, *Revista de Derecho Civil*, vol. V, número 3, julio-septiembre 2018, p. 87.

<sup>33</sup> Roj. STS 4003/2021; ECLI:ES:TS:2021:4003. Vid., también la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 19 de octubre de 2021 (RJ 2021,4847) nombramiento de curador a tres de sus seis hijos, expresando, asimismo, su deseo que no se nombrase a ninguno de los otros tres hijos ni a institución pública o privada; y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 5ª, de 19 de mayo de 2023 (JUR 2023,386267).



<sup>34</sup> Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, número 734, de 2 de noviembre de 2021 (Roj. STS 4003/2021; ECLI:ES:TS:2021:4003) habla de tales características que delimitan la autocuratela, tal y como es concebida por la ley y son las siguientes: 1. Nos hallamos ante un negocio jurídico de familia, de carácter unilateral, pues proviene de la voluntad del otorgante, sin necesidad de concordarla con la propia persona designada, al tiempo de su otorgamiento; 2. Es personalísimo, pues pertenece exclusivamente a la esfera dispositiva de la persona interesada que la ejerce, en tanto en cuanto le compete la designación de la persona que, en virtud de su disponibilidad, solicitud, empatía, cercanía y afecto, considera más idónea para prestarle los apoyos precisos para el ejercicio de su capacidad jurídica en condiciones de igualdad; en definitiva, para acompañarla, asistirle, o incluso, excepcionalmente representarla con la confianza que ejercerá dicho cargo con respecto a su voluntad, deseos, preferencias, creencias, valores y trayectoria vital (artículos 249 y 250 del CC). Sin perjuicio, claro está, de la facultad de designar a una persona jurídica pública o privada que desempeñe tales funciones. La Ley prevé la posibilidad que se delegue al cónyuge o a otra persona, la elección entre las llamadas en escritura pública a ejercer el cargo. No, por lo tanto, la designación del curador, sino la elección entre los escogidos por la persona interesada (artículo 274 del CC); 3. Es un negocio jurídico inter vivos, en tanto en cuanto desencadena sus efectos en vida de la persona con discapacidad, al ser concebida precisamente para el apoyo, acompañamiento amistoso, ayuda técnica, ruptura de barreras, consejo e incluso ejercitar excepcionalmente funciones representativas, cuando sea menester; 4. Es solemne, puesto que su validez precisa que la voluntad se manifieste en escritura pública notarial, como las medidas voluntarias de apoyo (artículo 271 del CC); 5. Vincula al juez al proceder al nombramiento del curador, sin perjuicio que pueda prescindir de dicha designación mediante resolución motivada, por razones graves, desconocidas al tiempo del otorgamiento o por alteración de las circunstancias tenidas en cuenta en el momento de la designación, en los términos del párrafo segundo del artículo 272 del CC; 6. Es revocable, puesto que entra en el marco de las facultades dispositivas del otorgante de dejar sin efecto una previa designación efectuada; 7. Es inscribible en el registro Civil; 8. Por último, las facultades de la persona interesada no solo se limitan a la designación de quien vaya a ejercer las funciones del curador, incluso sus sustitutos (artículo 273 del CC), sino también contempla la opción de establecer las disposiciones, que se consideren oportunas con respecto al funcionamiento y ejercicio del cargo (artículo 271.2 del CC)".

<sup>35</sup> Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 6 de mayo de 2021 (Roj. STS 1894/2021; ECLI:ES:TS:2021:1894).

<sup>36</sup> Vid., el artículo 222-7 del Código Civil catalán. Asimismo, el artículo 112 del Código Foral aragonés.

<sup>37</sup> Vid., por todos, HIJAS CID E., "Novedades en la regulación de la autocuratela", *Revista El Notario del Siglo XXI*, número 99, septiembre-octubre 2021, p. 29.

<sup>38</sup> Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 19 de octubre de 2021 (Roj. STS 3770/2021; ECLI:ES:TS:2021:3770)

<sup>39</sup> Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de junio de 2021 (Roj. STS 2675/2021; ECLI:ES:TS:2021:2675)

<sup>40</sup> El artículo 108 del Código Foral aragonés establece que "1. Conforme al principio *standum est chartae* cualquier persona mayor de edad y con capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitado judicialmente podrá, en escritura pública, designar a las personas que han de ejercer las funciones tutelares y sus sustitutos, excluir a determinadas personas o dispensar causas de inhabilidad, así como adoptar cualquier otra disposición relativa a su persona o bienes. Podrá también establecer órganos de fiscalización, así como designar a las personas que hayan de integrarlos sin perjuicio de la vigilancia y control del Juez y el Ministerio Fiscal".

<sup>41</sup> En esta línea, DE SALAS MURILLO S., "Comentarios a los artículos 271 a 274 del Código Civil. De la autocuratela", *Comentarios a la Ley 8/2021*, por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, dirigida por C. Guilarte Martín-Calero,



Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2021, p.716 si bien, matiza cuando se den los presupuestos del propio artículo 254 del Código Civil.

<sup>42</sup> FERNÁNDEZ-TRESGUERRES A., El ejercicio de la capacidad jurídica. Comentario de la Ley 8/2021, de 2 de junio, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2021, pp. 90-91.

<sup>43</sup> LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ I., Guía rápida sobre la Reforma civil y procesal para el apoyo a personas con discapacidad, Francis Lefebvre, Madrid 2021, p. 80 cree que no es posible otorgar una escritura de autocratela, cuando la curatela ya está constituida.

<sup>44</sup> A diferencia del antiguo artículo 269 del Código Civil no está el curador obligado a velar por el curatelado, procurar los alimentos o convivir con él o fijar el lugar de residencia.

<sup>45</sup> Vid., las Resoluciones de la DGSJYFP de 19 de julio de 2022 (RJ 2022,5189); y, de 7 de octubre de 2022 (BOE, núm. 261, 31 de octubre de 2022, pp. 148405 a 148409). Se indica en la primera que este precepto: “No se proscribe por tanto en la Ley la autocontratación, sino la mera existencia de conflicto de interés, aunque no haya autocontrato. Se producirá una situación de autocontrato en aquellos supuestos en los que una persona, con su sola voluntad, pueda vincular a dos o más patrimonios o centros de intereses diversos que se encuentran en una situación económica de confrontación o colisión; de tal manera que necesariamente el beneficio de uno se tenga que obtener a costa o en detrimento del otro. Pero en el caso concreto de este expediente la situación de autocontrato puede entenderse salvada por la intervención de otro apoderado mancomunado en la conformación de la voluntad de la sociedad vendedora y por la ratificación expresa por parte del Consejo de administración de la sociedad vendedora.

Por el contrario, lo que no salva es la apreciación de la existencia de conflicto de intereses, que es una situación subjetiva, que existe siempre que en una determinada situación una misma persona tenga posiciones jurídicas contrapuestas, de tal manera que el provecho de una necesariamente tenga que obtenerse en detrimento de la otra. Esto es lo que ocurre en el caso que nos ocupa, en el que una determinada persona —el curador— no sólo es apoderado mancomunado de la sociedad vendedora sino al mismo tiempo representante legal (curatela representativa) del comprador con discapacidad, de manera que económicamente lo que le favorece como vendedor (como es la fijación de un precio cuanto más alto mejor) le perjudica al comprador discapacitado por él representado. Debe destacarse que para salvar ese conflicto de interés ni siquiera existe justificación alguna de la conveniencia de la compra de las plazas de garaje por parte de la persona con discapacidad.

Necesariamente el beneficio como representante de la sociedad vendedora deriva del perjuicio o menoscabo de la posición del discapacitado, por la propia estructura del contrato, como ocurre en todos los contratos onerosos con obligaciones recíprocas o sinalagmáticas.

Y, respecto al conflicto de intereses: “Hay por tanto conflicto de interés en el curador, cuya voluntad como apoderado mancomunado de la sociedad vendedora es decisiva para la formalización del negocio jurídico que sin ella no se hubiera producido, y cuyo interés está —como representante de la sociedad vendedora— en contraposición a los del discapacitado comprador por él representado. Y el hecho de que el mismo tutor —ahora curador— forme parte del consejo de administración de la sociedad vendedora hace que la ratificación por el Consejo no salve la concurrencia de conflicto de intereses, sino que lo acentúe, a diferencia de lo dicho en materia de autocontratación.

Todo ello dentro de un contexto en el que claramente se prohíbe al curador, conforme al artículo 251.2.º prestar medidas de apoyo cuando en el mismo acto intervenga en nombre propio o de un tercero y existiera conflicto de intereses, precepto que debe interpretarse en favor de la protección de discapacitado, por lo que debe entenderse que su comparecencia personal en la escritura nada obvia la existencia de la autocontratación ni el conflicto de interés.

En fin, en cuanto la necesidad de autorización judicial debe revocarse la nota de calificación manifiesta este Centro Directivo que: “El registrador en su nota de calificación además de poner de manifiesto el conflicto de interés ya analizado, considera que la actuación del tutor —hoy sujeto a las normas de la curatela representativa—, “está necesitada de autorización

judicial, que sigue sin acreditarse”. Tal autorización judicial no es exigible, y en esto debe revocarse la calificación. Al tutor designado con anterioridad a la reforma se le aplican las normas de la curatela representativa (disposición transitoria segunda de la Ley 8/2021) y, por tanto, los casos en los que se ha de solicitar autorización judicial son los recogidos en el artículo 287, sin que ninguno de ellos requiera de autorización judicial para adquirir inmuebles; casos, aquellos, por lo demás, que son de interpretación restrictiva. Por ello, la necesidad de autorización que se expresa en la nota de calificación no puede basarse en este precepto legal.

Así el artículo 287.2.º del Código Civil establece que “el curador que ejerza funciones de representación de la persona que precisa el apoyo necesita autorización judicial para los actos que determine la resolución y, en todo caso, para los siguientes: (...) 2.º Enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, bienes o derechos de especial significado personal o familiar; bienes muebles de extraordinario valor, objetos preciosos y valores mobiliarios no cotizados en mercados oficiales de la persona con medidas de apoyo, dar inmuebles en arrendamiento por término inicial que exceda de seis años, o celebrar contratos o realizar actos que tengan carácter dispositivo y sean susceptibles de inscripción. Se exceptúa la venta del derecho de suscripción preferente de acciones. La enajenación de los bienes mencionados en este párrafo se realizará mediante venta directa salvo que el Tribunal considere que es necesaria la enajenación en subasta judicial para mejor y plena garantía de los derechos e intereses de su titular”. Entre estos actos dispositivos necesitados de autorización judicial no se encuentra la compra de inmuebles. También tiene razón el recurrente cuando indica que el artículo 275.3.2º del Código Civil, mencionado en la nota para justificar la necesidad de autorización judicial, no es aplicable al presente caso porque este precepto trata de prohibiciones para el nombramiento de curador. Para los casos en que exista conflicto de intereses entre la persona con discapacidad y la que haya de prestarle apoyo, el remedio legalmente prevenido no es la autorización judicial a que se refiere el registrador en su calificación sino el nombramiento de defensor judicial, con las consecuencias que se derivan de su régimen jurídico (cfr. artículos 295.2º y concordantes del Código Civil).

Por consiguiente, no se ajusta a Derecho la calificación en cuanto exige, “per se”, autorización judicial para realizar una compra de un inmueble como la formalizada”.

Esta Dirección General concluye que: “ha acordado estimar el recurso en cuanto a la necesidad de autorización judicial y confirmar la calificación impugnada en cuanto a la existencia de un conflicto de interés que exige la designación de un defensor judicial al discapaz”

<sup>46</sup> Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 8 de septiembre de 2021 (RAJ 2021/4002) además de respetar la máxima autonomía de la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica y debe atenderse en todo caso, a su voluntad, deseos y preferencias. Igualmente, en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 6 de mayo de 2021 (RJ 2021/2381) se hacía referencia a que uno de los principios que deriva de la Convención de Nueva York, en su interpretación jurisprudencial, era el de la consideración de los propios deseos y sentimientos de la persona con discapacidad.

<sup>47</sup> Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, secc. 4ª, de 8 de octubre de 2021 (LA LEY 244174/2021) pese a la edad y algunos rasgos de su personalidad, en la época actual Dª Cecilia no precisa que se adopten medidas de apoyo para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica —principio de necesidad—. Asimismo, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 3ª, de 13 de enero de 2022 (Roj. SAP PO 24/2022; ECLI:ES:A-PP0:2022:24) en el juicio notarial de capacidad se considera que la persona con discapacidad tiene capacidad jurídica para otorgar una donación.

<sup>48</sup> En esta línea, MAGARIÑOS BLANCO, V. (2018). “Comentarios al Anteproyecto de Ley para la reforma del Código Civil sobre Discapacidad”, Revista de Derecho Civil, julio-septiembre, vol. V, núm. 3 p. 200.

Para PÉREZ ÁLVAREZ, M. Á. (2021). “Las medidas de apoyo a las personas con discapacidad. La Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad”. En: C. Martínez de Aguirre Aldaz (coord.), Curso de Derecho Civil (IV) Derecho de Familia, 6ª ed., Madrid: Edisofer, pp. 438-439 la curatela “es una medida formal prevista para las personas con dis-

capacidad que precisen apoyo de modo continuado por la autoridad judicial en el preceptivo procedimiento de provisión de apoyos y con la extensión que fije la correspondiente resolución”.

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

<sup>49</sup> LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I. (2021). *Guía rápida sobre la Reforma civil y procesal para el apoyo a personas con discapacidad*, Madrid: Francis Lefebvre, p. 74.

<sup>50</sup> Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18ª, de 19 de febrero de 2021 (JUR 2021,83628) curatela asistencial en el ámbito de la salud, en la gestión de actividades instrumentales de la vida como organización de la vivienda y limpieza y en el ámbito económico en la gestión o administración y disposición de sus bienes, salvo para gestión de dinero de bolsillo manteniendo como institución tutela el nombramiento de una persona jurídica que ejercerá las funciones de curador; de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 3ª, de 21 de marzo de 2022 (Roj. SAP PO 469/2022) requerirá apoyo de curador no representativo en la gestión de su patrimonio, en todo cuanto exceda el dinero de bolsillo, a cuyo fin, este estará autorizado en las cuentas, para su conocimiento, lo que abarcará la gestión no comprendida en los gastos ordinarios, pudiendo recabar cuanta información bancaria considere oportuna, debiendo en caso de conflicto o disparidad de opiniones, acudir a la vía judicial, asía como en los casos previstos en el artículo 287 del CC; y, de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 24ª, de 28 de junio de 2022 (Roj. SAP M 11418/2022).

<sup>51</sup> Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 4ª, de 8 de octubre de 2021 (LA LEY 254333,2021); de la Audiencia Provincial de Pamplona, secc. 3ª, de 21 de octubre de 2021 (Roj. SAP NA 1753/2021; ECLI:ES:APNA:2021:1753); de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10ª, de 20 de octubre de 2021 (LA LEY 265322,2021); de la Audiencia Provincial de Zaragoza, secc. 2ª, de 15 de noviembre de 2021 (Roj. SAP Z2327/2021; ECLI:ES:APZ:2021:2327); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22ª, de 25 de octubre de 2021 (LA LEY 251571,2021); de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, secc. 1ª, de 22 de noviembre de 2021 (Roj. SAP CR 136/2021; ECLI:ES:APCR:2021:1326); de la Audiencia Provincial de Tarragona, secc. 1ª, de 25 de noviembre de 2021 (Roj. SAP T 1898/2021; ECLI:ES:APT:2021:1898); de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1ª, de 25 de noviembre de 2021 (Roj. SAP J 1538/2021; ECLI:ES:APJ:2021:1538); de la Audiencia Provincial de A Coruña, secc. 5ª, de 20 de diciembre de 2021 (Roj. SAP C 3029/2021; ECLI:ES:APC:2021:3029); de la Audiencia Provincial de Valladolid, secc. 1ª, de 23 de diciembre de 2021 (Roj. SAP VA 1928/2021; ECLI:ES:APVA:2021:1928); de la Audiencia Provincial de Toledo, secc. 2ª, de 14 de marzo de 2022 (JUR 2022,186486); de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 3ª, de 21 de marzo de 2022 (Roj. SAP PO 469/2022; ECLI:ES:APO:2022:469); de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 5ª, de 5 de abril de 2022 (Roj. SAP GR 845/2022); de la Audiencia Provincial de León, secc. 2ª, de 30 de junio de 2022 (JUR 2002,304708) curatela asistencial para supervisar la asistencia médica y el seguimiento de los tratamientos médicos que, especialmente en la salud mental le pudieran pautar al curatelado; de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22ª, de 24 de febrero de 2023 (Roj. SAP M 4227/20023); y, de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 7ª, de 7 de julio de 2023 (JUR 2023,354489) limitación de la medida de apoyo a la esfera personal. Así el curador designado actuará en la esfera persona atinente a la salud de la persona con discapacidad con relación al manejo de la medicación psicofarmacológica crónica que se le prescriba, consentimiento de los tratamientos médicos necesarios para su patología y también para la asistencia a las consultas programadas con su psiquiatra. Asimismo, vid., las sentencias del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción, número 2, de Tafalla, 16 junio 2021 (LA LEY 232952,2021); del Juzgado de Primera Instancia, número 9, de Castellón de la Plana, 23 septiembre 2021 (Roj. SJPI 1530/2021; ECLI:ES:JPI:2021:1530); del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción, número 4, de Toledo, 16 de noviembre 2021 (LA

LEY 290175,2021); del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción, número 3, de Durango, 25 noviembre 2021 (LA LEY 225488, 2021); y, del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción, número 2, de Orgaz, 27 de diciembre 2021 (LA LEY 304858,2021).

<sup>52</sup> Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10ª, de 16 de septiembre de 2021 (LA LEY 212410,2021); de la Audiencia Provincial de Cantabria, secc. 2ª, de 29 de octubre de 2021 (Roj. SAP S 1237/2021; ECLI:ES:APS:2021:1237); de la Audiencia Provincial de Elche, de 22 de noviembre de 2021 (Roj. SAP A 2610; ECLI:ES:APA:2021:2610); de la Audiencia Provincial de Ourense, secc. 1ª, de 22 de noviembre de 2021 (Roj. SAP OU 777/2021; ECLI:ES:APOU:2021:777); de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 5ª, de 1 de diciembre de 2021 (JUR 2022,60566) extensión a los actos patrimoniales de los ordinales 2 a 9 del artículo 287 del Código Civil y a la defensa de sus intereses como contratante en los juicios promovido frente a él por quienes accionan como sus acreedores; de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10ª, de 19 de enero de 2022 (Roj. SAP V 111/2022; ECLI:ES:APV:2022:111); de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6ª, de 28 de diciembre de 2022 (JUR 2023, 375091); de la Audiencia Provincial de A Coruña, secc. 5ª, de 12 de julio de 2023 (Roj. SAP C 1832/2023) curatela representativa en los siguientes ámbitos: para prestar consentimiento válido en contratos o negocios jurídicos que afecten a su persona o patrimonio y otorgar testamento; entablar acciones judiciales; administrar su patrimonio; realizar trámites administrativos; decidir su lugar de residencia; y prestar consentimiento válido informado para cualquier intervención o tratamiento médico o quirúrgico; y, de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22ª, de 22 de septiembre de 2023 (JUR 2023,406588) el curador designado ha de asumir la representación para aquellos actos de mayor trascendencia patrimonial y concretamente para los indicados en el artículo 287 del CC, los de mayor relevancia económica, entre los que se encuentran los de disposición a título gratuito; aceptación y repudiación de herencia; compra o venta de bienes inmuebles; tomar dinero a préstamo; gravar bienes de su propiedad, etc.. Por otro lado, en su estado actual D. José Pablo carece de autonomía para realizar algunas actividades básicas e instrumentales de la vida, especialmente en lo relativo a su propia salud, dada su nula conciencia de la enfermedad, lo que justifica que en ese ámbito se adopten medida de protección en la forma más amplia legalmente prevista. Asimismo, vid., las sentencias del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción, número 4, de Massamagrell, 21 de septiembre 2021 (LA LEY 275376,2021); del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción, número 1, de Tafalla, de 28 de septiembre de 2021 (LA LEY 229587,2021) D. Eduardo está diagnosticado de enfermedad de alzhéimer grado GDS 5 y que el déficit de funciones intelectuales y volitivas es permanente e irreversible. Tiene afectadas las habilidades funcionales necesarias para ejercer el gobierno de sí mismo en sus esferas personal y patrimonial y necesita vivir en un medio controlado con capacidad de provisión de cuidados sanitarios y básicos continuados para su persona. Aunque en la provisión de apoyos judiciales hay que atender en todo caso a la voluntad, deseos y preferencias del afectado, en casos como este, en que existe una clara necesidad asistencial cuya ausencia está provocando un grave deterioro personal que le impide el ejercicio de sus derechos y las necesarias relaciones con las personas de su entorno, está justificada la adopción de las medidas asistenciales, proporcionadas a las necesidades y respetando la máxima autonomía de la persona aun en contra de la voluntad del interesado, porque el trastorno que provoca la situación de necesidad impide que tenga clara conciencia de su situación. En consecuencia, se nombra curadores de D. Eduardo con facultades de representación a su hija Dª. Carmen debiendo prestarle el apoyo necesario para las actividades cotidianas, situación económica y administración de sus bienes, consentimiento en tratamientos médicos y seguimiento de pautas de alimentación y médicas (la cursiva es nuestra); del Juzgado de Primera Instancia, número 9, de Castellón de la Plana, de 4 de octubre de 2021 (LA LEY 179291,2021); del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción, número 1, de Alcaraz, de 14 de octubre de 2021 (LA LEY 204752,2021); del Juzgado de Primera Instancia, número 6, de Albacete, de 21 de octubre de 2021 (LA LEY 209579,2021); del Juzgado de Primera Instancia, número 7, de Guadalajara, de 27 de octubre de 2021 (LA LEY 207395,2021); la SJPII, número 3, de Durango, de 23 de noviembre de 2021 (LA LEY

205270,2021); la SJPII, número 2, de Tafalla, 23 noviembre 2021 (LA LEY 307912,2021); del Juzgado de Primera Instancia, número 7, de Guadalajara, de 20 de diciembre de 2021 (LA LEY 290223,2021); del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción, número 2, de Tafalla, de 29 de diciembre de 2021 (Roj. AJPII 851/2021; ECLI:ES:JPII:2021:851A); del Juzgado de Primera Instancia, número 8, de Albacete 7/2022, de 14 de enero de 2022; del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción, número 2, de Villarrobledo, de 7 de febrero de 2022 (LA LEY 23812,2022); y, del Juzgado de Primera Instancia, número 8, de Albacete, de 14 enero y de 10 febrero de 2022 (LA LEY 10868,2022; LA LEY 15338,2022).

Para SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Á. (2022). “Aspectos generales de la reforma”, op. cit., p. 31 se establece como medida de apoyo la curatela representativa cuando “se trate de una discapacidad intelectual severa que, impida a la persona decidir por sí misma”.

<sup>53</sup> Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Castellón de la Plana, secc. 2ª, de 17 de marzo de 2022 (Roj. SAP CS 331/2022; ECLI:ES:APCS:2022:331) constitución de una curatela que se extenderá a las decisiones de índole médica que le afecten, así como al control y seguimiento de los tratamientos farmacológicos y de rehabilitación que se prescriban y a todos los actos de administración y disposición patrimonial que pretendan llevar a cabo la persona discapacitada; de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1ª, de 25 de marzo de 2022 (Roj. SAP J 413/2022; ECLI:ES:APJ:2022:413) se constituye como medida de apoyo un sistema de curatela representativa que deberá ser ejercida por Dª María, teniendo en cuenta tanto la voluntad consciente del representado, como su personalidad y los deseos que en el pasado haya manifestado inequívocamente en previsión de futuro, representando la curadora al sometido a la medida en la toma de decisiones de medicación y tratamiento de D. Eutimio y al respecto de actos dispositivos que representen un valor superior a 50 euros, sean o no inscribibles, debiendo cumplir el curador con los deberes establecidos en el fundamento jurídico tercero de esta resolución; de la Audiencia Provincial de A Coruña, secc. 3ª, de 28 de marzo de 2022 (JUR 2022,186501) se mantiene la curatela representativa de FUNGA respecto a los actos de contenido económico de Dª. Aurora, en concreto para los actos de administración patrimonial, otorgamiento de poderes y decisiones de contenido económico, contratos, préstamos y créditos o realizar donaciones. La curadora gestionará el patrimonio e ingresos de la curatelada que fijará una cantidad mensual para sus gastos, dependiendo del importe de su pensión e ingresos; de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, secc. 1ª, de 4 de abril de 2022 (Roj. SAP TF 279/2022) los actos para los que requiere función representativa serán los siguientes: a) En el ámbito o esfera personal: supervisión del estado personal y residencial del discapaz, teniendo en cuenta sus propias preferencias. Supervisión de aspectos médicos de la misma. Posibilidad de solicitud de internamiento en centro adecuado, o en este caso, ratificación del internamiento en el Centro Atalaya; y b) En el ámbito patrimonial: en los actos de administración y disposición económica y en la celebración de contratos, salvo para los que precisa autorización judicial en los supuestos del artículo 287 del Código Civil. administración y control de su patrimonio que, deberá mantenerse a fin de que si fuese en el futuro necesario dotar a Dª Angélica de los medios adecuados para llevar una vida digna y adecuada; de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 4ª, de 2 de junio de 2022 (JUR 2022,335793) curador con facultades representativas en materia de cuidado personal, salud, y patrimonial en actuaciones laborales, administrativa jurídica y económicas, incluso manejo de dinero de bolsillo; de la Audiencia Provincial de Álava, secc. 1ª, de 14 de septiembre de 2022 (Roj. SAP VI 1400/2022; ECLI:ES:APVI:2022:1400) los actos de representación se deben extender a todos los concernientes a la esfera personal (aseo personal, vestirse, comer, desplazarse) y actividades cotidianas (comprar, preparar la comida, limpiar la casa, telefonar). Necesita representación para todas las actividades económico administrativas y jurídicas, seguimiento de sus cuentas corrientes, para controlar ingresos, gastos, realizar actos de carácter económico complejos como préstamos, enajenaciones, donaciones. También para tomar decisiones sobre su salud, tratamientos médicos, intervenciones quirúrgicas, pautas alimenticias, medicación pautada; de la Audiencia Provincial de Badajoz, secc. 3ª, de 10 de octubre de 2022 (JUR 2022,362396); de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10ª, de 9 de enero

de 2023 (Roj. SAP V 138/2023; ECLI:ES:APV:2023:138) se acuerda como medida de apoyo la curatela representativa, que deberá realizar las funciones de prestar el apoyo, en la forma que se indica: 1. Asistencia personal: a) Para el autocuidado: aseo personal, vestirse, comer, desplazarse, etc.; b) Para las actividades cotidianas: comprar, preparar la comida, limpieza de la casa, telefonar, respuesta ante la necesidad de ayuda; 2. Apoyo, siendo la intensidad del mismo la representación: a) Respecto de las habilidades económico-jurídico-administrativas y contractuales: para conocimiento de su situación económica, para tomar decisiones de contenido económico; seguimiento efectivo de sus cuentas, de sus ingresos, gastos, etc., para administrar sus ingresos, incluso el dinero de bolsillo, para realizar actos de carácter económico o administrativo complejo como préstamos, enajenaciones, donaciones, etc.; b) Respecto de las habilidades sobre la salud: para consentimiento de tratamiento médico, para consentimiento de intervenciones quirúrgicas, para seguimiento de pautas alimenticias, para el suministro de medicación pautada; el Auto de la Audiencia Provincial de Badajoz, secc. 3ª, de 19 de abril de 2023 (JUR 2023,435227) prestación de apoyo en todo lo referente a actos de la vida persona, cotidiana e independiente; actos de carácter jurídico, económico, contractual y administrativo; actos relacionados con el ámbito de la salud. Ha de confirmarse la curatela representativa sin que sea posible otra solución jurídica más adecuada a la vista de las expresadas circunstancias personales y sin que, en contra de lo solicitado por la parte apelante, sea suficiente para lograr el desarrollo pleno de la personalidad de aquel y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad el simple mantenimiento de la guarda de hecho, a todas las luces insuficiente aquí; y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Navarra, secc. 3ª, de 12 de junio de 2023 (JUR 2023,368633); y, de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6ª, de 31 de octubre de 2023 (Roj. SAP MA 3471/2023; ECLI:ES:APMA:2023:3471).

<sup>54</sup> Coincidimos con GARCÍA RUBIO, Mª.P. (2018). “Comentario al artículo 250 del Código Civil”, op. cit., pp. 236-237 que hay “casos difíciles” o casos límite” y ante este tipo de situaciones “no queda más remedio que, entender que el curador representativo actuará en representación de la persona a la que se presta apoyo y que esa sustitución será además general o plena”.

<sup>55</sup> En esta línea, CORRIPIO GIL-DELGADO, Mª.R. (2022). “El nuevo marco civil de apoyos a la discapacidad en el ejercicio de la capacidad jurídica”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, marzo-abril, núm. 790, p. 700.

<sup>56</sup> Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, secc. 1ª, de 22 de noviembre de 2021 (Roj. AAP CR 1326/2021; ECLI:ES:APCR:2021:1326) D. Rodolfo sufre un trastorno psicótico grave compatible con la esquizofrenia, no tratada, sin conciencia de enfermedad y que limita su capacidad de juicio, abstracción y volición, así como su interacción social. Cumple criterio diagnósticos actuales de esquizofrenia con predominio de síntomas positivos (delirio y alucinaciones), además de alteración en el comportamiento y repercusión grave social, familiar y laboral. Para el Tribunal una curatela representativa extensiva a todos los actos del mismo, resulta excesiva en las limitaciones que, a su libre actuación, afecta. En consonancia, con la situación actual que éste presenta. Se nombra como curadora a la Fundación MADRE quien asumirá y ejercerá el cargo conforme a los requisitos fijado en la Ley y en la esfera personal a las funciones representativas tendentes a cumplir con el internamiento obligatorio autorizado en un centro especializado de salud mental y al tratamiento médico ambulatorio, psicofarmacológico, terapéutico psicosocial de salud mental en un centro adecuado, si D. Rodolfo, no accede de forma voluntaria. A la asistencia relativos a los actos relativos al cuidado de su personal, en general y en concreto, en el ámbito médico sanitario en todo lo que le afecta, sin perjuicio del control de la medicación, seguimiento del tratamiento, asistencia a citas médicas e ingresos hospitalarios; en la esfera patrimonial, D. Rodolfo conserva la posibilidad de gestionar y administrar sus ingresos, igualmente, conserva la iniciativa, pero necesitará ser asistido, apoyado y controlado tuitivamente por la curadora para los actos del artículo 287 y estas medidas será revisadas a los seis meses; de la Audiencia Provincial de Bilbao, secc. 4ª, de 18 de febrero de 2022 (Roj. BI 391/2022) se opta por una curatela representativa respecto: 1. Al lugar de residencia en un centro socio-sani-



tario de alta intensidad, que responda a las necesidades y atendiendo a su edad y estado de salud para respetar su máxima autonomía y, a poder ser, en un entorno urbano; y, 2. A los temas relacionados con sus estado de salud, en especial en la supervisión de la toma de la medicación pautada, autorización de tratamientos médicos, realización efectiva de consultas facultativas programadas por el sistema de salud y todas las demás que, fueran necesarias. Medidas necesarias y cuya ausencia le provocarían un grave deterioro personal, atendiendo a que únicamente se ha evidenciado una mejoría física y mental desde febrero de 2020 en que se acordó su ingreso en centro socio-sanitario de alta intensidad; y una curatela asistencial en las actividades instrumentales ordinarias; de la Audiencia Provincial de Toledo, secc. 1ª, de 24 de febrero de 2022 (Roj. SAP TO 333/2022) la designación de curador a la entidad que determine la Comisión Tutelar de Castilla-La Mancha atendiendo las características de D. Vicente con el fin de proteger su patrimonio, en concreto para: a) Realizar actuaciones complejas o de administración de su patrimonio, incluida la disposición a título gratuito de bienes y derechos; b) Otorgar testamento; c) Entablar acciones judiciales; de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22ª, de 13 de mayo de 2022 (Roj. SAP M 7330/2022) curatela asistencia en la atención médico-asistencial en lo que respecta al trastorno psiquiátrico de esquizofrenia paranoide que padre Dª. Ana y lo que guarde directa relación con él; y, asumirá la representación únicamente para aquellos actos de mayor trascendencia patrimonial y concretamente para los previstos en el artículo 287 del Código Civil como actos del curador sujetos a aprobación judicial; de la Audiencia Provincial de Santander, secc. 2ª, de 5 de octubre de 2022 (Roj. SAP S 1283/2022); de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1ª, de 21 de diciembre de 2022 (Roj. SAP J 1703/2022); de la Audiencia Provincial de Santander, secc. 2ª, de 18 de enero de 2023 (Roj. SAP S 50/2023); de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 1ª, de 27 de marzo de 2023 (JUR 2023,259517) curatela representativa en el seguimiento y administración del tratamiento farmacológico periódico del trastorno esquizoafectivo de tipo bipolar y curatela asistencial del 50% de sus ingresos; de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1ª, de 28 de abril de 2023 (Roj. SAP J 498/2023) se establece una curatela asistencial en relación con las habilidades de la vida independiente: necesidad de ayuda y supervisión de tercera persona para cada uno de ellas, para las necesidades instrumentales cotidianas: comprar; preparar la comida, limpiar la casa, telefonar; respuesta ante la necesidad de ayuda; manejo diario de dinero de bolsillo, gastos de uso cotidiano de carácter menor; y, la curatela será representativa: 1. Para el resto de las habilidades económico jurídico-administrativas y concretamente para a toma de decisiones de contenido económico, como seguimiento efectivo de cuentas corrientes, ingresos, gastos, apertura de cuentas bancarias; domiciliación bancaria de recibos; uso de tarjeta de crédito/débito, otras facetas de análoga complejidad; 2. En relación a sus habilidades sobre su salud, como manejo y toma de medicamentos, seguimiento de revisiones periódicas o pautas alimenticias, autocuidado, prestación de consentimiento informado en tratamientos médicos en el ámbito de la salud física y en el ámbito de la salud mental; finalmente, 3. En relación con sus habilidades en el ámbito contractual: compraventa, préstamos donaciones, otros actos de disposición o gravamen patrimonial; y, de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22ª, de 27 de octubre de 2023 (Roj. M 16772/2023).

Asimismo, las sentencias del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción, número 1, del Toro, 20 octubre 2021 (LA LEY 181844,2021); del Juzgado de Primera Instancia, número 7, de Guadalajara, 29 diciembre 2021 (LA LEY 290214,2021); y, del Juzgado de Primera Instancia, número 7, de Guadalajara, 8 febrero 2022 (LA LEY 29194,2022).

<sup>57</sup> Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Cáceres, secc. 1ª, de 16 de febrero de 2022 (JUR 2022,143773) la curatela será representativa para todos los actos de naturaleza económica y patrimonial complejos, para los actos que tengan consecuencias jurídica (como contractuales, incluido productos bancarios y/o financieros, testamentarios y cualesquiera otros de naturaleza semejante) y para los médicos tratamientos farmacológicos facultativamente pautados, hospitalarios e incluso quirúrgicos relativos a patologías físicas, somáticas psíquicas que padece D. Evaristo; y la curatela será no representativa o asistencial para los actos cotidianos independiente de la vida diaria (como la administración ordinaria de los



bienes de D. Evaristo, incluida la autorización para operar con sus cuentas bancarias, a los afectos de gestionar el pago de recibos, tributos, impuestos y actuaciones de administración ordinarias del patrimonio, así como para proveer a los gastos y atenciones de manutención, vestido, higiene personal y demás cuidados que precise D. Evaristo, excepto en los casos en que sea necesaria la autorización judicial); y, de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1ª, de 7 de junio de 2023 la curatela será asistencia en relación con las habilidades de Dª Asunción relacionadas con su vida diaria, su salud en general, así como las habilidades de carácter económico jurídico-administrativo y contractuales, éstas últimas en relación al adecuado cumplimiento de sus obligaciones económicas y manejo adecuado de sus gastos y bienes; y la curatela será representativa en relación a la atención médico-asistencia de Dª Asunción en lo que respecta a la enfermedad que padece; el cuidado de su salud; el control de tratamientos farmacológicos; asistencia a consultas médicas y prestación del consentimiento informado; el apoyo sanitario, con ayuda para visitas médicas, seguimiento y administración de medicación y tratamientos, gestiones y autorizaciones en el ámbito sanitario; y cualquier decisión relacionada con la salud de Dª Asunción específicamente relacionada con la esquizofrenia paranoide que padece; cuidando de evitar el manejo de vehículos y armas cuando tenga y/o persista tendencia a sufrir alucinaciones auditivas e ideas autorreferenciales.

<sup>58</sup> Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, secc. 3ª, de 9 de febrero de 2022 (Roj. SAP GC 584/2022; ECLI:ES:APGC:2022:584) con facultades representativas en el aspecto patrimonial y en el área de la salud; de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, secc. 3ª, de 9 de marzo de 2022 (Roj. SAP GC 710/2022; ECLI:ES:APGC:2022:710) la procedencia de medidas de apoyo a favor de Dª Camila consistentes en que su hermano D. Eulalio como curador de la persona de su hermana la asista para una efectiva atención médico-asistencial de aquélla. Asimismo, como curador con funciones representativas de los bienes de Dª Camila, deberá administrar su patrimonio, realizando los actos burocrático precisos para su salvaguarda, debiendo formar inventario, sin necesidad de prestar fianza, en el plazo previsto en el artículo 285 del CC y rendir cuentas anuales, necesitará autorización judicial para realizar los actos enumerados en el artículo 287 del CC; de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 24ª, de 11 de marzo de 2022 (Roj. SAP M 3544/2022; ECLI:ES:APM:2022:3544) la Agencia Madrileña de Tutela del adulto es quien asume las funciones de curador representativo de Dª Purificación para las siguientes actividades: a) Toma de decisiones de contenido económico (seguimiento efectivo de sus cuentas corrientes, depósitos, fondos de inversión u otros productos financieros, o de ingresos o gastos); b) Realización de actos de carácter económico administrativo como préstamos, ya sean hipotecas o de otra índole, enajenaciones, arrendamientos, donaciones, permutas, aceptación/repudiación de herencia, venta de inmuebles, etc.; c) Ejercicio de acciones judiciales tanto como demandante como demandada; d) Apoyo sanitario, con ayuda para visitas médicas, seguimiento y administración de medicación, tratamientos, gestiones y autorizaciones en el ámbito sanitario; e) Toma de decisiones en materia de salud, medicación, tratamientos médicos, intervenciones quirúrgicas y materias relacionadas con la seguridad; f) Contratar a las personas que, como en la actualidad, vienen auxiliando a Doña Purificación, para su atención y para el fomento terapéutico de sus habilidades físicas, cognitivas, psicomotrices y psicológicas; g) Representación y gestión de arrendamientos inmuebles de los que es dueña o usufructuaria Doña Purificación; y h) Establecer una disponibilidad de cincuenta euros a la semana para atender pequeños gastos y liberalidades. La AMTA deberá respetar su voluntad de permanecer residiendo en el que siempre ha sido su domicilio, donde actualmente vive, bajo asistencia domiciliaria permanente e ininterrumpida para la realización de las labores domésticas, aseo y cuidado personas, alimentación, desplazamientos y avituallamiento, salvo que por razones médicas tenga que ser ingresada. Y curatela asistencial: a) Para el autocuidado (aseo, vestirse, comer, desplazarse, etc.); b) Para actividades cotidianas (telefonear, responder ante la necesidad de ayuda, etc.); y c) Para disponer libremente de dinero de bolsillo semanal de 50 euros; de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6ª, de 20 de septiembre de 2022 (Roj. SAP MA 4362/2022; ECLI:ES:APMA:2022:4362) se fija como actos de curador

los establecidos en el artículo 287 del Código Civil; de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 1ª, de 27 de septiembre de 2022 (Roj. SAP CO 785/2022; ECLI:ES:APCO:2022:785) curatela representativa para los actos enumerados en el artículo 287 del Código Civil; y, de la Audiencia Provincial de Lugo, secc. 1ª, de 1 de febrero de 2023 (Roj. SAP LU 128/2023; ECLI:ES:LU:2023:128) se nombra como curadora de Noemi a Rafaela, a quien se hará saber el nombramiento y dispone de facultades asistenciales en la esfera persona de la persona discapaz: en el ámbito médico-sanitario necesitará la asistencia del curador en todo lo relativo a la necesidad de ingresos hospitalarios o en un centro adecuado que podrá decidir el curador, seguimiento de tratamiento, asistencia a las citas médicas y control de su medicación, esfera en la que el curador tendrá facultades representativas. En lo que se refiere al ámbito jurídico económico administrativo, precisará de la asistencia y apoyo del curador, que tendrá facultades representativas para celebrar contratos y negocios jurídicos de cualquier tipo; para otorgar poderes; para la gestión, administración y disposición de su patrimonio. Y, todo ello, sin perjuicio de la necesaria autorización judicial para los actos contemplados en el artículo 287 del CC. Se ratifica, a su vez, el internamiento no voluntario de Dª Noemi en la Residencia de San Bartolomeu de Xove en la que vive; de la Audiencia Provincial de León, secc. 1ª, de 8 de febrero de 2023 (Roj SAP LE 185/2023; ECLI:ES:APLE:2023:185) se constituye régimen de curatela para la ejecución de las medidas de apoyo que será asistencial en relación con todas ellas y representativa en relación con las indicadas en el apartado 1.3 y en relación con todas las de los apartados 2,3,4 y 5 de la sentencia y deberá solicitar autorización judicial para cualquier acto de representación de los previstos en el artículo 287 del CC; de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10ª, de 9 de febrero de 2023 (Roj. SAP V 22/2023; ECLI:ES:APV:2023:22) nombra curadora con funciones de representación al IVASS que ha de abarcar todas las actividades de su vida, tanto personales como económicas y patrimoniales; si bien el curador necesitará autorización judicial para los actos establecidos en el artículo 287 del CC; y, de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22ª, de 27 de octubre de 2023 (Roj. SAP M 16772/2023) procedencia de unas medidas de apoyo a favor de D. Aquilino de carácter esencialmente asistencial consistentes en que la designada curadora asegure la efectiva atención médico-asistencias de aquella en lo que respecto al trastorno de deficiencia cognitiva grave; y, asimismo, la curadora asumirá la representación de la demandada únicamente para aquellos actos de mayor trascendencia patrimonial y concretamente para los previstos en el artículo 287 del Código Civil.

<sup>59</sup> Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10ª, de 10 de febrero de 2022 (Roj SAP V 386/2022; ECLI:ES:APV:2022:386).

<sup>60</sup> Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense, secc. 1ª, de 22 de noviembre de 2021 (JUR 2022,51033).

<sup>61</sup> Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 9ª, de 22 de noviembre de 2021 (JUR 2022,106694).

<sup>62</sup> Vid., la sentencia de la Audiencia de Ciudad Real, secc. 2ª, de 29 de noviembre de 2021 (JUR 2022,98866).

<sup>63</sup> Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 5ª, de 1 de diciembre de 2021 (JUR 2022,60566); y, de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 6ª, de 5 de octubre de 2023 (JUR 2024,12649) la demandada padece alzhéimer; depresión neurótica y trastorno bipolar con deterioro cognitivo con carácter permanente e irreversible. Tratándose de una patología crónica de la que no cabe esperar curación y que parece que la demandada no puede expresar su voluntad, deseos, preferencias de manera libre, además tiene su capacidad anulada y requiere de un apoyo externo y permanente en relación a las habilidades de vida independiente económico-jurídico administrativas y sobre su salud, se procede a la designación de un curador con facultades representativas. Se designa a su hija.

<sup>64</sup> GARCÍA RUBIO, Mª.P. (2022). "Comentario al artículo 250 del Código Civil". En: Mª.P. García Rubio y Mª.J. Moro Almaraz (dirs.), Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad, Cirzur Menor (Navarra): Thomson Reuters, Aranzadi, p. 235.

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

<sup>65</sup> En esta línea, GARCÍA RUBIO, M.<sup>a</sup>P. (2022). “Comentario al artículo 250 del Código Civil”, op. cit., p. 237.

En la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 19 de octubre de 2021 (RJ 2021,4847) dispuso la testadora nombrando tutores a tres de sus seis hijos expresando su deseo que no se nombrase a ninguno de los otros tres hijos ni a institución pública o privada. Respecto a la voluntad, preferencias y deseos de las personas con discapacidad, no procede el nombramiento de la institución tutelar que hizo el juzgador de instancia, ni el nombramiento que la Audiencia efectuó de hijos no nombrados por la testadora. No se dan las causas legales previstas para prescindir del criterio preferente de la voluntad de aquella en la prestación de los apoyos que necesita. No cabe la imposición de otro sistema alternativo de tutela que no sea el nombramiento de la hija con la que convive que es la persona que con disponibilidad, cercanía, empatía y afecto le asiste en sus necesidades, conforma a sus propios deseos notarialmente expresados que deben ser respetados.

<sup>66</sup> Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 2 de noviembre de 2021 (RJ 2021,4958) indica que, la sentencia recurrida no respetó la voluntad de la demandada, sin razones bastantes que justificasen debidamente una decisión de tal clase. La demandada exteriorizó su voluntad que fuera su hija la que asumiera el cargo de curadora, tanto en la esfera personal, para la que fue designada por la Audiencia, como en la esfera patrimonial. La aplicación de la nueva Ley determina que se deje sin efecto la declaración de incapacidad, que ya no existe como tal, la cual debe ser sustituida por la declaración de la procedencia de la fijación de medidas judiciales de apoyo: sustitución de la tutela por la tutela, ya que aquella queda circunscrita a los menores de edad, no sujetos a patria potestad o en situación de desamparo.

Asimismo, en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 19 de octubre de 2021 (Roj. STS 3770/2021; ECLI:ES:TS:2021:3770) en el caso presente no se dan las circunstancias previstas en el artículo 272.2 del Código Civil para prescindir del criterio preferente de la voluntad de la demandante, ya que concurren circunstancias graves desconocidas por la misma o variación de las contempladas al fijar la persona que prestará apoyos a D<sup>ña</sup>. Virginia. Convivía y sigue conviviendo con su hija D<sup>ña</sup>. Virginia que, es la persona que le asiste en sus necesidades conforme a los propios deseos expresados notarialmente, que deben ser respetados, toda vez que, dentro del marco de la esfera de disposición de las personas, se comprende la elección de la que, en atención a su disponibilidad, cercanía, empatía, afecto o solicitud, desempeña el cargo de curadora.

Y, en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 21 de diciembre de 2021 (RJ 2022,217) se considera insuficiente la motivación para prescindir de la voluntad exteriorizada por el demandado, dada la trascendencia que se le otorga en la nueva Ley. Se requiere una motivación especial que brilla por su ausencia, con lo que la nueva sentencia que se dicte, se deberá manifestar expresamente al respecto, explicitando las concretas razones por las que, en su caso, se prescinde de la voluntad y preferencia en tal aspecto exteriorizado por el demandado.

<sup>67</sup> Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22ª, de 20 de diciembre de 2021 (JUR 2022,88516).

<sup>68</sup> Para RUIZ-RICO RUIZ MORÓN, J. (2022). “Medidas de apoyo a personas con discapacidad y sistema tutelar de menores”. En: Fco. J. Sánchez Calero (coord.), Curso de Derecho Civil IV Derecho de familia y sucesiones, 10ª ed., Valencia: tirant lo blanch, pp. 353-354 el contacto personal es “ciertamente la base imprescindible para un adecuado desarrollo de la función de curador; es la vía que permite materializar personalmente los apoyos que sean necesarios, en la medida y en la proporción que reclama esa misma necesidad. Se podrá catalogar de deber instrumental; el medio de cumplimiento de los deberes que entraña la función que el curador ha asumido”.

<sup>69</sup> RUIZ-RICO RUIZ MORÓN, J. (2022). “Medidas de apoyo a personas”, op. cit., p. 353.

<sup>70</sup> Así, el curador deberá actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera. Igualmente, procurará que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias. Asimismo, fomentará que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro. En el supuesto excepcional de curatela representativa el curador en el ejercicio de sus funciones representativa, deberá tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación.

<sup>71</sup> Vid., los artículos 9 y 11 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica respecto al consentimiento informado y el documento de instrucciones previas; y los artículos 3 h) y 5.2 Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo de regulación de la eutanasia, respecto de la solicitud de la eutanasia activa o el suicidio asistido.

Precisamente, con relación a la vacunación con relación al COVID 19, la sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) de 20 de abril de 2023 (BOE, número 121, 22 de mayo de 2023) después de establecer que “donde no puede operar la voluntad de la persona con discapacidad (o donde la manifestación de dicha voluntad puede no ser suficiente), el papel que reserva la ley a las llamadas “medidas de apoyo” es el de atender de modo imparcial del interés de la persona afectada, de acuerdo con criterios puramente objetivos, plenamente fiscalizables por el juez civil. No puede ignorarse en este punto, que la actividad de apoyo a la persona con discapacidad está sujeta a fiscalización permanente del Ministerio Fiscal y de la autoridad judicial (artículos 270 y 287 del Código Civil)”; señala que el artículo 9.6 de la Ley 41/2022: (i) de un lado, la decisión que se adopte ha de responder al fin estricto de proteger a la persona con discapacidad, sin que puedan perseguirse intereses distintos, de terceros o públicos, siendo, igualmente, irrelevante el particular ideario de la persona que debe prestar su apoyo; ii) de otra parte, la ponderación de los beneficios y perjuicios han de adecuarse a dicho fin; en particular, tanto la decisión adoptada por la persona que presta apoyo como la resolución judicial que revisa dicha decisión han de estar basadas en argumentos que permitan considerar que el criterio adoptado es proporcionado a las necesidades de la persona con discapacidad, de acuerdo con las circunstancias concurrentes”. Para concluir el enjuiciamiento del caso que debe descartarse que, en el presente supuesto se haya producido una vulneración del derecho a la integridad persona de doña F.R.S., pues, por una parte, la negativa del tutor a la vacunación obedeció a una posición personal contraria a la vacunación en general (...); (...) que, la misión de la persona llamada a prestar apoyo no es la de sustituir las convicciones de la persona con discapacidad por las propias, sino velar por el respeto a la “voluntad, deseos y preferencia de aquella”. Más allá de esta actuación vicarial, como portavoz de los deseos de la persona afectada, la capacidad decisoria de quien presta apoyo queda circunscrita a la búsqueda de la realización del interés de la persona afectada, lo que ha de responder a criterios objetivos que son plenamente fiscalizables por la autoridad judicial”; (...) y, en consecuencia, es claro que la decisión adoptada por la autoridad judicial,

favorable a la vacunación de doña F.R.S., no desbordó los límites de la cobertura del precepto habilitante (artículo 9.6 de la Ley 41/2002)”.

Con anterioridad, en esta línea, vid., el Auto del Juzgado de Primera Instancia, número 6, Santiago de Compostela, de 20 de enero de 2021 (Roj. AJPI 1/2021; ECLI:ES:JPI:2021:1A) autoriza el suministro de vacuna contra el Sars-Covid 19 a D. Gerónimo mayor de edad, considerando que el consentimiento informado por sustitución prestado por la entidad tutelar FUNGA debe ser atendido a pesar de la negativa del paciente, careciendo el mismo de capacidad natural actual para comprender el alcance de la intervención médica pautaada. Deberá verificarse la vacunación en las fechas previstas conformes a las dosis prescritas u por el personal sanitario especializado que corresponda según el Plan Gallego de Vacunación frente al Sars-Covid.

Por su parte, el Auto del Juzgado de Primera Instancia, número 6, Girona, de 3 de diciembre de 2021 (Roj. AJPI:507/2021; ECLI:ES:JPI:2021:507A) nos recuerda que el artículo 763 de la LC faculta al juez para autorizar el internamiento en un centro adecuado para el tratamiento médico de personas que, con patentes trastornos psíquicos, no están en condiciones de decidir ellas mismas. En este caso, el dictamen del facultativo ha indicado al efecto que, la persona internada requiere de tratamiento médico en régimen de internamiento, y es procedente la autorización judicial para esta medida, que durará el tiempo que sea clínicamente necesario. No obstante, se dispone que, se ha de informar a este tribunal cada seis meses sobre la necesidad de proseguir con el internamiento o, proceder a darle la alta clínica.

<sup>72</sup> En esta línea, MIGUEL ALHAMBRA, L. Y CHACÓN CAMPOLLO, R. (2022). “Internamiento en residencia de ancianos con demencia. Reflexiones con motivo de la entrada en vigor de la Ley 8/2021, de 2 de junio”, *El Notario del Siglo XXI*, marzo-abril, núm. 102, p. 35.

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

<sup>73</sup> Vid., el Auto de la Audiencia Provincial de León, secc. 1ª, de 4 de mayo de 2023 (JUR 2023,383499) concede autorización judicial para venta de inmuebles: la autorización se interesa para la venta de fincas que pertenecen en copropiedad a la promotora del expediente y a su hermana, por lo que la curadora intervendrá en el acto de la venta en nombre propio y prestando apoyo a su hermana, no apreciándose conflicto de intereses dado que, si se trata de inmuebles en condominio, además de facilitar con la venta su extinción, la propia curadora tendrá interés en ligar el mayor o mejor precio posible.

<sup>74</sup> LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I. (2021). *Guía rápida sobre la Reforma civil*, op. cit., p. 97.

<sup>75</sup> El artículo 10 de la LAU dispone: “1. Si llegada la fecha de vencimiento del contrato, o de cualquiera de sus prórrogas, una vez transcurridos como mínimo cinco años de duración de aquel, o siete años si el arrendador fuese persona jurídica, ninguna de las partes hubiese notificado a la otra, al menos con cuatro meses de antelación a aquella fecha en el caso del arrendador y al menos con dos meses de antelación en el caso del arrendatario, su voluntad de no renovarlo, el contrato se prorrogará obligatoriamente por plazos anuales hasta un máximo de tres años más, salvo que el arrendatario manifieste al arrendador con un mes de antelación a la fecha de terminación de cualquiera de las anualidades, su voluntad de no renovar el contrato; 2. En los contratos de arrendamiento de vivienda habitual sujetos a la presente ley en los que finalice el periodo de prórroga obligatoria previsto en el artículo 9.1, o el periodo de prórroga tácita previsto en el artículo 10.1, podrá aplicarse, previa solicitud del arrendatario, una prórroga extraordinaria del plazo del contrato de arrendamiento por un periodo máximo de un año, durante el cual se seguirá aplicando los términos y condiciones establecidos para el contrato en vigor. Esta solicitud de prórroga extraordinaria requerirá la acreditación por parte del arrendatario de una situación de vulnerabilidad social y económica sobre la base de un informe o certificado emitido en el último año por los servicios sociales

de ámbito municipal o autonómico y deberá ser aceptada obligatoriamente por el arrendador cuando este sea un gran tenedor de vivienda de acuerdo con la definición establecida en la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda, salvo que se hubiese suscrito entre las partes un nuevo contrato de arrendamiento; 3. En los contratos de arrendamiento de vivienda habitual sujetos a la presente ley, en los que el inmueble se ubique en una zona de mercado residencial tensionado y dentro del periodo de vigencia de la declaración de la referida zona en los términos dispuestos en la legislación estatal en materia de vivienda, finalice el periodo de prórroga obligatoria previsto en el artículo 9.1 de esta ley o el periodo de prórroga tácita previsto en el apartado anterior, previa solicitud del arrendatario, podrá prorrogarse de manera extraordinaria el contrato de arrendamiento por plazos anuales, por un periodo máximo de tres años, durante los cuales se seguirán aplicando los términos y condiciones establecidos para el contrato en vigor. Esta solicitud de prórroga extraordinaria deberá ser aceptada obligatoriamente por el arrendador, salvo que se hayan fijado otros términos o condiciones por acuerdo entre las partes, se haya suscrito un nuevo contrato de arrendamiento con las limitaciones en la renta que en su caso procedan por aplicación de lo dispuesto en los apartados 6 y 7 del artículo 17 de esta ley, o en el caso de que el arrendador haya comunicado en los plazos y condiciones establecidos en el artículo 9.3 de esta ley, la necesidad de ocupar la vivienda arrendada para destinarla a vivienda permanente para sí o sus familiares en primer grado de consanguinidad o por adopción o para su cónyuge en los supuestos de sentencia firme de separación, divorcio o nulidad matrimonial; 4. Al contrato prorrogado, le seguirá siendo de aplicación el régimen legal y convencional al que estuviera sometido”.

<sup>76</sup> FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, A. (2021). El ejercicio de la capacidad jurídica. Comentario de la Ley 8/2021, de 2 de junio, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, 2021, p. 143.

<sup>77</sup> GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (2021). “Comentario al artículo 287 del Código Civil”, En: C. Guilarte Martín-Calero (dir.), Comentarios a la Ley 8/2021, por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, p. 808.

<sup>78</sup> ÁLVAREZ LATA, N. (2021). “Comentario al artículo 288 del Código Civil”, En: R. Bercof Rodríguez-Cano (coord.), Comentarios al Código Civil, 5ª ed., Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, p. 527.

<sup>79</sup> GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (2021). “Comentario al artículo 287 del Código Civil”. En: C. Guilarte Martín-Calero (dir.), Comentarios a la Ley 8/2021, por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, p. 810 quien, además precisa que “se comprende con la expresión liberalidad todos los actos a título gratuito que impliquen una aportación al activo patrimonial, por tanto, donación, legado y todos aquellos actos que se equiparan a éstos (cesión gratuita de un crédito, condonación, contrato a favor de tercero...)”.

<sup>80</sup> ÁLVAREZ LATA, N. (2021). “Comentario al artículo 287 del Código Civil”, op. cit., p. 528; GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (2021). “Comentario al artículo 287 del Código Civil”, op. cit., p. 810 quien añade que “además en estos casos habrá de estarse al quantum del gasto y ponerlo en relación con el patrimonio de la persona sometida a curatela”.

<sup>81</sup> FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, A. (2021). El ejercicio de la capacidad jurídica, op. cit., p. 146.

<sup>82</sup> GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: “Comentario al artículo 287 del Código Civil”, op. cit., p. 811.

<sup>83</sup> GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., “Comentario al artículo 287 del Código Civil”, op. cit., p. 812.

<sup>84</sup> LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I.: Guía rápida sobre la Reforma civil, op. cit., p. 98 pone el ejemplo, de “un curador representativo que podrá comprar una vivienda para la persona necesitada de apoyo, invirtiendo metálico de su propiedad, aunque su precio sea importante; pero esa cantidad no podrá ser la contraprestación, sin obtener autorización judicial, de una renta vitalicia”.



<sup>85</sup> Será competente para el conocimiento de este expediente el juzgado de primera instancia de residencia de la persona con discapacidad. Podrá promover este expediente quienes ejerzan el apoyo a la persona con discapacidad a los fines de realizar el acto jurídico que se trate, así como la propia persona con discapacidad de conformidad con las medidas de apoyo establecidas (artículo 62.1 y 2 de la LJV).

<sup>86</sup> FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, A.: El ejercicio de la capacidad jurídica, op. cit., p. 147 se pregunta que, se entiende por cuantía extraordinaria —un 10%, un 30%—.

Por su parte, entiende PALLARÉS NEILA, J. (2022). “El ejercicio de la nueva curatela”. En: M. Pereña Vicente y M<sup>a</sup>. del M. Heras Hernández (dirs.) y M<sup>a</sup>. Núñez Núñez (coord.), El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021, de 2 de junio, Valencia: tirant lo blanch, p. 276 que se podrían incluir los contratos que promueven entidades bancarias como los contratos de defunción de prima única o la adquisición de participación de un fondo de inversión, o similares.

<sup>87</sup> En todo caso, para LINACERO DE LA FUENTE, M. (2021). Tratado de Derecho de Familia. Aspectos sustantivos, 3<sup>a</sup> ed., Valencia: tirant lo blanch, p. 614 la enumeración del artículo 287 “sigue teniendo las lagunas propias de una lista cerrada (omisión de actos que puedan implicar un riesgo patrimonial, acaso se podría fijar una cuantía límite de 30.000 euros).

<sup>88</sup> Vid., la Resolución de la DGSJFP de 25 de marzo de 2024 (BOE, núm. 94, 17 de abril de 2024, pp. 43265 a 43268) respecto de la partición de herencia con intervención tutor se necesita aprobación judicial, aunque sea en pro indiviso, manifiesta que: “en el presente caso, se acredita la autorización judicial para la aceptación de la herencia. Pero el otorgamiento de la escritura calificada no se limita a una aceptación pura y simple de la herencia, sino que se ha producido la adjudicación de la misma.

Alega la recurrente que la escritura calificada no es una escritura de partición de herencia al no haberse adjudicado bienes concretos a determinadas personas sino al haberse adjudicado todos los bienes por partes iguales indivisas. Pero, como ha afirmado este Centro Directivo en anteriores ocasiones, no puede decirse que en realidad no existe partición al hacerse la adjudicación en partes pro indiviso, pues esta trae consigo consecuencias civiles, fiscales y de todo orden que requieren, en un sistema como el nuestro, la aprobación de la autoridad judicial (vid. Resolución de 6 de noviembre de 2002)”.

<sup>89</sup> GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: “Comentario al artículo 287 del Código Civil”, op. cit., p. 814

<sup>90</sup> FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, A.: El ejercicio de la capacidad jurídica, op. cit., p. 149.

<sup>91</sup> El artículo 1060 apartado 2 del Código Civil dispone al respecto que: “Tampoco será necesaria autorización ni intervención judicial en la partición realizada por el curador con facultades de representación. La partición una vez practicada requerirá aprobación judicial.

La partición realizada por el defensor judicial designado para actuar en la partición en nombre (...) de una persona a cuyo favor se hayan establecido medidas de apoyo, necesitará la aprobación judicial, salvo que se hubiera dispuesto otra cosa al hacer el nombramiento”.

<sup>92</sup> Vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 2<sup>a</sup>, de 28 de octubre de 2021 (Roj. AAP SE 775/2021; ECLI:ES:APSE:2021:775A) mientras el curatelado quería la venta del piso en la playa, el curador prefiere conservar el piso, ya que no existe necesidad de venderlo y tampoco le gusta el precio ofertado. Por lo que, ante la negativa del curador de intervenir en la venta o de permitirla, se nombra un defensor judicial.

Por su parte, la Resolución de la DGSJFP de 20 de marzo de 2024 (BOE, núm. 89, 11 de abril de 2024, pp. 40565 a 40575) respecto a la concurrencia de la representante de la persona con discapacidad con la intervención en su propio nombre por parte de la tutora, con funciones de curadora representativa, para fijar, con otros interesados, inventario, valoraciones, determinación de lites y adjudicación, con carta de pago de los haberes, crea, a priori, un eventual conflicto de intereses, en cuanto contrapuestos, que podría haberse obviado con la designación de defensor judicial. Manifieste este Centro Directivo que: “No obstante, debe tenerse en cuenta que el negocio documentado ha obtenido autorización judicial previa, lo que



plantea si esta actuación es suficiente para considerar cumplida la intervención requerida y omitida: nombramiento de defensor judicial y aprobación judicial. (...) De la interpretación finalista de los preceptos legales citados y atendiendo a la deseable simplificación de actuaciones judiciales, por economía procesal, puesta de manifiesto para otros casos en Resoluciones de este Centro Directivo de 23 de julio de 1990 y 25 de abril de 2001, debe concluirse en la innecesariedad del nombramiento de defensor judicial y de aprobación judicial para la disolución de comunidad documentada, lo que resulta coherente con la necesidad de agilizar y simplificar el tráfico jurídico, siempre que —como ocurre en este caso— queden debidamente salvaguardados los intereses de la persona con discapacidad”.

<sup>93</sup> Vid., ÁLVAREZ LATA, N. (2021). “Comentario al artículo 282 del Código Civil”, op. cit., p. 521; DE SALAS MURILLO, S. (2020). ¿Existe un derecho a no recibir apoyos en el ejercicio de la capacidad?, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 780, p. 2230. En esta línea, LENGUEREN MOLINA, A. (2019). voluntad de la persona con discapacidad en la gestión de los apoyos”. En: S. De Salas Murillo y M<sup>a</sup>. V. Mayor Del Hoyo (dirs.), *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*, Valencia: tirant lo blanch, p. 203 reconoce legitimación para poder negarse a completar una decisión que puede perjudicar a la persona del curador y lo procedente es que el juez actúe escuchando a ambas partes.

<sup>94</sup> La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 8 de julio de 2010 (Roj. STS 4705/2010; ECLI:ES:TS:2010:4705) opta por considerar nulos los actos realizados por el tutor sin autorización judicial exigida en el artículo 271 del Código Civil; al igual que, sucedía con los padres respecto al artículo 166 del citado cuerpo legal y su naturaleza imperativa.

<sup>95</sup> LA LEY 396,2018. En esta línea, ÁLVAREZ LATA, N. (2021) “Comentario al artículo 287 del Código Civil”, op. cit., p. 529; FERNÁNDEZ TRESGUERRES, A. (2021). El ejercicio de la capacidad jurídica, op. cit., p. 140.

<sup>96</sup> Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22 de abril y de 8 julio de 2010 (LA LEY 49066,2010; LA LEY 157550,2010); y, de 28 de octubre de 2014 (LA LEY 161498,2014).

<sup>97</sup> TENA ARREGUI, R. (2022). “El régimen de ineficacia de los contratos celebrados sin apoyo por las personas con discapacidad”, *El Notario del Siglo XXI*, enero-febrero, núm. 101, p. 46.

<sup>98</sup> ALVENTOSA DEL RÍO, J. (2022). La curatela tras la Ley 8/2021, op. cit., pp. 344-346.

<sup>99</sup> SERRANO CHAMORRO, M<sup>a</sup>. E. (2022). “Actos sujetos a autorizaciones y prohibiciones por las personas que ejercen cargos tutelares o medidas de apoyo”, *Revista de Derecho de Familia*, enero-marzo, núm. 94, p. 49.

<sup>100</sup> ÁLVAREZ LATA, N. (2021). “Cometario al artículo 251 del Código Civil”, op. cit., p. 475.

<sup>101</sup> Vid., la Resolución de la DGSJFP de 19 de julio de 2022 (BOE, núm. 186, 4 de agosto de 2022, pp. 113831 a 113841).

<sup>102</sup> Para SERRANO CHAMORRO, M<sup>a</sup>. E. (2022). “Actos sujetos a autorizaciones y prohibiciones por las personas que ejercen cargos tutelares o medidas de apoyo”, *Revista Derecho de Familia*, número 94, p. 51 cuando se habla de adquisiciones a título oneroso estamos ante “una permuta, dación en pago, sociedad, transacción, etc., no sólo la prohibición clásica en materia de compraventa del artículo 1459 del CC”.

<sup>103</sup> En este sentido, la Resolución de la DGSJFP de 26 de julio de 2023 (BOE, núm. 231, 27 de septiembre de 2023, pp. 130544 a 130555) señala que: “Indudablemente, es muy loable la actuación del notario al dar entrada en la escritura, como compareciente y otorgante, a la persona con discapacidad (aun cuando el curador representativo podría haber intervenido por sí solo), ya que supone un claro refuerzo y acicate a su plena integración social y a una adecuada toma de decisiones por quien tiene atribuida esa función de apoyo, pues no hay que olvidar que el notario tiene entre sus obligaciones (cfr. artículo 25.3 de la Ley del Notariado) prestar apoyo institucional a la persona con discapacidad.

Pero la revisión de las medidas vigentes, y su adaptación a la concreta situación de la persona respecto de las que se establecieron, es tarea reservada al juez, que es quien decidirá,

conforme a Derecho y procedimiento, lo que proceda y mejor convenga a los intereses de esa persona. Y en tanto no medie esa revisión, y aun constatado que la persona con discapacidad pueda eventualmente requerir, como medida de apoyo, una curatela asistencial y no representativa, esa decisión final escapa de las competencias atribuidas al notario. Así es corroborado en el tenor literal de un precepto como el artículo 291 del Código Civil, relativo a la extinción de la curatela, cuando determina que: “Asimismo, la curatela se extingue por resolución judicial cuando ya no sea precisa esta medida de apoyo o cuando se adopte una forma de apoyo más adecuada para la persona sometida a curatela”.

Por todo ello, y a modo de conclusión, no pueden compartirse estas dos afirmaciones que el notario ahora recurrente vierte en la escritura, y que en cierto modo son la base de su argumentación en el recurso: “(...) yo el notario entiendo que doña M. L. G. A., hoy curadora representativa, conforme a la disposición transitoria 2.<sup>a</sup> de la ley 8/2021 solo ejercerá funciones representativas en los supuestos necesarios que es cuando sea preciso por no poder formar su voluntad del discapacitado y por tanto aquí actúa como curadora con facultades asistenciales debiendo interpretarse dicha transitoria en el sentido de que sus facultades representativas lo son “cuando sea preciso” lo que no sucede en el presente caso (...)” y “(...) yo el notario considero que don J. M. G. A. tiene capacidad suficiente actuando con el doble apoyo institucional del notario y asistencial de la curadora representativa que actúa solo con dicho carácter asistencial (...)”.

Por lo que como concluye el Centro Directivo: “No se pueden compartir tales afirmaciones porque esa visión particular supondría dejar de lado, obviándola simple y llanamente, la intervención judicial que el legislador ha previsto para adecuar las medidas de apoyo a las necesidades de la persona necesitada de ellas”.

Por su parte, el Auto de la Audiencia Provincial de A Coruña, secc. 4.<sup>a</sup>, de 13 de septiembre de 2023 (JUR 2024,44330) deja sin efecto la curatela como medida de apoyo.

<sup>104</sup> Vid., la Resolución de la DGSJFP de 15 de febrero de 2024 (BOE, núm. 65, 14 de marzo de 2024, pp. 30151 a 20159) donde se discute si en este supuesto es necesario que el cargo de curador, tutor o las medidas de apoyo de la persona con discapacidad conste inscrito en el registro Civil para que pueda tomarse razón la venta en el Registro de la Propiedad. Así sostiene el Centro Directivo que: “Debe tenerse en cuenta: a) Que la inscripción de la resolución sobre medidas de apoyo y la del cargo de curador no es constitutiva de los hechos inscritos sino que —aparte su oponibilidad— tiene simplemente efectos probatorios y de legitimación, de modo que tal efecto probatorio no es excluyente, pues según el mismo artículo 17 de la Ley de Registro Civil “en los casos de falta de inscripción o en los que no fuera posible certificar del asiento, se admitirán otros medios de prueba”, siendo en el primer caso “requisito indispensable para su admisión la acreditación de que previa o simultáneamente se ha instado la inscripción omitida o la reconstrucción del asiento, y no su mera solicitud”; b) Que las resoluciones judiciales sobre medidas de apoyo y sobre el cargo de curador son documentos públicos que constituyen medio de prueba suficiente para acreditar los hechos a que se refieren y su inscripción sólo producen el despliegue de los principios de publicidad y legitimación registral de forma que pueda oponerse el hecho inscrito a quien no conoce el título, pero conociéndolo no puede negarse su eficacia probatoria, y c) Que, especialmente en casos de dilación de la inscripción en el Registro Civil por causas ajenas a la voluntad del interesado, ese deseo de conjurar el riesgo de que se produzca una colisión entre la inoponibilidad de la medida de apoyo derivada de su falta de inscripción en el Registro Civil y la oponibilidad de la inscripción de la adquisición de que se trata en el Registro de la Propiedad, no debe prevalecer sobre la necesidad de agilizar y simplificar el tráfico en la medida en que queden debidamente salvaguardados los intereses de las personas afectadas por las medidas de apoyo. Y ello, sigue el Centro Directivo, aunque en la resolución judicial no consta ni se reseña el hecho de haberse remitido al Registro Civil las correspondientes resoluciones judiciales relativas al nombramiento de tutora y la aceptación del cargo. No obstante, debe tenerse en cuenta que se incorpora a la escritura calificada testimonio del auto judicial de autorización a la tutora para proceder a la venta formalizada; y no puede negarse a tal docu-

mento el carácter de auténtico. Por ello, al constar en la escritura calificada el acto de control previo por parte de la autoridad judicial mediante una resolución cuyo contenido no deja lugar a dudas y ha cumplido la función de control de determinadas facultades que, en tanto que representante legal, competen a la tutora, debe concluirse que la registradora cuenta con todos los elementos precisos para calificar la autorización judicial (razón de ser del citado expediente de jurisdicción voluntaria) que constituye medio de prueba suficiente de la medida de apoyo y sobre el referido cargo y da soporte al acto dispositivo (el objeto de la inscripción) realizado por la tutora en nombre de su representada.

Y es que, aun no referida la problemática que respecto del defecto analizado subyace en el presente recurso a una cuestión estricta de representación y juicio de las facultades representativas, no es menos cierto que es perfectamente trasladable al caso la doctrina que se contiene en las Sentencias del Tribunal Supremo de 20 y 22 de noviembre de 2018 citadas por en sus alegaciones por el notario autorizante de la escritura (a las que puede añadirse la Sentencia número 378/2021, de 1 de junio); de modo que, la calificación registral, en un caso como éste, se limitaría a revisar que el título autorizado contenga los elementos que permitan corroborar que el notario ha ejercido el control que la ley le encomienda respecto la validez y vigencia de las facultades representativas y del complemento de las mismas de requerirse alguna autorización o habilitación adicional (la cual habrá de reseñarse de forma suficiente y rigurosa); y que su juicio de suficiencia sea congruente con el negocio y así se exprese en el título presentado”.

