

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

El curador del mayor: Un apoyo a la persona con modificación parcial de la capacidad*

Curator: A support for the person with partial modification of the capacity

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE
Profesora Titular de Derecho Civil. UCM

RESUMEN: La *curatela* es una medida flexible de apoyo a la persona parcialmente incapacitada para la realización de aquellos actos que se determinen en la propia sentencia de incapacitación. Las personas sometidas a curatela tienen *limitada* su capacidad. El juez es quien en cada caso concreto determina el apoyo del curador que el discapacitado parcialmente incapacitado necesita. Tras la valoración de las pruebas el juez acredita la enfermedad y la situación actual de *anormalidad* en la vida diaria y de riesgo real de los incapacitados. Es una institución jurídica favorable a su interés.

ABSTRACT: The guardianship is a flexible measure of support of the person partially incapacitated for the accomplishment of those acts that are determined in the own sentence of incapacitation. Persons under guardianship are limited in ability. The judge is who in each specific case determines the support of the guardianship that the partially disabled needs. After the evaluation of the evidence the judge ac-

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación «El Tribunal de Justicia de la Unión Europea: su incidencia en la configuración normativa del proceso civil español y en la protección de los derechos fundamentales» (DER 2016-75567-R), dirigido por María Encarnación AGUILERA MORALES, y financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad (MINECO), y en el marco del Grupo Consolidado de Investigación «Derecho de daños. Derecho de la contratación» de la Universidad Complutense de Madrid, de cuyos equipos de investigación formo parte.

credits the disease and the current situation of abnormality in daily life and real risk of the disabled. It is a legal institution favorable to their interest.

PALABRAS CLAVE: Incapacitación. Discapacitado. Curatela. Convención ONU. Modelo apoyo.

KEY WORDS: Disability. Disabled person. Guardianship. UN Convention. Support model.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.—II. LA CURATELA DEL MAYOR DE EDAD CON CAPACIDAD PARCIALMENTE MODIFICADA POR RESOLUCIÓN JUDICIAL.—III. EL PROCESO DE MODIFICACIÓN DE LA CAPACIDAD Y EL CONTENIDO DE LA MEDIDA DE PROTECCIÓN CONCRETA.—IV. TUTELA O CURATELA.—V. LA CURATELA Y LA PERSONA CON CAPACIDAD MODIFICADA PARCIALMENTE TITULAR DE SUS DERECHOS FUNDAMENTALES.—VI. DESIGNACIÓN DE CURADOR Y ALTERACIÓN DEL ORDEN LEGAL.—VII. REVISIÓN DE LA CURATELA. RENDICIÓN DE CUENTAS.—VIII. LA CURATELA EN CATALUÑA.—IX. CONCLUSIONES.—X. BIBLIOGRAFÍA.—XI. ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO.—XII. LEGISLACIÓN CITADA.

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

La curatela es una de las formas de guarda legal previstas en nuestro ordenamiento jurídico. La Ley 13/1983, de 24 de octubre de reforma del Código Civil en materia de tutela señaló en su artículo 215 que la «*guarda y protección de la persona y bienes o solamente de la persona o de los bienes de los menores o incapacitados, se realizará, en los casos que proceda, mediante... curatela*».

Mientras que la *tutela* tiene como finalidad la representación del incapaz, la *curatela* es una institución jurídica creada, como vamos a ver seguidamente, para el amparo de la persona y los bienes del mayor de edad incapacitado con una finalidad de asistencia para aquellos actos que se determinen en la ley o en la propia sentencia de incapacitación (arts. 289 y 290 del Código Civil y art. 760 LEC).

Tiene objeto patrimonial y aunque es de carácter estable, la actuación del curador es intermitente.

Las personas que pueden estar sujetas a curatela son (art. 286 del Código Civil):

- Los emancipados cuyos padres fallecieren o quedaran impedidos para el ejercicio de la asistencia prevenida por la ley.
- Los que obtuvieren el beneficio de la mayor edad.
- Los declarados pródigos o cuando la sentencia de incapacitación o, en su caso, la resolución judicial que la modifique coloquen bajo esta forma de protección en atención a su grado de discernimiento.

En estos casos la curatela no tendrá otro objeto que la intervención del curador en los actos que los menores o pródigos no puedan realizar por sí solos (art. 288 del Código Civil). Igualmente procede la curatela para las personas a

quienes la sentencia de incapacidad o, en su caso, la resolución judicial que la modifique, coloquen bajo esta forma de protección en atención a su grado de discernimiento (art. 287 del Código Civil).

En estos casos las personas sometidas a curatela pueden actuar por sí mismas, pero su *capacidad se encuentra limitada* exigiéndose la asistencia del curador. El Código Civil establece que el curador intervendrá en los actos que los menores (emancipados cuyos padres fallecieren o quedaran impedidos) o los que hayan obtenido el beneficio de la mayor edad, o los pródigos no puedan realizar por sí solos, o en el caso de incapacitados en aquellos actos que expresamente imponga la sentencia que la haya establecido y si la sentencia nada hubiera especificado, será necesaria la intervención del curador para los mismos actos en que los tutores necesitan autorización judicial, pues los actos realizados por la persona sujeta a curatela sin la intervención del curador están sometidos a las reglas de la *anulabilidad* (arts. 293 y 1301 del Código Civil). En resumen, el curador viene a suplir una capacidad insuficiente. El consentimiento emitido por el sometido a curatela no es suficiente para la validez del acto sino que debe complementarse con el consentimiento emitido por el curador.

Respecto a las normas de nombramiento, excusa y remoción, la ley se remite a las reglas de la tutela y si el sometido a curatela hubiese estado antes bajo tutela, será curador quien hubiera sido tutor, salvo que el juez disponga otra cosa (art. 291 del Código Civil).

Hay que tener en cuenta también que la reforma de la Jurisdicción Voluntaria en vigor desde el 23 de julio de 2015 recoge entre los expedientes en materia de personas el de la curatela indicando que será competente el Juzgado de Primera Instancia del domicilio de la persona con capacidad modificada judicialmente. No será preceptiva la intervención de abogado ni procurador, salvo en lo relativo a la remoción del tutor o curador en el que será necesaria la intervención de abogado. Estos expedientes de jurisdicción voluntaria se aplican para la constitución de la curatela, siempre que no se solicite dicha constitución en un proceso judicial para modificar la capacidad de una persona. Se indicarán los parientes más próximos, en su caso en el testamento de los padres o el documento público notarial otorgado por el propio afectado en los que se disponga sobre la tutela o la curatela. Se oirá al promotor, en su caso al designado, al afectado, a los parientes más próximos y al Ministerio Fiscal y el juez designará tutor o curador. El juez podrá exigirle la constitución de fianza. El designado también deberá presentar inventario de bienes y puede solicitar una retribución si el patrimonio lo permite (arts. 43 a 51 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria).

En los últimos años, son varias las sentencias en las que nuestro Alto Tribunal ha tenido que aclarar diversos aspectos de la institución, especialmente el supuesto de hecho contenido en los artículos 286, 3º y 287 del Código Civil referido a la curatela del mayor de edad con capacidad parcialmente modificada por resolución judicial, que es el que vamos a estudiar, como forma de protección en atención a su grado de discernimiento¹.

II. LA CURATELA DEL MAYOR DE EDAD CON CAPACIDAD PARCIALMENTE MODIFICADA POR RESOLUCIÓN JUDICIAL

Con la edad y el deterioro de la persona surgen enfermedades como, por ejemplo, la conocida enfermedad de Alzheimer que provoca un deterioro cognitivo y alteraciones de conducta. O puede ocurrir también que se declare la incapacidad

parcial del sujeto porque padece un trastorno límite de la personalidad, con rasgos impulsivos y antisociales², y precise de tratamiento psiquiátrico continuado³.

En el caso del Alzheimer, si está en una primera fase, puede dar lugar simplemente a una modificación parcial de la capacidad por originar un deterioro cognitivo leve (que provoca pérdidas de memoria, dificultades para expresarse e incluso algún extravío puntual) y las alteraciones de conducta (fundamentalmente de desconfianza hacia su entorno) que no impiden al sujeto mantener su independencia vital⁴.

En ambos casos se produce una discapacidad intelectual que limita al sujeto para su autogobierno tanto en el ámbito personal como en el patrimonial y para complementar su capacidad necesita de la asistencia de un curador y no de un tutor. El juzgador entiende que *es suficiente la imposición de un curador como un apoyo ya que, sin sustituir a la persona con discapacidad, le ayude a tomar las decisiones que le afecten*. No obstante como ya hemos indicado es el juzgador en cada supuesto el que elaborará lo que la doctrina jurisprudencial que vamos a analizar ha denominado «traje a medida», estudiando para cada caso concreto la posibilidad de actuación del sujeto en la esfera personal y patrimonial y el «apoyo» del curador que necesita⁵. Igualmente establecerá motivadamente la decisión a la que llegue⁶.

En el caso del Alzheimer cuando está en una primera fase⁷, el sujeto afectado por la enfermedad puede tener una «alta reserva cognitiva», *lo que no es compatible con su sometimiento a tutela*. En la *esfera personal* necesita la intervención del curador para tomar decisiones que excedan de las actividades básicas de la vida ordinaria y para todo lo relacionado con su salud, manejo de medicamentos, pautas alimenticias y consentimiento de tratamientos médicos. En la *esfera patrimonial y de economía*, puede gestionar y administrar el cincuenta por ciento de su pensión, conserva la iniciativa pero necesita la asistencia de un curador para los actos patrimoniales recogidos en los artículos 271 y 272 del Código Civil con las especificaciones que se establecen.

Otros ejemplos de incapacitación parcial pueden referirse a aquellos supuestos en los que el sujeto tenga una inteligencia denominada «borderline»⁸ por lo que no tiene totalmente anulada su capacidad (aunque tenga problemas de visión también)⁹.

III. EL PROCESO DE MODIFICACIÓN DE LA CAPACIDAD Y EL CONTENIDO DE LA MEDIDA DE PROTECCIÓN CONCRETA

El legislador persigue que en los procesos de modificación de la capacidad se alcance la finalidad constitucional de proporcionar la protección más adecuada a la situación *precisa* de la persona *concreta* que lo requiera en ese momento. De ahí que sea misión del juzgador buscar *el apoyo necesario que en cada caso precise la persona con discapacidad con el fin de promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales*, de acuerdo con los criterios de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006.

Para el otorgamiento de la medida de protección de la curatela es imprescindible desde el punto de vista procesal cumplir con exhaustividad el *principio de inmediación* de la práctica y la valoración de las pruebas y audiencias preceptivas (art. 759 LEC), pues ello permite no solo acreditar la enfermedad sino también la

situación actual de *anormalidad* en la vida diaria y de riesgo real de los sujetos en cada caso concreto.

En la valoración de la prueba practicada en los procesos de modificación judicial de la capacidad, el *juez goza de una gran discrecionalidad que debe justificar en la motivación de la sentencia*¹⁰. Pues la modificación parcial de la capacidad, por ejemplo en el caso de enfermedades con deterioro del proceso cognitivo concluye que la situación actual en el momento del juicio no es la que tenía el sujeto en el pasado donde sí desarrollaba una vida normal, independiente y autosuficiente.

IV. TUTELA O CURATELA

La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, que forma parte de nuestro ordenamiento desde el 3 de mayo de 2008, opta por un *modelo de apoyos* para configurar el sistema dirigido a hacer efectivos los derechos de las personas con discapacidad (art. 12.3)¹¹.

La extensión de la medida de protección, los límites a la capacidad y el siguiente régimen de protección *que se constituya* (art. 760.1 LEC) deben fijarse atendiendo en exclusiva a lo que sea adecuado y necesario para el ejercicio de los derechos de la persona, atendiendo a sus concretas y particulares circunstancias. El sistema de apoyos a que alude la Convención está integrado en nuestro Derecho por la tutela y la curatela, que deben interpretarse conforme a los principios de la Convención. La *tutela* es la forma de apoyo más intensa, necesaria cuando la persona con discapacidad no pueda tomar decisiones en sus asuntos, ni por sí misma ni tampoco con el apoyo de otras personas. El artículo 267 del Código Civil afirma que el tutor es el representante de la persona con la capacidad modificada judicialmente, salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí solo, ya sea por disposición expresa de la ley o de la sentencia. Pero en atención a las *circunstancias personales* puede ser suficiente un apoyo menos intenso que, sin sustituir a la persona con discapacidad, le ayude a tomar las decisiones que le afecten. Esta función la cumple en nuestro ordenamiento la *curatela*, concebida como un sistema mediante el cual se presta asistencia, como un complemento de capacidad, sin sustituir a la persona con discapacidad (arts. 287, 288 y 289 del Código Civil). Además es una institución flexible caracterizada por su contenido de asistencia y supervisión, no por el ámbito personal o patrimonial¹² o por la extensión en los actos en los que se preste.

Así lo establece expresamente el artículo 150 del Código del Derecho foral de Aragón¹³ y desde hace tiempo lo habían venido admitiendo la doctrina y la jurisprudencia en el ámbito del Código Civil. En este sentido cabe citar la sentencia 995/1991, de 31 diciembre (que exigió la intervención de curador para otorgar autorizaciones de adopción y similares de cualquiera de sus hijos habidos o los que pudiera tener en el futuro la mujer cuya capacidad de obrar se limitaba). De forma más reciente, interpretando el sistema vigente conforme a los principios de la Convención de Nueva York, son abundantes las decisiones de la Sala Primera que atribuyen al *curador una función de control, supervisión y apoyo en lo personal* (SSTS de 24 de junio¹⁴, de 30 de junio¹⁵, de 14 de octubre de 2015¹⁶, de 20 de octubre de 2015¹⁷ de 17 de diciembre de 2015¹⁸, de 3 de junio de 2016¹⁹, 216/2017, de 4 de abril de 2017).

La intervención del curador en el *ámbito patrimonial*, no se circumscribe necesariamente a los actos a que se refiere el artículo 290 del Código Civil sino

que *puede extenderse a todos aquellos en los que sea precisa la asistencia*; cuestión distinta es que, cuando la sentencia no los especifique, el legislador se refiere subsidiariamente a los actos que genéricamente considera de mayor complejidad o trascendencia para el patrimonio de la persona con discapacidad, que son aquellos para los que el tutor necesita autorización judicial²⁰.

En la *esfera personal* el curador puede intervenir para tomar las decisiones que excedan de las actividades básicas de la vida ordinaria y para todo lo relacionado con su salud, manejo de medicamentos, pautas alimenticias y consentimiento de tratamientos médicos²¹.

La curatela está indicada para la supervisión tanto en los aspectos patrimoniales como en aquellos que afectan a la persona, que garanticen su estado de salud, el pago de sus necesidades ordinarias, eviten el gasto excesivo y la manipulación por parte de terceras personas.

En definitiva la doctrina jurisprudencial indica que debe adoptarse una medida siempre *favorable a su interés* reconociendo y potenciando la capacidad acreditada en cada caso, *evitando lo que sería una verdadera muerte social y legal* que tiene su expresión más clara en la anulación de los derechos políticos, sociales o de cualquier otra índole reconocidos en la Convención.

PALLARÉS NEILA²² se mostró muy crítico con la STS de 24 de junio de 2013²³ pues a su juicio realiza una utilización instrumental de la *curatela* para dar respuesta a situaciones que deberían ser objeto de una *tutela*, por aplicación directa de la Convención de Nueva York. Y ello porque tras declarar la incapacidad parcial extiende la pérdida de autogobierno a aspectos personales, sanitarios y patrimoniales²⁴. Lo que a su juicio determina no una incapacidad parcial, no una curatela sino que «se trata de una tutela encubierta bajo una apariencia irreal²⁵, que en sus estrictos términos habrá sido imposible de ejercer por la entidad curadora»²⁶.

V. LA CURATELA Y LA PERSONA CON CAPACIDAD MODIFICADA PARCIALMENTE TITULAR DE SUS DERECHOS FUNDAMENTALES

Como acabamos de ver, la doctrina jurisprudencial reiteradamente afirma que la persona con modificación parcial de la capacidad sigue siendo titular de sus derechos fundamentales²⁷ ya que las cautelas que se imponen son solo una forma de protección.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, firmado en Nueva York el 13 de diciembre 2006 y ratificada por España el 23 de noviembre de 2007, señala que: *la incapacitación, al igual que la minoría de edad, no cambia para nada la titularidad de los derechos fundamentales, aunque sí que determina su forma de ejercicio*. De aquí, que deba evitarse una regulación abstracta y rígida de la situación jurídica del discapacitado... Una medida de protección como la incapacitación, independientemente del nombre con el que finalmente el legislador acuerde identificarla, solamente tiene justificación con relación a la protección de la persona.

El sistema de protección establecido en el Código Civil sigue por tanto vigente, aunque con la lectura que se propone: «1.º Que se tenga siempre en cuenta que el incapaz sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que la incapacitación es solo una forma de protección. 2.º La incapacitación no es una medida discriminatoria porque la situación merecedora de la protección tiene características específicas y propias. Estamos hablando de una persona cuyas facultades

intelectivas y volitivas no le permiten ejercer sus derechos como persona porque le impiden autogobernarse. Por tanto no se trata de un sistema de protección de la familia, sino única y exclusivamente de la persona afectada.

VI. DESIGNACIÓN DE CURADOR Y ALTERACIÓN DEL ORDEN LEGAL

El Código Civil establece un orden de preferencia en el llamamiento a ocupar el *cargo de curador*. No obstante, hemos apreciado como en los casos de modificación parcial del sujeto con discapacidad la doctrina jurisprudencial se decanta por elegir para el puesto a la persona que el tribunal considera más adecuada y conveniente para la protección del recurrente, para lo cual el propio juzgador valorará de forma motivada la idoneidad del sujeto elegido para el desempeño del cargo.

Será el juzgador quien determine que el sujeto señalado por el orden legal de preferencia carece de la idoneidad exigida, o bien porque tenga un desgaste físico y mental o bien porque no quiera, pues, aunque constituye un deber legal, *puede resultar contraproducente el nombramiento de quien no está dispuesto a asumir la tutela*²⁸. Por otro lado puede ocurrir que en el proceso de degeneración de la enfermedad el sujeto a quien se le modifica parcialmente la capacidad haya originado conflictividad familiar, y desaconseje el nombramiento de uno de los parientes llamados legalmente²⁹.

Si la persona afectada por discapacidad está en condiciones de hacerlo puede expresar su predilección acerca de quién prefiere que asuma el cargo de curador en el mismo momento en el que se va a proceder a su nombramiento con arreglo a los principios de la Convención de Nueva York, cuyo artículo 12.4 señala que las salvaguardias que se adopten *asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona*. Además conforme a nuestro ordenamiento el juez debe oír a aquel cuya curatela se pretenda constituir (art. 231 del Código Civil y artículo 45.2 LJV)³⁰.

Ha sido la doctrina jurisprudencial la que ha indicado que esta manifestación de voluntad expresada en el momento de constitución de la curatela no tiene la eficacia de la autotutela otorgada previamente en escritura pública, pero puede ser relevante como un criterio que permita al juez apartarse motivadamente del orden legal establecido para el nombramiento de tutor y curador. Resulta beneficioso para el interés de la persona con discapacidad que el apoyo sea prestado por una persona de su confianza y cariño, de modo que su interés quede protegido de manera más adecuada siguiendo sus preferencias. Para reconocer la eficacia de esta voluntad basta con que la persona goce de la capacidad suficiente para manifestar tal preferencia³¹.

Supuesto distinto es el de la STS de 20 de octubre de 2015³² donde se acordó que debía someterse a curatela como medida de protección que no se la puede prestar su familia por el enfrentamiento existente con ella, indicándose que el cargo será ejercido por la Comisión valenciana de Tutelas de la Generalitat Valenciana.

VII. REVISIÓN DE LA CURATELA. RENDICIÓN DE CUENTAS

Al ser la medida de protección ajustada a las necesidades concretas del sujeto con capacidad judicial modificada parcialmente, y teniendo en cuenta que la situa-

ción generalmente del mayor de edad con procesos de enfermedad degenerativos, la enfermedad puede evolucionar, el juzgador señalará en la propia sentencia el plazo necesario de revisión de la situación en plazos breves —cada seis meses o antes si fuera necesario según cada supuesto—. Situación que deberá ser puesta de manifiesto por el propio curador cuya una de sus obligaciones se concreta en informar al juzgado que ha conocido del asunto e igualmente también deberá rendir cuentas anuales de su gestión, generalmente a fecha 31 de diciembre de cada anualidad.

Ejemplo de la revisión de la sentencia de modificación parcial de la capacidad es la STS de 20 de octubre de 2015, cuyo supuesto de hecho se refiere a la incapacitada, que ya había sido declarada parcialmente incapaz en resolución judicial precedente, y que padecía un trastorno límite de la personalidad grave, concretándose su carácter permanente e irreversible.

VIII. LA CURATELA EN CATALUÑA

El legislador catalán regula en el Libro II, Título II, Capítulo III del Código Civil catalán la institución. No obstante adelantamos que las cuestiones tratadas no se diferencian en nada al derecho común ni a lo establecido por la doctrina jurisprudencial. Así, en el artículo 223-1 indica las personas que podrán ser sometidas a curatela³³, en el artículo 223-6 se refiere a la curatela de las personas incapacitadas³⁴, las situaciones de conflicto de intereses (art. 223-7)³⁵, la falta de complemento de capacidad (art. 223-8)³⁶ la extinción de la misma (art. 223-9)³⁷, concretando también su régimen jurídico en el artículo 223-10³⁸. Preceptos modificados por la disposición final de la Ley 3/2017, de 15 de febrero, del libro sexto del Código Civil de Cataluña, relativo a las obligaciones y los contratos, y de modificación de los libros primero, segundo, tercero, cuarto y quinto, que entrará en vigor el 1 de enero de 2018.

Así la curatela se concibe como una institución flexible que complementa la capacidad, y se admite en supuestos de incapacitación parcial con la obligación de rendir cuentas. Medida de protección cuya función es ejercerse siempre en interés de la persona asistida, de acuerdo con su personalidad, y dirigida al cuidado de su persona, a la administración o defensa de sus bienes e intereses patrimoniales y al ejercicio de sus derechos.

Institución totalmente diferente es la de la *asistencia*, que se regula en el Título II bajo la rúbrica «Las instituciones de protección de la persona», Capítulo VI «La asistencia» (arts. 226-1 a 226-7). De modo que una persona mayor de edad en la que concurre una causa de disminución no incapacitante de sus facultades físicas o psíquicas (que no provoque una falta de autogobierno de la persona) toma la decisión de solicitar al juez el nombramiento en procedimiento de jurisdicción voluntaria de un asistente para que cuide de su persona y patrimonio, ejerciendo aquellas funciones que, le atribuye el propio asistido y, se determinan en el auto de nombramiento. Su función no es la de representar sino la de completar su capacidad en determinadas actuaciones, que afectan a la esfera personal y patrimonial del asistido. Opera sobre una persona capaz, si bien con una disminución de sus facultades físicas o psíquicas no susceptibles de constituir causa de incapacitación. Su constitución es voluntaria y con carácter gratuito, con un alcance personal y patrimonial, siendo el nombramiento judicial. Sin olvidarnos de otra figura: el apoderamiento preventivo (art. 222-2.2 CCC)³⁹.

La solicitud de nombramiento es voluntaria pero corresponde al juez en procedimiento de jurisdicción voluntaria proceder a su nombramiento, indicando las funciones concretas que va a llevar a cabo el asistente, tanto en la esfera personal⁴⁰ como patrimonial⁴¹ de la persona asistida. Al ser un cargo voluntario, se ha de contar con la aceptación del asistente.

IX. CONCLUSIONES

I. La *curatela* es una institución jurídica de asistencia regulada para apoyar a la persona parcialmente incapacitada para la realización de aquellos actos que se determinen en la propia sentencia de incapacitación.

II. Las personas sometidas a curatela pueden actuar por sí mismas, pero su *capacidad se encuentra limitada* exigiéndose la asistencia del curador —que suple una capacidad insuficiente. Si la sentencia nada hubiera especificado, será necesaria la intervención del curador para los mismos actos en que los tutores necesitan autorización judicial.

III. El juzgador será quien en cada caso concreto determine y ajuste el apoyo del curador que el discapacitado parcialmente incapacitado necesite.

IV. El sujeto mayor parcialmente incapacitado lo es porque al estar afectado por una enfermedad puede tener una «alta reserva cognitiva», *lo que no es compatible con su sometimiento a tutela pero si a curatela*.

V. La vida cotidiana se subdivide en dos esferas: la esfera personal y la esfera patrimonial o económica. La misión del juzgador consiste en determinar el *apoyo necesario que en cada caso precise la persona con discapacidad con el fin de promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales*, de acuerdo con los criterios de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006.

VI. Y lo hace conforme al principio de *inmediación* de la práctica y la valoración de las pruebas y audiencias preceptivas (art. 759 LEC), pues ello permite no solo acreditar la enfermedad sino también la situación actual de *anormalidad* en la vida diaria y de riesgo real de los sujetos en cada caso concreto.

VII. *La curatela es una institución flexible que se caracteriza por su contenido de asistencia y supervisión, pero no por el ámbito personal o patrimonial en el que se ejerce ni por la extensión de actos en los que se preste.*

VIII. En todo caso la curatela es una medida favorable a su interés reconociendo y potenciando la capacidad acreditada en cada caso, *evitando lo que sería una verdadera muerte social y legal* que tiene su expresión más clara en la anulación de los derechos políticos, sociales o de cualquier otra índole reconocidos en la Convención.

X. BIBLIOGRAFÍA

ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, M.^a M. La curatela como medida de protección idónea en los casos de incapacidad parcial, en *Actualidad Civil*, núm. 2, Sección Estudios de Jurisprudencia, febrero de 2015, Editorial Wolters Kluwer. (La Ley 1212/2015).

BERROCAL LANZAROT, A. I. La autonomía de la voluntad y los instrumentos de protección de las personas discapacitadas, en *La Ley Derecho de familia*,

- núm. 2, Sección A Fondo, Segundo trimestre de 2014, Editorial Wolters Kluwer (La Ley 1578/2014).
- BONÉ PINA, J. F. La tutela y la curatela en el nuevo Código de Familia de Cataluña, en *Actualidad Civil*, Sección Doctrina, 2000, Ref. V, 81, tomo 1, Editorial La Ley. (La Ley 1920/2001).
- BOTELLO HERMOSA, P. La Sentencia del Tribunal Supremo 421/2013, de 24 de junio de 2013, como prueba de la eficiente adaptación del artículo 12 a través de la curatela, en *Actualidad Civil*, núm. 9, septiembre de 2015, Editorial Wolters Kluwer (La Ley 5677/2015).
- MEDRANO PÉREZ, B. Incapacitación: tutela y curatela, en *Actualidad Civil*, núm. 2, febrero de 2016, Editorial Wolters Kluwer.
- LIÉBANA ORTIZ, J. R. *Cuestiones prácticas sobre la jurisdicción voluntaria. 200 preguntas y respuestas*. Dirigido por Liébana Ortiz, Juan Ramón. Aranzadi, 2015. Pamplona. España.
- PALLARÉS NEILA, J. Tutela versus curatela, *Actualidad Civil*, núm. 2, Sección A Fondo, febrero de 2016, Editorial Wolters Kluwer (La Ley 659/2016).
- SERRANO ALONSO, E. Relevancia de la intervención del juez en la incapacidad, tutela y curatela, en *Diario La Ley*, 1984, 1117, tomo 2, Editorial La Ley. (La Ley 6069/2001).

XI. ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO

- STC, Sala Segunda, Sentencia 174/2002 de 9 de octubre de 2002, Rec. 1401/2000. Ponente: Tomás VIVES ANTÓN. (La Ley 7855/2002).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 298/2017 de 16 de mayo de 2017, Rec. 2759/2016. Ponente: María Ángeles PARRA LUCÁN. (La Ley 48331/2017).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 216/2017 de 4 de abril de 2017, Rec. 56/2016. Ponente: Eduardo BAENA RUIZ. (La Ley 21429/2017).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 373/2016 de 3 de junio de 2016, Rec. 2367/2015. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. (La Ley 59408/2016).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 716/2015 de 17 de diciembre de 2015, Rec. 2577/2014. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. (La Ley 196605/2015).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 557/2015 de 20 de octubre de 2015, Rec. 2158/2014. Ponente: Eduardo BAENA RUIZ. (La Ley 147843/2015)
- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 553/2015 de 14 de octubre de 2015, Rec. 1257/2014. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. (La Ley 147841/2015).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 244/2015 de 13 de mayo de 2015, Rec. 846/2014. Ponente: Ignacio SANCHO GARGALLO. (La Ley 54799/2015).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 337/2014 de 30 de junio de 2014, Rec. 1405/2013. Ponente: Francisco Javier ORDUÑA MORENO. (La Ley 140916/2014)
- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 421/2013 de 24 de junio de 2013, Rec. 1220/2012. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. (La Ley 92052/2013)
- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 617/2012 de 11 de octubre de 2012, Rec. 262/2012. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. (La Ley 158043/2012)

- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 282/2009 de 29 de abril de 2009, Rec. 1259/2006. Ponente: Encarnación ROCA TRIAS. (La Ley 49525/2009).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 646/2004 de 30 de junio de 2004, Rec. 2898/1999. Ponente: Jesús CORBAL FERNÁNDEZ. (La Ley 1761/2004).

XII. LEGISLACIÓN CITADA

- Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006
- Código Civil
- Ley de Enjuiciamiento Civil
- Ley de Jurisdicción Voluntaria
- Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente
- Código del Derecho foral de Aragón
- Código Civil Catalán

NOTAS

¹ STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 298/2017 de 16 de mayo de 2017, Rec. 2759/2016. Ponente: María Ángeles PARRA LUCÁN. (La Ley 48331/2017). STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 216/2017 de 4 de abril de 2017, Rec. 56/2016. Ponente: Eduardo BAENA RUIZ. (La Ley 21429/2017). STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 557/2015 de 20 de octubre de 2015, Rec. 2158/2014. Ponente: Eduardo BAENA RUIZ. (La Ley 147843/2015); STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 337/2014 de 30 de junio de 2014, Rec. 1405/2013. Ponente: Francisco Javier ORDUÑA MORENO. (La Ley 140916/2014); STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 421/2013 de 24 de junio de 2013, Rec. 1220/2012. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. (La Ley 92052/2013); STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 646/2004 de 30 de junio de 2004, Rec. 2898/1999. Ponente: Jesús CORBAL FERNÁNDEZ. (La Ley 1761/2004).

² El «trastorno límite de la personalidad», los «rasgos de trastorno paranoide de la personalidad», los «rasgos impulsivos y antisociales», tienen especial relevancia cuando el sujeto no se encuentra controlado y con tratamiento psiquiátrico continuado.

³ Es el supuesto de hecho que fue analizado en la STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 216/2017 de 4 de abril de 2017, Rec. 56/2016. Ponente: Eduardo BAENA RUIZ. (La Ley 21429/2017).

⁴ Es el supuesto de hecho objeto de análisis de la STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 298/2017 de 16 de mayo de 2017, Rec. 2759/2016. Ponente: María Ángeles PARRA LUCÁN. (La Ley 48331/2017).

⁵ La STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 216/2017 de 4 de abril de 2017, Rec. 56/2016. Ponente: Eduardo BAENA RUIZ, (La Ley 21429/2017), así lo reitera «La modificación de la capacidad supone “lo que la Sala ha calificado de *traje a medida*” (SSTS de 20 de abril de 2009, de 1 de julio de 2014, de 13 de mayo y de 20 de octubre de 2015) y para ello se precisa un conocimiento de la situación en que se encuentra esa persona en su vida diaria, y cómo se cuida en esa faceta de su vida, para inferir si puede actuar por sí misma o necesita ayuda».

⁶ La STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 244/2015 de 13 de mayo de 2015, Rec. 846/2014. Ponente: Ignacio SANCHO GARGALLO, (La Ley 54799/2015), afirma que el juez goza de gran *discrecionalidad* a la hora de valorar la prueba practicada, *debiendo motivar en la sentencia la convicción psicológica a la que llega*. Y aunque se denegara la práctica de determinada prueba, tanto en primera como en segunda instancia se ha examinado a la

incapaz, se han oído a los parientes más próximos y se han recabado los informes médicos pertinentes.

⁷ Supuesto de hecho de la STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 298/2017 de 16 de mayo de 2017, Rec. 2759/2016. Ponente: María Ángeles PARRA LUCÁN. (La Ley 48331/2017).

⁸ El trastorno límite de la personalidad, *borderline* (abreviado como TLP), también llamado límitrofe o fronterizo, es definido como «un trastorno de la personalidad que se caracteriza primariamente por inestabilidad emocional, pensamiento extremadamente polarizado y dicotómico, impulsividad y relaciones interpersonales caóticas». El perfil global del trastorno también incluye típicamente una inestabilidad acusada y generalizada del estado de ánimo, de la autoimagen y de la conducta, así como del sentido de identidad, que puede llevar a períodos de disociación.

⁹ STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 544/2014 de 20 de octubre de 2014, Rec. 229/2013. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. (La Ley 145485/2014).

¹⁰ La STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 244/2015 de 13 de mayo de 2015, Rec. 846/2014. Ponente: Ignacio SANCHO GARGALLO, (La Ley 54799/2015), afirma que una demencia senil leve, falta de movilidad, sordera y minusvalía administrativa del 90% no determinan su incapacidad total. Pueden serle preservados los estados de autonomía que sí se le reconocen. El deterioro que padece no le impide decidir sobre cuestiones relacionadas con su persona, como la libertad de deambulación sobre si prefiere seguir viviendo en su casa con una persona que le asista o en una residencia. Que precise de silla de ruedas y de alguien que le asista en sus necesidades personales no justifica anular su capacidad de decisión. Y aunque carezca de capacidad de cálculo, no está incapacitada para elegir el destino de sus medios económicos. Necesita de alguien que administre su patrimonio y complemente su capacidad. En estos procedimientos el *juez goza de gran discrecionalidad a la hora de valorar la prueba practicada, debiendo motivar en la sentencia la convicción psicológica a la que llega*. Y aunque se denegara la práctica de determinada prueba, tanto en primera como en segunda instancia se ha examinado a la incapaz, se han oído a los parientes más próximos y se han recabado los informes médicos pertinentes. En el mismo sentido la STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 216/2017 de 4 de abril de 2017, Rec. 56/2016. Ponente: Eduardo BAENA RUIZ. (La Ley 21429/2017).

¹¹ Se trata, como declara el artículo 1 de la Convención, de promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad y promover el respeto de su dignidad inherente. Con el fin de hacer efectivo este objetivo, los Estados deben asegurar que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos. Esas salvaguardias deben asegurar que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona. En particular, las salvaguardias, deben ser proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas (art. 12.4 de la Convención). Desde esta perspectiva debe interpretarse lo dispuesto en el Código Civil y en la Ley de Enjuiciamiento Civil, que ya contemplaban desde el año 1983 la gradación de la modificación de la capacidad de obrar.

¹² La curatela no está limitada al ámbito patrimonial. La regulación conjunta de todos los supuestos en que procede la curatela (arts. 286 y 287 del Código Civil) permitiría creer lo contrario, puesto que la curatela de los emancipados (art. 323 del Código Civil) y la de los pródigos (por el propio presupuesto que la provoca) sí se limitan a los actos de naturaleza exclusivamente patrimonial. Sin embargo, para las personas con discapacidad esto no es así, porque ni resulta de la letra del artículo 287 del Código Civil ni es coherente con la exigencia de adoptar un sistema de apoyo que se adapte a las concretas necesidades y circunstancias de la persona afectada. La curatela puede ser un apoyo en la esfera personal o en la patrimonial, o en ambas, según lo requiera en cada caso la protección de la persona. (Así lo afirma la STS Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 298/2017 de 16 de mayo de 2017, Rec. 2759/2016. Ponente: María Ángeles PARRA LUCÁN. (La Ley 48331/2017).

¹³ Artículo 150 Curatela de incapacitados

1. La sentencia de incapacidad debe determinar los actos para los que el incapacitado necesita la asistencia del curador. Si no dispone otra cosa, se entenderá que la requiere, además de para los actos determinados por la ley, para aquellos en los que la precisa el menor mayor de catorce años.

2. La sentencia podrá conceder al curador la representación para determinados actos de administración o disposición de bienes del incapacitado. También podrá limitar la curatela al ámbito personal.

3. Si el incapacitado hubiese estado con anterioridad bajo tutela, desempeñará el cargo de curador quien hubiese sido su tutor, a menos que el juez disponga motivadamente otra cosa.

4. A esta curatela le son de aplicación supletoria, con las necesarias adaptaciones, las normas relativas a la tutela de incapacitados, especialmente en materia de promoción, constitución, contenido personal y extinción.

¹⁴ STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 421/2013 de 24 de junio de 2013, Rec. 1220/2012. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. (La Ley 92052/2013). Persona que padece esquizofrenia paranoide. Designación de un curador.

¹⁵ STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 337/2014 de 30 de junio de 2014, Rec. 1405/2013. Ponente: Francisco Javier ORDUÑA MORENO. (La Ley 140916/2014).

¹⁶ STS Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 553/2015 de 14 de octubre de 2015, Rec. 1257/2014. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. (La Ley 147841/2015). La demandada padece una enfermedad psíquica diagnosticada como deterioro cognitivo tipo demencia asociada a ideación delirante, que cursa de forma crónica, progresiva e irreversible. La prueba practicada evidencia que tiene cierta autonomía para las habilidades básicas de la vida diaria y que es capaz de administrar pequeñas sumas de dinero que se le entregan como dinero de bolsillo. Pero su trastorno mental incide gravemente en su autonomía pues las actividades que realiza están condicionadas por el delirio que padece. Precisa una supervisión limitada a las tareas personales y patrimoniales que garanticen su estado de salud y el pago de sus necesidades ordinarias y eviten el gasto excesivo y la manipulación por parte de terceras personas. Se le somete al régimen legal de curatela y no de tutela. El curador intervendrá en sus tareas de aseo, medicación, administración de su vida cotidiana y en la administración, gestión y disposición de su patrimonio y economía.

¹⁷ STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 557/2015 de 20 de octubre de 2015, Rec. 2158/2014. Ponente: Eduardo BAENA RUIZ. (La Ley 147843/2015). La demandada padece un trastorno límite de la personalidad grave, de carácter permanente e irreversible.

¹⁸ STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 716/2015 de 17 de diciembre de 2015, Rec. 2577/2014. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. (La Ley 196605/2015). El demandado padece una «esquizofrenia paranoide» que limita sus facultades para tomar decisiones económicas y relacionadas con su salud, pudiéndole llevar en ocasiones a realizar gastos injustificados o a abandonar el tratamiento previsto con evidente peligro del consumo paralelo de productos psicotrópicos. Su patología le impide autogobernarse, por lo que se le somete a un régimen de curatela como sistema de protección y no de exclusión, señalándose aquellos actos para los que precisará de la asistencia del curador.

¹⁹ STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 373/2016 de 3 de junio de 2016, Rec. 2367/2015. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. (La Ley 59408/2016). La demandada padece una pseudodemencia depresiva en relación con trastorno adaptativo con un deterioro cognitivo leve. Con una adecuada supervisión puede realizar tareas de autocuidado y actividades instrumentales diarias. Necesita apoyos para tomar medicación y acudir a consultas psiquiátricas, así como para realizar actuaciones económicas, jurídicas y administrativas. No es necesaria su incapacidad, sino la instauración de una curatela que complemente su capacidad. No está justificado que sea privada del derecho de sufragio pues no se acredita que no pueda discernir el sentido de su voto o que lo ponga en riesgo mediante la actuación de terceros. Se nombra curador a la FUNGA (Fundación Pública Galega para a Tutela de Pessoas Adultas). No se respeta la voluntad de la demandada de designar a la vecina que le ha venido asistiendo al constar que ha retirado sumas de dinero de la cuenta en la que aquella tiene sus ahorros y las ha incorporado a su patrimonio. La voluntad de la incapaz se ha visto influenciada por quien pretende asumir su curatela.

²⁰ Se necesita la asistencia de un curador para:

- Enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios.
- Celebrar contratos o realizar actos susceptibles de inscripción.
- Renunciar derechos, así como transigir o someterse a arbitraje.
- Partir herencias o dividir cosas comunes.
- Aceptar sin beneficio de inventario cualquier herencia o repudiar esta o las liberalidades.
- Hacer gastos extraordinarios en los bienes.
- Entablar demanda, salvo en los asuntos urgentes o de escasa cuantía.
- Ceder bienes en arrendamiento sujetos a prórroga forzosa o por más de 3 años.
- Dar y tomar dinero a préstamo.
- Disponer a título gratuito de bienes o derechos.

²¹ Ello, naturalmente, sin perjuicio de la aplicación *cuando proceda* de lo dispuesto en el artículo 9.2.b) y en el artículo 9.3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente. El primero legitima a los facultativos para llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no sea posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él. El artículo 9.3 indica que 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, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho. En todo caso, la decisión deberá adoptarse atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente, en los términos del artículo 9.6 de la misma Ley.

A la vista de los informes médicos, la inhabilidad puede extenderse:

- a la *conducción de vehículos de motor* y a la *tenencia y uso de armas*, ámbitos en los que carece de sentido la actuación por representación pero también con asistencia del curador.
- declararse la *extinción de los poderes* que hubiera podido haber otorgado.
- Pero se puede conservar el *derecho de sufragio activo*.
- Por tratarse de un acto personalísimo, para el otorgamiento de *testamento* habrá que estar a lo dispuesto en el artículo 665 del Código Civil, conforme al cual el notario designará dos facultativos que previamente le reconozcan y no lo autorizará sino cuando estos respondan de su capacidad.

²² PALLARES NEILA, Javier: «*Tutela versus curatela*», *Actualidad Civil*, núm. 2, Sección A Fondo, febrero de 2016, Editorial Wolters Kluwer (La Ley 659/2016).

²³ STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 421/2013 de 24 de junio de 2013, Rec. 1220/2012. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA (La Ley 92052/2013).

²⁴ «*En la esfera personal requerirá la intervención del curador en cuanto al manejo de los medicamentos prescritos, ayuda de su enfermedad y autocuidado, el cual decidirá en su caso la permanencia en residencia o su internamiento en un establecimiento de salud mental o de educación o formación especial. En lo que se refiere al patrimonio y economía, conservará su iniciativa pero precisará del curador para su administración, gestión y disposición, ya sea inter vivos o mortis causa, completando su incapacidad. Controlará y fiscalizará todos sus gastos, incluidos los corrientes, evitando el gasto excesivo y la manipulación por parte de terceras personas, sin perjuicio de que se le asigne una suma periódica para su consumo y necesidades cotidianas de la vida (dinero de bolsillo)*».

²⁵ «*Se mantiene a FUNGA como curador la cual deberá informar cada seis meses, o antes si fuera necesario, sobre la situación personal del incapacitado y rendir cuentas anuales de su gestión a fecha 31 de diciembre de cada anualidad. Dicha rendición consistirá en una relación detallada de los gastos e ingresos acaecidos en su patrimonio, relación que habrá de ir acompañada de documentos originales, justificativos de los mismos y se hará entrega en el Juzgado que ha conocido de este asunto*».

²⁶ La explicación del por qué el Tribunal Supremo ha llegado a dictar esta resolución, la encontramos en el FJ2º: «*4. Estos hechos... conducen a estimar la necesidad de una supervisión tanto en los aspectos patrimoniales como en aquellos que afectan a la persona, que garanticen*

su estado de salud, el pago de sus necesidades ordinarias, eviten el gasto excesivo y la manipulación por parte de terceras personas, y para ello resulta determinante que se aplique la curatela y no la tutela, reinterpretada a la luz de la citada Convención, desde un modelo de apoyo y de asistencia y el principio del superior interés de la persona con discapacidad, que, manteniendo la personalidad, requiere un complemento de su capacidad (SSTS de 29 de abril y 11 de octubre de 2009). Una solución distinta, como dice el Ministerio Fiscal, "no va a repercutir en mejorar su modo de vida, puede apagar su arte y no garantizará la toma de la medicación que precisa no teniendo sentido hacerlo de forma coactiva", sino mediante un simple apoyo del curador».

²⁷ STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 282/2009 de 29 de abril de 2009, Rec. 1259/2006. Ponente: Encarnación Roca Trías. (La Ley 49525/2009), indica que de la prueba practicada ha quedado acreditado que la demandada está afectada por una incapacidad total y permanente que limita funcionalmente la capacidad para regir su persona y administrar sus bienes. Y la STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 617/2012 de 11 de octubre de 2012, Rec. 262/2012. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. (La Ley 158043/2012) que analiza un supuesto de enfermedad psíquica que impide al demandado gobernarse por sí mismo.

²⁸ STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 216/2017 de 4 de abril de 2017, Rec. 56/2016. Ponente: Eduardo BAENA RUIZ. (La Ley 21429/2017).

²⁹ Así lo indica la STS de 1 de julio de 2014, que reitera la de 19 de noviembre 2015, y que declara lo siguiente: «el tribunal debería seguir el orden legal de llamamientos, *aunque puede apartarse de este orden legal*, ya sea porque lo altere o porque prescinda de todas las personas allí mencionadas, siempre en atención al interés más relevante, que es el del incapacitado necesitado de la protección tutelar, y no de los llamados a ejercerla».

³⁰ Artículo 45. Tramitación, resolución y recurso, «^{2º} En la comparecencia se oirá al promotor, a la persona cuya designación se proponga si fuera distinta al promotor, a aquel cuya tutela o curatela se pretenda constituir si fuera mayor de 12 años o al menor de dicha edad que tuviere suficiente madurez, a los parientes más próximos, al Ministerio Fiscal, y a cuantas personas se considere oportuno.

Tanto el Juez como el Ministerio Fiscal actuarán de oficio en interés del menor o persona con capacidad modificada judicialmente, adoptando y proponiendo las medidas, diligencias, informes periciales y pruebas que estimen oportunas».

³¹ STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 216/2017 de 4 de abril de 2017, Rec. 56/2016. Ponente: Eduardo BAENA RUIZ. (La Ley 21429/2017).

³² STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 557/2015 de 20 de octubre de 2015, Rec. 2158/2014. Ponente: Eduardo BAENA RUIZ (La Ley 147843/2015).

³³ Casos de curatela. Deben ponerse en curatela, si procede, las siguientes personas:

a) Los menores de edad emancipados, si los progenitores han muerto o han quedado impedidos para ejercer la asistencia prescrita por la ley, salvo el menor emancipado casado o conviviente en pareja estable con una persona plenamente capaz.

b) Los incapacitados con relación a los que no se haya considerado adecuada la constitución de la tutela.

c) Los pródigos.

³⁴ La sentencia de incapacidad puede conferir al curador funciones de administración ordinaria de determinados aspectos del patrimonio de la persona asistida, sin perjuicio de las facultades de esta para hacer los demás actos de esta naturaleza por ella misma.

³⁵ Si existe conflicto de intereses entre la persona puesta en curatela y el curador, así como en el caso de imposibilidad, el letrado de la Administración de Justicia debe designar un defensor judicial.

³⁶ Los actos realizados sin la asistencia del curador, si es necesaria, son anulables a instancia del curador, o de la persona puesta en curatela en el plazo de cuatro años a partir del momento en que sale de la curatela.

³⁷ La curatela se extingue por las siguientes causas...d) La resolución judicial que deja sin efecto la declaración de incapacidad, o que la modifica y sustituye la curatela por la tutela.

³⁸ Se aplican a la curatela las normas de la tutela en lo que no se opongan al régimen propio de aquella, incluidas las relativas a la rendición de cuentas si el curador tiene atribuidas funciones de administración ordinaria.

³⁹ Apoderamiento preventivo en sentido estricto o *ad cautelam*, y, apoderamiento continuado o con subsistencia de efectos. Artículo 222-2. Poder en previsión de pérdida sobrevenida de capacidad.¹ No es preciso poner en tutela a las personas mayores de edad que han nombrado a un apoderado en escritura pública para que cuide de sus intereses. En tal caso el poderdante puede ordenar que el poder produzca efectos desde el otorgamiento, o bien establecer las circunstancias que deben determinar el inicio de la eficacia del poder. Si en interés de la persona protegida llega a constituirse la tutela, la autoridad judicial, en aquel momento o con posterioridad, a instancia del tutor, puede acordar la extinción del poder.

⁴⁰ El asistente debe velar por el bienestar de la persona asistida, respetando plenamente su voluntad y sus opciones personales. En particular, corresponde al asistente recibir la información y dar el consentimiento si la persona asistida no puede decidir por ella misma sobre la realización de actos y tratamientos médicos y no ha otorgado un documento de voluntades anticipadas (art. 226-2.2).

⁴¹ Su función es la de intervenir junto con la persona asistida en los actos de administración y gestión aunque a petición del asistido, la autoridad judicial puede conferirle también funciones de administración del patrimonio de la persona asistida, sin perjuicio de seguir el asistido conservando las facultades de gestión de su propio patrimonio, y de actuar con o sin la intervención del asistente, pues, no olvidemos, que es persona plenamente capaz (art. 226-2-3 CCC). Dentro de las atribuciones de gestión, puede incluirse la relativa a la administración de un patrimonio protegido [art. 227-3.2 e) CCC]. No olvidemos que la intervención del asistente es complementaria siendo necesario el consentimiento de la persona asistida en el acto o contrato, salvo que la resolución judicial haya atribuido al asistente facultades expresas de administración.