

1.2. Familia

LA CURATELA COMO INSTITUCIÓN DE PROTECCIÓN EN EL MARCO DE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

por

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT
Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil. UCM

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. CONCEPTO, FUNDAMENTO CARÁCTERES DE LA CURATELA.—III. CLASES DE CURATELA: 1. LA CURATELA DE LOS MENORES DE EDAD. 2. LA CURATELA DEL DECLARADO PRÓDIGO. 3. LA CURATELA DEL INCAPACITADO.—IV. RÉGIMEN JURÍDICO: 1. NOMBRAMIENTO, INHABILIDAD, EXCUSA Y REMOCIÓN DEL CURADOR. 2. ÁMBITO DE ACTUACIÓN DEL CURADOR.—V. LA SANCIÓN DE LOS ACTOS REALIZADOS POR EL CURATELADO SIN LA AUTORIZACIÓN DEL CURADOR.—VI. BIBLIOGRAFÍA.—VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

En el Derecho Romano son dos las instituciones encargadas de la protección de los incapaces. La tutela que operaba originariamente para velar por los que sufrían una discapacidad que obedecía a causas de la edad —*tutela impuberum*—, o del sexo —*tutela mulierum*—, y la curatela, que se ejercía sobre los dementes —*cura furiosi*—, o la tendencia a la dilapidación —*cura prodigi*—. Son instituciones cuyo origen se remonta a las XII Tablas, donde se concibieron como potestades domésticas que, recaían sobre el jefe familiar, y que, con el paso del tiempo, dejaron de tener carácter de derecho ejercido en beneficio del tutor, para convertirse en un deber sometido a control de la autoridad (1).

Para GIRARD son dos las notas distintivas de ambas instituciones, así, la tutela solo se constituye cuando el incapaz es un impúber o una mujer, mientras que la curatela interviene en múltiples situaciones, cada vez más numerosas; y, asimismo, la tutela tiene el rasgo de *autoritas interpositio* del que carece la curatela (2). Por su parte, BONFANTE señala que, acaso la nota diferencial entre ambas instituciones, es que la tutela presupone siempre la persona del pupilo, mientras que la curatela puede aplicarse a un patrimonio sin titular (3). En fin, SOHM precisa que, lo que realmente les separa es la *autoritas interpositio*, pues, el tutor tiene que asistir personalmente al pupilo, y cooperar con él en los actos jurídicos que celebre, mediante el asentimiento a los actos jurídicos celebrados

(1) SCHULZ, F., *Derecho Romano Clásico*, traducción directa de la edición inglesa por José Santa Cruz Teigeiro, Bosch, Barcelona 1960, pág. 155.

(2) GIRARD, P. F., *Manuel Elémentaire de Droit Romain*, París, 1924, pág. 211.

(3) BONFANTE, P., *Instituciones de Derecho Romano*, traducción de la octava edición por Luis BACCI y Andrés LARROSA, revisada por Fernando CAMPUZANO HORMA, Reus, Madrid, 1929, pág. 126.

por el pupilo, mientras que en la curatela el campo de actuación se reduce a la *gestio* o administración del patrimonio del incapaz (4).

La curatela alcanzaba al pródigo que, estaba sujeto a interdicción, y en su virtud se le privaba de la administración de sus bienes, y se encomendaba a los curadores, siendo llamados a ejercer la curatela los agnados y, en su defecto, los gentiles. Igualmente, al loco (furioso) se le protegía encargándose el curador del cuidado de su persona y administración de sus bienes, estando obligado a rendir cuentas al final de la curatela. El furioso carecía de capacidad legal, y por tanto, todo *negotium* celebrado por él era nulo *iure civile*, aunque su estado mental fuese ignorado por la otra parte. El *curator furiosi legitimus* estaba facultado *iure civile* para disponer del patrimonio del loco, mientras que, el *furiosi decretalis* únicamente podía disponer del *patrimonio iure praetorio*.

En el primitivo Derecho germánico se someten a tutela aquellas personas que, sin estar sometidas a potestad —*munt*— marital o paterna, no eran capaces de actuar por sí mismos (menores de edad sin padre, ancianos, mujeres no casadas, enfermos físicos o mentales). El ejercicio de la tutela correspondía a la *Sippe*, de forma conjunta o por un pariente próximo, bajo la supervisión y control de aquella. Se desconocía la institución de la curatela hasta la época moderna como consecuencia de la recepción del derecho romano (5).

En cuanto al Derecho Histórico castellano, hay que señalar que no se regula la curatela ni en el Fuego Juzgo, ni el Fuego Viejo de Castilla, ni en el Fuego Real.

En las Partidas que, en materia de guarda y protección de los incapaces (Partida VI) recoge la concepción justiniana, de nuevo, se regulan como dos instrumentos de guardas la tutela y la curatela. Así la tutela se da por razón de menor edad a los huérfanos impúberes, y la curatela a los huérfanos púberes, por razón de incapacidad, y a los locos y desmemoriados y, a diferencia de aquella, puede ser dada únicamente para una cosa o pleito señalado (6). Igualmente, en los diferentes Proyectos de Código Civil de 1821 y de 1836 se establecen como instituciones de guarda de menores e incapacitados la tutela y curaduría. Sin embargo, en el Proyecto de 1851 queda descartada como inútil la curatela de los menores, y tal institución tiene por objeto únicamente la protección del mayor de edad incapaz de administrar sus bienes por sí mismo. Son incapaces de administrar sus bienes: el loco o demente, el sordomudo que no sabe leer ni escribir, el pródigo y el que está sufriendo la interdicción civil (arts. 278 y 279).

El Decreto de 7 de enero de 1885 autorizó al ministro de Gracia y Justicia, Silvela, la presentación de un Proyecto de Ley de Bases que fue aprobado en 1888, y en cuya base séptima se disponía que «la tutela de los menores no emancipados, dementes y los declarados pródigos o en interdicción civil se podrá deferir por testamento, por la ley o por el Consejo de Familia, y se completará con el restablecimiento en nuestro derecho de ese consejo y con la institución del prototor». De forma que, desaparecía la curatela.

Por su parte, en la redacción originaria de nuestro Código Civil, igualmente, se prescinde de la institución de la curatela, y salvo la referencia del artículo 1764, únicamente se hace mención a esta institución en las normas de De-

(4) SOHM, R., *Instituciones de Derecho Romano: Historia y sistema*, traducción del alemán por W. ROCES, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1928, pág. 495.

(5) PLANITZ, H., *Principios de Derecho Privado germánico*, traducción de la tercera edición alemana por Carlos MELÓN INFANTE, Bosch, Barcelona, 1957, págs. 334-335.

(6) SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de Derecho Civil, V, Derecho de Familia*, Madrid, 1912, pág. 1276.

recho Transitorio que en el citado cuerpo legal estableció sobre la tutela, y que se encuentran contenidas en las Disposiciones Transitorias séptima a la décima. Así se mantiene el cargo de los curadores nombrados bajo el régimen anterior y con sujeción a ella, si bien sometiéndose, en cuanto a su ejercicio a las disposiciones del Código (Disposición Transitoria octava). Además, cuando los padres, madres y los abuelos se hallen ejerciendo la curatela de sus descendientes no podrán retirar las fianzas que tengan constituidas si no las hubieran prestado, ni a completarlas si resultaren insuficientes las prestadas (Disposición Transitoria séptima). En cuanto a las curatelas cuya constitución definitiva está pendiente de la resolución de los Tribunales al empezar a regir el Código, se constituirá con arreglo a la legislación anterior, sin perjuicio de lo dispuesto en la regla precedente (Disposición Transitoria novena); y cuando el curador hubiere ya comenzado a ejercer su cargo, no procederá al nombramiento del Consejo de Familia hasta que lo solicite alguna de las personas que deben formar parte del mismo, o el mismo tutor o curador; y entretanto quedará en suspenso el nombramiento de prototor (Disposición Transitoria décima).

Se pretendía el reconocimiento de la unidad de guarda, de ahí que nuestro Código Civil, inspirado en el *Code civil*, refunde las instituciones tutelares bajo una sola —la tutela—, aunque subsiste una gran variedad de situaciones, que determinan que tal unificación es más formal que real, pues, mientras en unos casos se centra en la guarda de la persona y bienes de menores, locos y sordomudos; en otras se hace referencia solo a la administración de los bienes de los sujetos a interdicción, y la de los pródigos; y, en fin, únicamente suple la capacidad para actos muy concretos y determinados. En esta línea, señala LETE DEL RÍO que, tal unidad fue meramente teórica, ya que el legislador del Código Civil no consiguió terminar más que nominalmente con la antigua distinción entre tutela y curatela, pues, basta observar cómo el artículo 199 derogado, con la frase «guarda de la persona y bienes o solamente de los bienes», reconocía una variedad de incapacidades, y se respondía a un doble fin, distinguiendo dos situaciones de la que se denominaba tutela plena. Además, precisa este mismo autor, que el Código admitía otra tutela, denominada restringida por la doctrina, que se concretaba con relación a actos asilados, y que no requería la constitución de todo el organismo tutelar. Sin olvidar tampoco que con otro nombre se regulaban casos de suplemento de capacidad de ciertas personas (7).

En las críticas al diseño de un sistema de tutela rígido no graduable para las personas que fuesen judicialmente incapacitados por locura o demencia sobre la base de una diversidad de situaciones protegidas, señala, asimismo, PUIG BRUTAU, «quedan referidas a una misma institución incapacidades tan distintas como la de los menores, dementes, sordomudos, pródigos o interdictados, y no se considera la diferencia entre suplir estas incapacidades y atender a defectos de capacidad para actos concretos» (8). De esta forma, se preveía como único régimen de guarda un sistema de tutela severa que se aplicaba tanto a los locos profundos como a quienes sufrían solamente una debilidad o cierto retraso mental. No se establecían grados en la deficiencia mental, y por lo tanto, no se

(7) LETE DEL RÍO, J. L., «Comentario de los artículos 221 a 225 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel ALBALADEJO, T. IV, Edersa, 1985, págs. 432-433.

(8) PUIG BRUTAU, J., «Fundamentos de Derecho Civil», T. IV, vol. II, *Filiación, patria potestad, adopción, alimentos, tutela*, Bosch, Barcelona, 1970, pág. 367.

concretaban estados intermedios entre la normalidad psíquica y la locura, de modo que o bien se sometía al deficiente mental a tutela, privándole por completo de capacidad de obrar, o bien, se prescindía de toda medida protectora por entender que la enfermedad no la requería. Baste decir que únicamente era permitida la graduación de la incapacidad del sordomudo (art. 218) y la del pródigio (art. 221.2.º). La falta de adecuación de este modelo de protección a las necesidades de la realidad social se puso de manifiesto por nuestro Tribunal Supremo ya a mediados del siglo XX. De ahí que, afortunadamente, una jurisprudencia que podíamos llamar progresiva, dio paso a una nueva causa de incapacitación, de menor entidad que la demencia, susceptible de graduación («deficiencia o retraso mental o imbecilidad»), por lo que fueron dictándose resoluciones en las que se graduaba la extensión de la tutela [sentencias del Tribunal Supremo, de 5 de marzo de 1947 (9), de 13 de mayo de 1960, de 25 de marzo de 1965, de 7 de abril de 1965 y de 6 de febrero de 1968].

En todo caso, se configura la tutela como la única institución de guarda legal, pero compuesta por una pluralidad de órganos contenido en el artículo 201: «*La tutela se ejercerá por un solo tutor, bajo la vigilancia del protutor y del Consejo de Familia*». Asimismo, se adopta un sistema de tutela de familia, atribuyendo a la familia un papel preponderante en la protección de los menores e incapacitados a través del señalado Consejo de Familia.

Ante este panorama, y la demanda insistente de la doctrina a favor del restablecimiento de la curatela, la Ley 13/1983, de 24 de octubre de reforma de la tutela modificó la redacción originaria del Código Civil en relación con tal materia fijando como principios fundamentales: 1. La no enumeración taxativa de las causas de incapacitación, sino que genéricamente se identifican con «las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico, que impidan a la persona gobernarse por sí misma» (art. 200); 2. Se abandona el sistema de tutela de familia (tutor, protutor y Consejo de Familia), y se sustituye por un sistema de tutela judicial o de autoridad, en la que los órganos tuitivos

(9) *RJ* 1947/343. Esta Sala entendió que la Ley entonces vigente tenía una laguna, cuando no permitía regular los efectos de la debilidad o el retraso mental como distintos de los de la demencia o locura, ajustando la extensión de la tutela al grado de intensidad con que se manifiesta en cada caso la perturbación en los siguientes términos: «*Que a pesar de las previsiones aludidas, los preceptos del repetido Código adolecen de una manifiesta omisión al no establecer a los fines de la protección tutelar la diferencia —hoy evidente y reconocida en las legislaciones de otros países— entre el estado de demencia y el retraso o la debilidad mental, omisión que destaca más si se tiene en cuenta que mencionada en el artículo 32 la imbecilidad entre las que dicho precepto denomina "restricciones de la personalidad jurídica". ello, no obstante, ni en la enumeración de los supuestos determinantes de la tutela relacionados con el artículo 200, ni en ninguno de los preceptos reguladores de esta institución se hace referencia a la imbecilidad (...) un concepto genérico que abarca diversos grados de retraso o debilidad mental comprendidos bajo la calificación técnica de oligofrenia; y como la demencia y el retraso mental constituyen estados distintos y faltan en la Ley normas reguladoras de la tutela para el segundo de los supuestos, no solo no existe obstáculo legal que impida acomodar a este último la amplitud de las funciones tutelares al grado de incapacidad que se aprecie en cada caso sino que, además, constituyendo, como acaba de indicarse, uno de los fines perseguidos por el Código Civil en materia de incapacidad, el establecer la debida congruencia entre la amplitud de la misma y el correlativo suplemento, resulta lógico y conforme con las exigencias de la realidad ajustar la extensión de la tutela en los casos de retraso mental al mayor o menor grado de intensidad en que el mismo se manifieste, de análoga manera a la prevista en los supuestos de prodigalidad y sordomudez (...)*».

se adscriben a la autoridad o control del Juez (10); 3. Se permite incapacitar a los menores de edad, cuando se prevea razonablemente que la causa de incapacidad persistirá después de la mayoría de edad (art. 201); y, en tal caso, superada la mayoría por el incapacitado, se originará la patria potestad prorrogada, y cuando ella resulte imposible la tutela (art. 171); 4. Además de la tutela, y del defensor judicial, se introduce un nuevo órgano tuitivo de la persona, la curatela (11). De forma que se opta por la pluralidad de guarda legal frente a la unidad de guarda que, caracterizaba la regulación anterior. La admisión de la curatela no supone la creación *ex novo* de la institución, sino que como se puso de manifiesto en los dos Proyectos de Reforma en materia de tutela, supuso su «restauración» o «restablecimiento» ante la aptitud del legislador de 1889 de ignorarla (12). Así se da una nueva redacción a los artículos 286 a 293 del Código Civil, estableciendo como criterio determinante de la curatela el grado de discernimiento de la persona sometida al cargo de guarda, con la función clara de asistencia o complemento de capacidad y no de representación (13). La curatela, por tanto, no se instrumenta para suplir la capacidad de obrar del sometido a ella —como ocurre con la tutela—, sino para completarla en aquellos actos en que la ley exija la intervención del curador, o, en su caso, imponga su asistencia la sentencia de incapacitación o la resolución judicial que, la modi-

(10) La Disposición Adicional duodécima de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, ha incrementado de forma notable la intervención judicial al añadir un nuevo párrafo al artículo 216 del Código Civil, que habilita al juez para acordar de oficio o a instancia de cualquier interesado las medidas previstas en sede de relaciones paterno-filiales en el artículo 158 en cuanto lo requiera el interés del menor o incapaz.

(11) LASARTE ÁLVAREZ, C., «Principios de Derecho Civil», T. I, *Parte General y Derecho de la persona*, 16.^a ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2010, págs. 204-205.

(12) En el Proyecto de Ley de Reforma del Código Civil en materia de tutela de la I Legislatura, se señala en la Memoria-Exposición de Motivos que «un capítulo se consagra dentro del Título X a la curatela. *Restaurase allí esta institución de rancio abolengo*, sometiéndola a ella a los emancipados —cuando sus padres fallecieran después de la emancipación, o quedaran impedidos para el ejercicio de la asistencia prevenida por la Ley—, así como a los habilitados de edad y a los declarados pródigos» (la cursiva es nuestra) (BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, núm. 202-I, de 24 de junio de 1981, pág. 2307). Este Proyecto presentado por UCD no llegó a ser Ley a pesar de que se discutió y aprobó por ambas Cámaras Legislativas, debido a que pendiente de una Comisión Mixta, se anticipó el término de la Legislatura. En el Proyecto de Ley de Reforma del Código Civil en materia de tutela de la II Legislatura, que, este sí se aprobó, se concreta en su Exposición de Motivos que «el proyecto de ley que hoy se presenta, acomodándose a la realidad y a las mejoras tendencias del Derecho comparado, construye un nuevo sistema sobre principios opuestos a los del anterior. Dos son fundamentalmente los nuevos: el principio de la pluralidad de guarda legal, que junto a la tutela, introduce la curatela (*recuperando una institución de larga tradición jurídica*), y la figura del defensor judicial; y el principio de tutela de autoridad, que suprime el Consejo de Familia, y dota al Juez de amplias facultades, situándolo como pieza fundamental decisoria» (la cursiva es nuestra) (BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, núm. 4-I, de 27 de enero de 1983, pág. 2556).

(13) DE COUTO GÁLVEZ, R. M.^a, «Comentario a los artículos 286 a 293 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, T. II, vol. 2.^o, coordinadores: Joaquín RAMS ALBESA y Rosa María MORENO FLÓREZ, Bosch, Barcelona, 2000, pág. 2027; GEITE-ALONSO y CALERA, M.^a del C., «Comentario al artículo 286 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, coordinadores: Manuel AMORÓS GUARDIOLA y Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Tecnos, Madrid, 1986, pág. 688.

fique (14). Esto es, el curador se limita a prestar asistencia en sentido técnico, pero no sustituye la voluntad de la persona sometida a curatela; 5. Se configura la función tutelar como un deber que debe ejercitarse en beneficio del tutelado. De ahí, el carácter obligatorio e irrenunciable del órgano tutelar, pues, solo se admite la excusa en los casos legalmente previstos (art. 217 del CC).

Por otra parte, la elaboración, firma y ratificación por España el 23 de noviembre de 2007 (15), y en vigor desde el 3 de mayo de 2008, de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006, parece inclinarse favorablemente por la necesidad de flexibilizar el sistema actual de cargos tutelares, si tenemos presente la tendencia que, está adquiriendo fuerza de sustituir el sistema basado en la incapacitación, y tutela o curatela, por «un sistema de apoyos», más acorde con el respeto a la dignidad de las personas con discapacidad, y, por ende, con las dos vertientes del principio de autonomía del individuo como son el respeto a la voluntad de la persona protegida; y, la preservación máxima de la capacidad, de forma que, aunque se haya establecido un sistema de representación, se posibilite un cierto ámbito de decisión a la persona en todo lo relativo a los actos de naturaleza personal (16); lo que supone el reconocimiento de una capacidad natural a la persona protegida. Asimismo, parece mostrarse favorable a un sistema de curatela

(14) PÉREZ ÁLVAREZ, M. A., «La tutela, la curatela y la guarda de los menores e incapacitados», en *Curso de Derecho Civil*, vol. IV, *Derecho de Familia*, coordinador: Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, 2.^a ed., Colex, Madrid, 2008, pág. 393.

(15) BOE, núm. 96, de 21 de abril de 2008, págs. 20648-20659 (Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006).

Con anterioridad, el Consejo de la Unión Europea había aprobado la Recomendación 98 (9) de 18 de septiembre de 1998, relativa a la dependencia; y la Recomendación 99 (4) de 23 de febrero de 1999, sobre los principios que conciernen la protección jurídica de las personas incapaces que, consagra como primero y fundamental principio el respeto de la dignidad de la persona.

(16) El artículo 12 de la Convención dispone: «1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica; 2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás en todos los aspectos de la vida; 3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica; 4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas a la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible, y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas; 5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria».

reforzada como el que existe en el Derecho francés, y con un alcance limitado al ámbito patrimonial en relación con la curatela de las personas incapacitadas que se contiene en el artículo 223-6 del Código Civil catalán, donde el curador además de completar la capacidad, pueda en actos concretos representar al incapaz (17). En coherencia con lo dispuesto en la Convención que es Derecho interno (18), la Ley 1/2009, de 25 de marzo, en su Disposición Final primera rubricada como «Reforma de la legislación reguladora de los procedimientos de modificación de la capacidad de obrar» establece que: «El Gobierno, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta Ley, remitirá a las Cortes Generales un Proyecto de Ley de reforma de la legislación reguladora de los procedimientos de incapacitación judicial, que pasarán a denominarse procedimientos de modificación de la capacidad de obrar, para su adaptación a las previsiones de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada por Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006».

Sobre tales bases, la sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil, Sección 1.^a, del Tribunal Supremo, de 29 de abril de 2009 (19), atendiendo a la propia doctrina de la Sala Primera, y a la sentencia del Tribunal Constitucional 174/2002, de 9 de octubre (20), ha determinado en su *Fundamento de Derecho séptimo*, que: «El sistema de protección establecido en el Código Civil sigue vigente, aunque con la lectura que se propone: 1. 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. Esta es la única posible interpretación del artículo 200 del Código Civil y del artículo 760.1 de la LEC; 2. 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

(17) PEREÑA VICENTE, M., «La Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad. ¿El inicio del fin de la incapacitación?», en *La Ley de 9 de septiembre de 2011*, pág. 10.

(18) Vid., sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Primera, de 14 de febrero de 2011. Rec. 3493/2007 (La Ley 3403/2011).

(19) RJ 2009/2901.

(20) RTC 2002/174 dice que: «en el plano de la constitucionalidad que nos corresponde hemos de declarar que el derecho a la personalidad jurídica del ser humano, consagrado en el artículo 6 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, lleva implícito el reconocimiento del derecho a la capacidad jurídica de la persona, por lo que toda restricción o limitación de su capacidad de obrar afecta a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes, así como al libre desarrollo de la personalidad (art. 10 de la Constitución Española). En consecuencia, la declaración de incapacidad de la persona solo puede acordarse por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley (art. 199 del CC), mediante un procedimiento en que se respeten escrupulosamente los trámites o diligencias que exigía el artículo 208 del Código Civil (y que en la actualidad se imponen en el vigente art. 759 de la LEC) que, en la medida en que van dirigidas a asegurar el pleno conocimiento por el órgano judicial de la existencia y gravedad de las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que concurren en el presunto incapaz y que le inhabilitan para gobernarse por sí mismo, que son la causa y fundamento de su incapacidad (arts. 199 y 200 del CC), se erigen en garantías esenciales del proceso de incapacidad (...). La incapacitación total solo deberán adoptarse, cuando sea necesario para asegurar la adecuada protección de la persona del enfermo mental permanente, pero deberá determinar la extensión y límites de la medida y deberá ser siempre revisable».

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».

En diversos ordenamientos autonómicos se dota también de una regulación específica a la figura de la curatela, como más o menos alcance. Así, la Ley 25/2010, de 20 de julio, del Libro II del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, que pone el acento en la capacidad natural como criterio que fundamenta la atribución de la capacidad de obrar, mantiene las instituciones tradicionales vinculadas a la incapacitación como la tutela, curatela, pero también regula otras que operan o pueden eventualmente operar al margen de esta, pretendiendo con ello dotar de suficiente flexibilidad al ordenamiento ante la pérdida progresiva de las facultades cognitivas y volitivas de la persona, posibilitando la autotutela, el poder otorgado en previsión de una situación de pérdida de capacidad, y la asistencia. El capítulo III se dedica a la curatela (arts. 223-1 a 223-10) y se concibe como una institución complementadora de la capacidad, pues es la persona protegida la que sigue actuando por sí misma, se admite en los supuestos de incapacidad parcial, y la sentencia en que se establece esta puede, si así lo estima el juez, conferir facultades de administración al curador, pudiendo actuar este como representante. De todas formas, esta diversidad de instituciones de protección que ofrece el legislador catalán, están en conexión con el deber de respetar los derechos, voluntad y preferencias de la persona, y con los principios de proporcionalidad, necesidad y adaptabilidad a las circunstancias concretas contenidos en la citada Convención.

Por su parte, el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, que aprueba con el título «Código de Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas, mantiene el sistema de limitación de la capacidad por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la ley (arts. 38 y 49), así como el consiguiente sometimiento del incapacitado a tutela o curatela (arts. 148 a 152), o autoridad familiar prorrogada o rehabilitada (arts. 41 a 45). Además, se introducen paralelamente a las instituciones tutelares formas de protección flexibles en virtud de delación voluntaria —autotutela— (art. 108), o del mandato que no se extingue por la incapacidad o por la incapacitación (art. 109), sin perjuicio de establecer las pautas a seguir en relación con la toma de decisiones en la esfera personal del enfermo no incapacitado (art. 35).

Fuera de los ordenamientos nacionales, en Francia la *Loi* número 2007-308, du 5 de mars 2007, portant réforme de la protection juridique des majeurs, modifica ciento cuarenta artículos del Código Civil (arts. 388 a 515), dentro del Libro I «De las personas». Mantiene las medidas de protección jurídica ya existentes como la salvaguarda de la justicia (arts. 433 a 439), la tutela y curatela (arts. 440 a 476), con algunas modificaciones, y, crea *ex novo* el mandato de protección jurídica (arts. 477 a 494).

Por su parte, el Código Civil italiano, además de conservar los tradicionales institutos de incapacidad e inhabilitación —confiriéndoles un carácter residual—, regula también la Administración del sostenido (*amministrazione di sostegno*), dentro del Título XII, del Capítulo I, artículos 404 a 413 (21). Efectivamente, el artículo 414 del *Codice Civile* establece que: «el mayor de edad y el menor emancipado, que se encuentren en condiciones de habitual enfermedad mental que les incapacite para proveer a los propios intereses, serán incapacitados cuando ello resulte necesario para asegurar su adecuada protección». De forma

(21) Introducido por la Ley 9 de enero de 2004, núm. 6.

que la incapacitación se configura no como una medida obligatoria, sino como una posibilidad de acudir a ella solo cuando resulte estrictamente necesaria para garantizar una adecuada protección al enfermo mental; y mediante al cual se determinará la incapacidad absoluta de la persona, que quedará sustituida por el tutor en la realización de todos los actos jurídicos. Por lo que se refiere a la inhabilitación, el artículo 415 del *Codice Civile* establece que, pueden ser inhabilitados los mayores de edad afectados por una enfermedad mental cuyo estado no sea lo suficientemente grave como para dar lugar a su incapacitación; aquellos que por prodigalidad, o por abuso habitual de bebidas alcohólicas o de estupefacientes pueda causar a sí mismo o a su familia, graves perjuicios económicos; y el sordo o el ciego de nacimiento o desde la primera infancia, si no hubiese recibido educación suficiente. A la persona inhabilitada se le nombra un curador para la realización de aquellos actos de ordinaria administración, salvo que excepcionalmente el Juez le autorice a realizar determinados actos sin la asistencia del curador. Sobre tales bases legales, el artículo 404 del *Codice Civile* configura la figura de la administración del sostenido como una medida de apoyo, de asistencia respecto de aquella persona que «*por efecto de una enfermedad o de una disminución física o psíquica, se encuentra en la imposibilidad, incluso parcial o temporal, de atender sus propios intereses*», que será nombrada por el Juez de Tutelas del lugar que tiene la residencia o el domicilio. Además se entiende que, es un medida respetuosa con el beneficiario de la misma, y, siempre pensando en su interés. Es por ello que, como asimismo indica el artículo 409 que, el beneficiario de la «administración de apoyo» conserva la capacidad de obrar para todos los actos que no requieran la representación exclusiva o la asistencia necesaria del administrador de apoyo. En todo caso, podrá también realizar los actos requeridos para satisfacer las necesidades de su vida cotidiana.

Finalmente, en el Derecho alemán, como consecuencia de las *Betreuungsgesetz* (Ley de Asistencia), de 12 de septiembre de 1990, que entró en vigor el 1 de enero de 1992, introdujo en el Libro IV del BGB dedicado a la *Familienrecht*, los párrafos 1896 a 1908k el instituto de la *Betreuung* (asistencia), dirigido a dejar sin efecto la tutela o curatela que, era consecuencia de la incapacitación (*Vormundschaft über Entmündigte*) (22).

En este contexto, el presente estudio se va a centrar en el análisis de la institución de protección de la curatela, teniendo en cuenta no solo la regulación estatal, sino también la existente en otros ordenamientos jurídicos, haciendo

(22) Con anterioridad a la Ley de reforma de tutela y curatela, la *Betreuungsgesetz*, de 1 de enero de 1992, el BGB regulaba la figura de *Entmündigung*, que equivalía, en términos generales, a nuestra incapacitación. De tal forma que la persona tenía como causa una enfermedad mental, el afectado era considerado como incapaz negocial. Ahora bien, si la incapacitación (*Entmündigung*) tenía otras causas, como la debilidad mental, la prodigalidad, el alcoholismo o la drogadicción, el afectado se equipara a los sujetos con capacidad negocial limitada (mayores de siete años y menores de dieciocho).

A su vez, esta Ley de 1 de enero de 1992, ha sido modificada por la Ley de 25 de junio de 1998, *Betreuungsrechtsänderungsgesetz*, que entró en vigor el 1 de enero de 1999, en el que se establece la obligación de designar como *Betreuer* a un profesional, que tiene derecho a una retribución con cargo al erario público. De ahí que, para controlar el coste financiero que supone esta institución, y evitar posibles abusos se han modificado los preceptos relativos a la retribución del tutor que se aplica también al *Betreuer* (párrafos 1836-1836e y párrafo 1908); asimismo, se añaden los párrafos 6 y 7 al párrafo 1897; se derogan los párrafos 1908e, 1908h y 1908k.

para ello puntual referencia a las aportaciones doctrinales y jurisprudenciales existentes en relación con la materia, y, en fin, en el papel que puede ocupar esta institución en el modelo diseñado por la Convención de Nueva York sobre derechos de las personas con discapacidad.

II. CONCEPTO, FUNDAMENTO Y CARACTERES DE LA CURATELA

Para SANCHO REBULLIDA es «un órgano estable pero de actuación intermitente que se caracteriza porque su función no es representar, suplir o sustituir la capacidad de obrar de quien carece de ella sino asistir, completar la capacidad de quien, poseyéndola legalmente, necesita para determinados actos de esta adicción o concurrencia por *mor de asesoramiento o consejo*» (23); LETE DEL Río señala que la curatela «es una institución de protección patrimonial, de carácter estable y actuación intermitente, que se singulariza frente a la tutela por su finalidad de asistencia (no de representación) a aquellos actos concretos que expresamente determina la ley o indica la sentencia de incapacitación según el grado de discernimiento de la persona sometida, es decir, el sujeto a curatela, se trate de un emancipado, pródigo o incapacitado, puede actuar por sí, él tiene la iniciativa de la gestión, si bien necesita que su deficiente o incompleta capacidad, que invita a presumir su inexperiencia, se complemente mediante la asistencia del curador»; y, añade: «la curatela es, al igual que la tutela, un cargo y constituye un deber el asumirla, que no es renunciable sino cuando concurra causa legal de excusa, pero que, a diferencia de la tutela, no es retribuido» (24); por su parte, LACRUZ BERDEJO en el régimen actual, la curatela «es un órgano estable pero de actuación intermitente que se caracteriza porque su función no es representar, suplir o sustituir la capacidad de obrar de quien carece de ella, sino asistir, completar la capacidad de quien, poseyéndola legalmente, necesita para determinados actos de esta adicción o concurrencia por *mor de asesoramiento o consejo*» (25). En similares términos, DE COUTO GÁLVEZ señala que «es una institución de protección patrimonial, de carácter estable, y actuación intermitente que se singulariza frente a la tutela por su finalidad de asistencia (no de representación) a aquellos concretos actos que expresamente determina la ley o indica la sentencia de incapacitación según el grado de discernimiento de la persona sometida» (26). Este órgano tuitivo constituye un deber para las personas llamadas al mismo, no siendo renunciable, salvo que concurra causa de excusa, y, a diferencia de la tutela, no es retribuido. De ahí que la calificación jurídica atribuible a tal cargo, tal como precisa YZQUIERDO TOLSADA, es la de una institución protectora que, asegura a determinadas personas no plenamente

(23) SANCHO REBULLIDA, F., «El nuevo régimen de la familia», en *III Tutela e instituciones afines*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1984, pág. 62.

(24) LETE DEL Río, J. M., «De la tutela, de la curatela y de la guarda de menores e incapacitados. Comentario a los artículos 286 a 298 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel ALBALADEJO, T. IV, 2.^a ed., Edersa, 1985, pág. 434.

(25) LACRUZ BERDEJO, J. L., et al., «Elementos de Derecho Civil», T. IV, en *Familia*, 4.^a edición revisada y puesta al día por Joaquín RAMS ALBESA, Dykinson, Madrid, 2010, pág. 445.

(26) DE COUTO GÁLVEZ, R. M.^a, «Comentario a los artículos 286 a 293 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 2027.

capaces de obrar la asistencia de una persona *ad hoc* para la realización de actos determinados (27). Finalmente, GUILARTE MARTÍN-CALERO la define como «aquella institución tutelar de carácter estable pero de actuación intermitente que se constituye para integrar la capacidad de quienes pueden actuar por sí mismos, pero no por sí solos, proveyéndoles, a tal efecto, de un curador que complementará su capacidad deficiente en la esfera patrimonial determinada en la ley o sentencia» (28).

Sobre tales bases, la curatela se caracteriza por las siguientes notas características (29): *a*) Es una institución de guarda distinta de la tutela e individualizada, que, el Código Civil ha regulado menos exhaustivamente; ello no es óbice para la remisión, en lo no regulado, a las normas de la tutela, siempre adaptándolas a su naturaleza; *b*) Es una institución de guarda estable, no permanente o continuada, que solo opera con respecto a actos muy concretos y determinados establecidos en la ley o en la sentencia que declare la incapacidad o prodigalidad; *c*) Igual que la tutela se configura como un deber —siendo también obligatoria la asunción del cargo—, y se ejerce en beneficio del sometido a guarda y bajo control judicial (art. 216). El desempeño de esta guarda no es renunciable sino cuando concurre una causa legal de excusa y está sometido a las limitaciones del artículo 221 del Código Civil; *d*) Responde a una función de asistencia —ni de representación ni de administración— generalmente para actos concretos, bien fijados por la ley, bien por el juez (30). GETE-ALONSO destaca que la curatela, por sí misma, es incompatible con la tutela o la presencia de otra potestad, y no

(27) YZQUIERDO TOLSADA, M., «La curatela, el defensor judicial y la guarda de hecho», en *Estudios sobre incapacitación e instituciones tutelares*, ICAI, Madrid, 1984, pág. 139.

(28) GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., «La curatela en el nuevo sistema de capacidad gravable», McGraw Hill, Madrid, 1997, pág. 113; de la misma autora, «Comentario al artículo 287 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, director: Andrés DOMÍNGUEZ LUELMO, Lex Nova, Valladolid, 2010, pág. 418.

DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTROS, A., «Sistema de Derecho Civil», vol. IV, *Derecho de Familia y Derecho de Sucesiones*, 10.^a ed., Tecnos, Madrid, 2006, pág. 289, lo conciben como «un cargo tutelar de asistencia al sometido a ella, pero sin que el curador le supla o sustituya como el tutor, o si se quiere le represente».

Por su parte, MONDÉJAR PEÑA, M. I., «La curatela», en *Derecho de Familia*, coordinadora: Gema DÍEZ-PICAZO, Thomson Reuters Civitas, Navarra, 2012, pág. 2014, señala que, aunque el Código Civil no ha definido la curatela, de su regulación y tratamiento jurisprudencial se desprende que «es una institución de protección primordialmente patrimonial, de carácter estable y actuación intermitente, que se diferencia de la tutela por su finalidad de asistencia (no de representación) en aquellos actos concretos que expresamente determina la ley o indique la sentencia de incapacitación».

(29) DE COUTO GÁLVEZ, R. M.^a, «Comentario a los artículos 286 a 293 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 2028; ÁLVAREZ LATA, N., «Comentario al artículo 286 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, coordinador: Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 3.^a ed., Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, 2009, pág. 449; MORENO QUESADA, B., «El curador, el defensor judicial y el guardador de hecho», en *Revista de Derecho Privado*, abril de 1985, págs. 308 a 312.

(30) Vid., artículo 223-4 del Código Civil catalán y las sentencias de la Audiencia Provincial de La Rioja, de 12 de mayo de 1999 (AC 1999/5984); de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.^a, de 13 de noviembre de 2001 (AC 2002/323); de la Audiencia Provincial de Cantabria, Sección 2.^a, de 4 de octubre de 2002 (JUR 2003/9462); de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 5.^a, de 12 de abril de 2005 (La Ley 80182/2005); y el Auto de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 5.^a, de 31 de marzo de 2011 (La Ley 83486/2011).

puede considerarse en situación alternativa con las mismas (31); MORENO QUESADA añade que, no cabe concebir la función del curador como un «minitutor» (32); y, finalmente, DE COUTO GÁLVEZ precisa que la curatela tiene, pues, una identidad propia, «es un sistema de protección que se configura como órgano de asistencia para el emancipado, pródigo o incapacitado, y para ciertos actos determinados por una ley o una sentencia» (33); *e*) Se configura como una institución de guarda patrimonial; y *f*) Siendo innecesaria la representación del sujeto sometido a curatela, y determinada la actuación del curador como complemento de capacidad —pues, en ningún caso será representante, ni administrador legal del patrimonio de los sometidos a curatela—; viene a proteger a personas con cierto grado de discernimiento, es decir, a sujetos cuya capacidad esté limitada, pero no ausente; de forma que, se vincula subjetivamente con quienes solo precisan de un complemento en su consentimiento, y no su total sustitución, pues, no suple la capacidad de obrar del sometido a ella, sino que se instrumenta para complementarla en aquellos actos en que la ley exija la intervención del curador o, en su caso, imponga su asistencia la sentencia de incapacidad o la resolución judicial que la modifique, o la sentencia que declare la prodigalidad.

En este contexto, la curatela se rige por las reglas siguientes (34): *a*) Son aplicables a los curadores las normas referentes al nombramiento, inhabilidad, excusa y remoción de los tutores (arts. 234 a 240 —nombramiento—; 241 a 246 —inhabilidad—; 251 a 258 —excusa—, y 247 a 250 —remoción— del CC) (35). No podrán ser curadores los concursados no rehabilitados (art. 291); *b*) A menos que el juez disponga otra cosa, si el sometido a curatela hubiese estado bajo tutela, desempeñara el cargo de curador del incapacitado el mismo que hubiese sido tutor (art. 292). En caso de tutela plural, solo el tutor de los bienes y no el de la persona continuará como curador; de ser varios los tutores de bienes o de la persona y bienes, continuará como curatela plural; y *c*) A instancia del propio curador o de la persona sujeta a curatela, los actos jurídicos realizados sin la preceptiva intervención del curador son anulables de acuerdo con los artículos 1301 y siguientes del Código Civil (art. 293).

En cuanto, al fundamento de esta institución reside en la protección que precisan determinadas personas que, aun siendo capaces de actuar por sí mismas, necesitan, no obstante, en relación con determinados actos, que su capacidad sea completada mediante el asentimiento del curador. Con ello se protege la intervención de una persona capaz de actuar por sí mismo que, necesita ser vigilado, controlado o aconsejado para concluir determinados actos jurídicos, teniendo siempre presente el beneficio del curatelado (36). Como precisa ALBALADEJO, la

(31) GETE-ALONSO y CALERA, M.^a del C., «De la curatela», en *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, coordinadores: Manuel AMORÓS GUARDIOLA y Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Tecnos, Madrid, 1986, pág. 687.

(32) MORENO QUESADA, B., «El curador, el defensor judicial y el guardador de hecho», *op. cit.*, pág. 308.

(33) DE COUTO GÁLVEZ, R. M.^a, «Comentario a los artículos 286 a 293 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 2028.

(34) LACRUZ BERDEJO, J. L., et al., «Elementos de Derecho Civil», *op. cit.*, págs. 445-446; PÉREZ ÁLVAREZ, M. A., «La tutela, la curatela y la guarda de los menores e incapacitados», *op. cit.*, pág. 393.

(35) Vid., el artículo 223-10 del Código Civil catalán.

(36) GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., «La curatela en el nuevo sistema de capacidad graduable», *op. cit.*, pág. 114.

curatela «tiende a proteger al sometido a ella, no mediante ponerlo permanentemente bajo la guarda de alguien que lo ampare y represente, sino a través de la intervención del curador en ciertos actos del curatelado en los que obra, como en cualesquiera otros, este, pero que, a diferencia de esos otros en los que obra él por sí solo, en aquellos necesita que intervenga el curador que, prestando su asentimiento, completa la capacidad, insuficiente para el acto, del curatelado. Generalizando lo que dice el artículo 289, se puede afirmar que la curatela tiene por objeto la asistencia del curador para aquellos actos de una persona para lo que, por ley o sentencia, sea precisa» (37). Esta necesidad de protección tiene su origen en las distintas causas que pueden determinar su constitución, que, son en definitiva las que limitan la capacidad: la edad, la declaración de prodigalidad y la declaración de incapacitación.

En consecuencia, están sometidos a curatela, como señala el artículo 286: 1. Los emancipados cuyos padres fallecieren o quedaran impedidos para el ejercicio de la asistencia prevenida por la Ley; 2. Los que obtuvieren el beneficio de la mayor edad; 3. Los declarados pródigos (38). En estos casos, las funciones del curador como órgano tutelar se concretan en los actos en que los menores o pródigos no pueden realizar por sí solos (art. 288), esto es, el curador se limita a prestar su asistencia en sentido técnico, pero no sustituye la voluntad de la persona sometida a curatela; y 4. Los incapacitados, pues, según dispone el artículo 287, «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». En este caso, la función del organismo tuitivo de la curatela consistirá en la asistencia del curador para aquellos actos que, expresamente imponga la sentencia de incapacidad (art. 290).

Se diferencian los tipos de curatela por el sujeto sometido a esta institución de guarda. De ahí, que: *a)* La curatela de los menores emancipados y los que obtuvieran el beneficio de la mayoría de edad, y los pródigos parte de una situación previa de capacidad, mientras que, la curatela de los incapacitados presupone una previa declaración judicial de incapacidad; *b)* Con relación al ámbito de actuación del curador, igualmente varía según se trate de menores emancipados o que hubieran obtenido la mayoría de edad, los pródigos o incapacitados. De forma que, cuando la curatela recae sobre menores la intervención del curador solo tendrá lugar en los actos previstos en la ley; cuando afecta a pródigos, el curador actuará en los actos determinados en la sentencia de prodigalidad; y cuando se trate de incapacitados, el curador actuará en los supuestos especificados en la sentencia de incapacidad o determinados en la Ley. En estos dos últimos casos, la actuación del curador será esencialmente variable; y *c)* La curatela de los menores y los pródigos tiene un contenido exclusivamente patrimonial, mientras que la protección de los incapacitados puede extenderse a la guarda de la persona, además de al ámbito patrimonial (39).

Conviene insistir que, tratándose de curatela de menores emancipados, el curador debe actuar en los supuestos especificados legalmente (art. 323 del CC), mientras que en la curatela de los incapacitados y declarados pródigos, el curador debe actuar complementando la capacidad del incapacitado y del pródigo en los

(37) ALBALADEJO, M., «Curso de Derecho Civil», en *IV Derecho de Familia*, 11.^a ed., Edisofer, Madrid, 2008, págs. 324-325.

(38) Vid., en este sentido, el artículo 223-1 del Código Civil catalán.

(39) DE COUTO GÁLVEZ, R. M.^a, «Comentario a los artículos 286 a 293 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 2029; MONDÉJAR PEÑA, M. I., «La curatela», *op. cit.*, pág. 2014.

actos establecidos en la sentencia. Solo de manera subsidiaria para el caso que la sentencia de incapacidad no haya especificado los actos para los que es necesaria la intervención del curador, es la ley la que establece un criterio concreto de actuación del curador (art. 291 del CC). Asimismo, debe observarse que, mientras el nombramiento de un curador es un complemento necesario de la declaración de incapacidad o prodigalidad; en cambio, no es imprescindible que se produzca con relación al menor emancipado, mientras no realice cualquiera de los actos referidos en el artículo 323 del Código Civil. De todas formas, coinciden todos los casos en los que interviene un curador en que, estamos ante un supuesto de asistencia, de complemento de la capacidad de todas aquellas personas que se encuentran en situaciones de capacidad limitada, no completa, en la que si bien pueden obrar por sí, no lo pueden hacer solos sino con la asistencia del curador en los actos establecidos por la ley o por la sentencia de incapacidad o en la que se declare la situación de prodigalidad.

Desde tales bases, aunque el artículo 215 del Código Civil la configure como una institución de protección junto a la tutela y el defensor judicial orientada a la guarda y, protección de la persona o bienes, o solo de la persona o de los bienes de los menores o incapacitados en los casos que proceda, se diferencia de la tutela en que el curador no es un representante del curatelado, sino que su labor es de asistencia al emancipado, pródigo o incapacitado para ciertos actos determinados por una ley o una sentencia (40).

El curador no tiene una actuación global, sino que se establece para proteger a personas con cierto discernimiento en determinados actos, complementando su capacidad, tampoco es permanente o continua como en la tutela, sino intermitente, si bien, coincide con la tutela, en la asunción obligatoria del cargo. Como destaca GETE ALONSO, estamos ante una institución que se configura por el legislador de forma independiente a la patria potestad, tutela y que no es un figura de guarda derivada de estas, sino que opera de forma independiente (41).

Por tanto, el curador viene a completar la capacidad del curatelado, cuyo ámbito de actuación será más o menos amplio atendiendo a las circunstancias que determinaron la constitución del sistema de guarda. En todo caso, el objeto de la curatela es siempre el mismo, la intervención del curador en la conclusión de aquellos actos que los menores emancipados, habilitados de edad, declarados pródigos, e incapacitados no pueden realizar por sí mismos (arts. 288 y 289 del CC).

De ahí que el legislador aunque para referirse a la actividad desempeñada por el curador utiliza terminología diversa como intervención (arts. 288, 289 y 293), asistencia (art. 289) o consentimiento (art. 298), lo cierto es que responde a una misma finalidad: completar la capacidad del sometido a curatela mediante el asentimiento positivo o negativo del acto concreto objeto de control atendiendo siempre a los intereses o beneficio del curatelado (42). Como precisa,

(40) Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Valladolid, de 18 de enero de 1994 (AC 1994/40); de la Audiencia Provincial de Jaén, de 12 de julio de 1994 (AC 1994/1645); de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 4.^a, de 19 de febrero 1996 (AC 1996/216); y de la Audiencia Provincial de León, Sección 2.^a, de 1 de febrero de 1999 (AC 1999/6129).

(41) GETE ALONSO y CALERA, M.^a del C., «Comentario al artículo 288 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, coordinadores: Manuel AMORÓS GUARDIOLA y Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Tecnos, Madrid, 1986, pág. 696.

(42) CASANOVAS MUSSONS, A., «La contribución de la curatela al concepto de la personalidad civil restringida», en *Revista Jurídica de Catalunya*, any LXXXIV, núm. 1, 1985, pág. 94, señala que, «esta variedad terminológica no es ni siquiera indicativa de un distinto

GUILARTE MARTÍN-CALERO, «se trata, por tanto, de un simple asentimiento en el que, el curador presta una simple adhesión habilitante a un acto jurídico ajeno, cuyo autor es el que lo realiza como *dominus negotii*» (43). En todo caso, de la combinación de la terminología apuntada, CASANOVAS MUSSONS puntualiza que con todo «la “intervención” del curador tiene por objeto la “asistencia” de la persona y se traduce en el “consentimiento” para determinados actos patrimoniales» (44).

Ahora bien, aunque el sentir mayoritario en la doctrina sea que no puede otorgarse al curador la representación legal del curatelado (45), ni confiarle la administración de su patrimonio, no faltan ordenamientos, como el Derecho catalán, aragonés y francés (46), que posibilitan que el juez en la sentencia de incapacidad pueda dotar de cierta representatividad al curador, e igualmente, no falta en la doctrina quienes defienden una curatela reforzada que, en atención al grado de discernimiento, pueda comportar en ocasiones, la representación legal y la administración del patrimonio del curatelado. Así GARCÍA CANTERO, que se inclina por una interpretación flexible de la figura, señala que «es posible, por ejemplo, que el curador se encargase de administrar la parte más compleja

tratamiento a los diversos supuestos contemplados; responde probablemente al propósito de evitar repeticiones».

(43) GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., «La curatela en el nuevo sistema de capacidad graduable», *op. cit.*, pág. 149.

(44) CASANOVAS MUSSONS, A., «La contribución de la curatela al concepto de la personalidad civil restringida», *op. cit.*, págs. 94-95.

(45) LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 289 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 441; GIL RODRÍGUEZ, J., «Comentario al artículo 215 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, dirigido por Cándido PAZ-ARES, Rodrigo BERCOVITZ, Luis DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, y Pablo SALVADOR CORDECH, T. I, 2.^a ed., Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pág. 673; LASARTE ÁLVAREZ, C., «Principios de Derecho Civil», T. 6.^º, *Derecho de Familia*, 9.^a ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2010, pág. 397; LACRUZ BERDEJO, J. L., et al., «Elementos de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 444; MORENO QUESADA, B., «El curador, el defensor judicial y el guardador de hechos», *op. cit.*, pág. 308; VENTOSO ESCRIBANO, A., *La reforma de la tutela*, Colex, Madrid, 1986, pág. 113; GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., «La curatela en el nuevo sistema de capacidad graduable», *op. cit.*, págs. 148-152.

(46) El artículo 223-4 del Código Civil catalán establece que «el curador no tiene la representación de la persona puesta en curatela y se limita a completar su capacidad, sin perjuicios de lo establecido por el artículo 223-6». En dicho artículo 223-6 del Código Civil catalán se señala que: «*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*»; el artículo 150.1 y 2 del Código de Derecho Foral de Aragón establece que: «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 todos 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;* y el artículo 472 del *Code Civil*: «*Le juge peut également, à tout moment, ordonner une curatelle renforcée. Dans ce cas, le curateur perçoit seul les revenus de la personne en curatelle sur un compte ouvert au nom de cette dernière. Il assure lui-même le règlement des dépenses auprès des tiers et dépose l'excédent sur un compte laissé à la disposition de l'intéressé ou le verse entre ses mains.*

Sans préjudice des dispositions de l'article 459-2, le juge peut autoriser le curateur à conclure seul un bail d'habitation ou une convention d'hébergement assurant le logement de la personne protégée.

La curatelle renforcée est soumise aux dispositions des articles 503 et 510 à 515».

del patrimonio y se le encomendase al incapacitado la administración de la más sencilla; que al curador se le encomendara eventualmente la representación procesal y al incapacitado la personalidad por actos extrajudiciales» (47). Asimismo, GETE ALONSO pone de manifiesto que, «existe un amplio campo intermedio entre el total incapaz y los diferentes estadios de los deficientes; y este campo intermedio es el que hoy aparece cubierto por la curatela, según cada caso concreto y el amplio margen que se da al juez para fijar el sistema de guarda. Esto permite afirmar, como regla, que el contenido de la curatela de los incapacitados tiene una flexibilidad, en cuanto a la función del curador (que no existe en las otras curatelas) que puede llevar a una función de guarda intermedia entre la tutela y la curatela consideradas de modo rígido. Es decir, que cabe lo que se ha denominado aquí «tutela mitigada» en el seno de la curatela. De modo que «la asistencia del curador» que se menciona en el artículo 289 no sea siempre complemento de capacidad, sino que pueda comportar representación legal e incluso administración legal del patrimonio del incapacitado»; y en la diferencia entre esta tutela mitigada y la tutela en sentido estricto estriba en que «mientras la función de representación y administración legal del tutor se extiende a toda esfera de actuación del incapacitado, únicamente es posible que el curador pueda actuar como administrador del patrimonio o representante legal en actos concretos y determinados, siendo su función la de asistencia para todos los demás. En atención al grado de discernimiento se podrá prever, en la sentencia, por ejemplo, que el curador administre ciertos bienes de su patrimonio (el inmobiliario, el compuesto por títulos, valores...), y no del resto que se deja al incapacitado solo, bien necesitando de la asistencia del curador; o fijar determinados actos jurídicos que debe de realizar el curador en nombre del incapaz (así, los de enajenación, disposición...)» (48).

Esta curatela reforzada y, en general, la institución de protección de la curatela está en la línea del modelo de apoyos trazado en la Convención de la ONU,

(47) GARCÍA CANTERO, G., «Notas sobre la curatela», en *Revista de Derecho Privado*, septiembre de 1984, pág. 798.

(48) GETE-ALONSO y CALERA, M.^a del C., «Comentario al artículo 289 del Código Civil», *op. cit.*, págs. 701-702; de la misma autora, «Comentario al artículo 289 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, dirigido por Cándido PAZ-ARES, Rodrigo BERCOVITZ, Luis DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, y Pablo SALVADOR CORDECH, T. I, 2.^a ed., Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, págs. 839-840, quien asimismo, precisa que «el amplio campo intermedio que existe entre el total incapaz y los diferentes estadios de los deficientes parece, hoy, cubierto por la curatela, cabiendo hablar de una “tutela mitigada”, en el seno de la curatela. En esta segunda postura la facultad de gestionar o representar se entiende solo referida a aquellos actos concretos que así hayan sido previstos en la sentencia de incapacitación (art. 289), siendo la función del curador la asistencia para los demás actos». En esta línea, PARRA LUCÁN, M. Á., «Instituciones de guarda (2). La curatela y el defensor judicial», en *Tratado de Derecho de Familia*, vol. VI, *Las relaciones paterno-familiares (II). La protección penal de la familia*, directores: Mariano YZOQUERDO TOLSADA y Matilde CUENA CASAS, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2011, pág. 351, pone de manifiesto que «precisamente la necesidad de atender a las circunstancias personales del incapacitado, necesita la función de asistencia para determinados actos que puede hacer por sí pero no solo y la función de representación para otros». En contra, de tal planteamiento, pues, el curador no puede ni esporádicamente ser representante y/o administrador del incapacitado, así MORENO QUESADA, B., «El curador, el defensor judicial y el guardador de hecho», *op. cit.*, pág. 311; LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 289 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 441.

y con los principios de proporcionalidad y adaptabilidad a las circunstancias de las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica (de obrar en nuestro ordenamiento) de las personas de discapacidad prevista en el artículo 12 de la misma. Respeta la voluntad y preferencia del incapacitado como su dignidad como persona (art. 10 de la CE), opera en un marco graduable de la capacidad de la persona en función de las necesidades y circunstancias precisas para la toma de decisiones, pues, no suple la voluntad de la persona afectada, sino que complementa sus limitaciones en aquellos actos que la propia ley o la sentencia de incapacitación o de prodigalidad determinen, sin obviar el campo operativo y prevalente de la autonomía de la voluntad. Con semejanza a la misma opera la asistencia regulada en los artículos 226-1 a 226-7 del Código Civil catalán con la diferencia principal que, en esta última no es precisa la incapacitación judicial previa (49).

Sobre tales bases, lo cierto es que la curatela es una institución de guarda estable, pero de actuación intermitente —o como señala GIL RODRÍGUEZ, esporádica y ocasional— (50), con un contenido esencialmente patrimonial, que se diferencia de la tutela por su finalidad de asistencia, y no de representación legal —aunque no sería descartable en la línea de los ordenamientos citados de dotarle como medida de apoyo de cierta representatividad— en aquellos actos concretos que expresamente determina la ley o indique la sentencia de incapacitación o de prodigalidad (51); y del defensor judicial (art. 299 del CC), pues, esta última institución tiene carácter provisional, y subsidiario de las demás instituciones de guarda (patria potestad, tutela y curatela) en los casos puntuales en que exista conflicto de intereses o de forma provisional para los supuestos en que el curador o el tutor no desempeñan bien sus funciones hasta que cese la causa determinante o se designe otra persona para desempeñar el cargo. En esencia, la función del curador como institución de protección, supone la prestación de su asentamiento a cada uno de los actos que pretenda realizar el curatelado, como complemento de capacidad, debiendo valorar para ello, la conveniencia y oportunidad de cada uno de ellos, no siendo viable un asentimiento general (52). Habitualmente se dará tal asentimiento en el momento de celebración del acto, compareciendo con el propio sujeto, aunque también es posible no descartar en línea de principio, que en algunos casos se pueda prestar antes de la conclusión del acto y, que se condicione su eficacia al cumplimiento de determinados requisitos (53). Asimismo, es posible que el curador confirme *a posteriori* el acto realizado por el incapacitado sin su preceptiva autorización (54). En cualquier caso, el ejercicio de la curatela se ha de regir siempre por el principio de beneficio del sujeto sometido a guarda (art. 216 del CC). En esencia, el curador, como

(49) En esta línea, vid., la Instrucción número 3/2010 sobre la necesaria fundamentación individualizada de las medidas de protección o apoyo en los procedimientos sobre determinación de la capacidad de las personas.

(50) GIL RODRÍGUEZ, J., «Comentario al artículo 215 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 672.

(51) Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.^a, de 29 de abril de 2009 (*RJ* 2009/2901).

(52) DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España, II, Derecho de la persona*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1952, pág. 236.

(53) GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., «La curatela en el nuevo sistema de capacidad graduable», *op. cit.*, pág. 429.

(54) ÁLVAREZ LATA, N., «Comentario al artículo 288 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 451. En contra, DE CASTRO Y BRAVO, F., «Derecho Civil de España», *op. cit.*, pág. 236.

señala la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 31 de diciembre de 1991, «no suple la voluntad del afectado, sino que la refuerza, controla y encausa, completando la deficiente capacidad, por lo que su función no viene a ser de representación, sino más bien de asistencia y protección en el concurso que presta su apoyo e intervención para aquellos actos que haya de realizar el incapaz y estén especificados en la sentencia, los que no tienen que ser precisamente de naturaleza exclusivamente patrimonial, o, en otro caso, ha de entenderse que se extiende a los mismos actos en que los tutores precisen previa autorización judicial, conforme dispone el artículo 290, en relación al 271 y 272 todos ellos del Código Civil» (55).

III. CLASES DE CURATELA

LASARTE ÁLVAREZ señala que, si bien la curatela como cargo u organismo tutivo de segundo orden resulta aplicable a supuestos tan diversos, pedagógicamente, quizás convenga distinguir entre: «1. Curatela propia: la correspondiente a los supuestos de hecho que determinan solo el nacimiento de la curatela. Tales son los contemplados en el artículo 286 en concreto, los emancipados cuyos padres fallecieron o quedaren impedidos para el ejercicio de la asistencia preventida por la Ley; los que obtuvieren el beneficio de la mayor edad, y los declarados pródigos; y 2. La curatela impropia: según el artículo 287, «igualmente procede la curatela para las personas a quienes 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». Por ende, la existencia de tutela o curatela en este caso no depende del supuesto del hecho, sino de la valoración judicial. El Juez, como sabemos, puede decretar que la incapacitación comporte la constitución de la tutela, sino de la curatela» (56).

Por su parte, GUILARTE MARTÍN-CALERO señala que pueden clasificarse las curatelas en atención a los sujetos en: «a) La curatela de los menores emancipados y beneficiarios de la mayor edad; b) La curatela del declarado pródigo; y c) La curatela del incapacitado; en atención al origen puede hablarse de una curatela legal y una curatela judicial: en la primera, la ley prevé de forma expresa y excluyente el sometimiento a curatela de los menores emancipados, beneficiarios de la mayor edad y declarados pródigos; y la curatela judicial que el artículo 289 regula la curatela como sistema de guarda alternativo a la tutela, de manera que será el juez quien atendiendo al grado de discernimiento que presenta el incapacitado, opte por esta forma de guarda; en atención a la existencia puede clasificarse en curatela ocasional, la del menor emancipado, pues, esta curatela solo procede cuando el menor necesita del complemento de capacidad y sus padres hayan fallecido o estén impedidos para prestarle la asistencia preventiva en la Ley; y curatela necesaria, tanto la declaración de prodigalidad como la de incapacitación comporta la inevitable constitución del sistema de guarda, para proveer a la eficaz protección de los intereses amparados por la curatela, los derechos de los alimentistas, en el primer caso, y de la

(55) *RJ* 1991/9483. En el mismo sentido, las sentencias de la Audiencia Provincial de León, Sección 2.^a, de 19 de noviembre de 1998 (AC 1998/2073); y de la Audiencia Provincial de La Rioja, de 12 de mayo de 1999 (AC 1999/5984).

(56) LASARTE ÁLVAREZ, C., «Principios de Derecho Civil», *op. cit.*, págs. 396-397.

persona del incapacitado, en el segundo; en atención a la duración de la curatela puede hablarse de curatela temporal: la del menor emancipado y beneficiario de la mayor edad, pues procede en un limitado periodo, durante el tiempo en que el menor permanezca en esta situación, es decir, hasta la mayoría de edad; y la curatela permanente, la del declarado pródigo e incapacitado que deberá mantenerse como medida de protección en tanto no recaiga una sentencia que deje sin efecto la declaración anterior; y, finalmente, en atención al contenido de la curatela puede hablarse de curatela rígida: la del menor emancipado y beneficiario de la mayoría de edad. La rigidez se manifiesta en que la intervención del curador siempre será exigida para los mismos actos que son determinados en el artículo 323 del Código Civil; y la curatela flexible: la de los declarados pródigos y la de los incapacitados, en ellas el ámbito de la actuación del curador no está determinado *a priori*, sino que es preciso estar a la sentencia que declara la prodigalidad o la incapacitación» (57).

1. LA CURATELA DE MENORES DE EDAD

La curatela de menores de edad tiene lugar en dos supuestos concretos: con la emancipación y con el beneficio de la mayor edad. Reside su razón de ser en la necesidad de atender a aquellas situaciones en las que el menor de edad necesita un complemento de su capacidad, una asistencia para los actos requeridos en la ley cuando no pueden prestársela los padres (o, en ciertos casos, el cónyuge mayor de edad o el *ex tutor*).

El artículo 286 del Código Civil señala que están sujetos a curatela los emancipados (art. 314 del CC) cuyos padres fallecieren o quedaran impedidos para el ejercicio de la asistencia prevenida en la ley. Aunque la emancipación extingue la patria potestad (art. 169.2 del CC), sin embargo, los padres siguen siendo llamados por la ley para prestar la asistencia requerida para determinados actos que, se consideren de especial trascendencia, bien se trata de patria potestad conjunta, o sea ejercida exclusivamente por uno (58). De manera que, la función de protección se atribuye en primer lugar a los padres, y subsidiariamente, deberá ser atribuida al curador. El fallecimiento de los padres, que puede ser simultáneo o sucesivo, pero siempre antes de la mayoría de edad del hijo, o la imposibilidad de hecho o de derecho a la que hace referencia el citado artículo 286 ha de ser objeto de interpretación restrictiva, y afectar a ambos progenitores, pues, si uno de los progenitores está impedido para prestar la asistencia por ausencia, incapacidad o imposibilidad, la función recaerá en exclusiva sobre el otro progenitor (art. 156.IV del CC); asimismo, ha de excluirse en los supuestos de carácter meramente transitorio, pues, siempre podrá llegar

(57) GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., «La curatela en el nuevo sistema de capacidad gravable», *op. cit.*, págs. 161-164.

(58) ALONSO PÉREZ, «El estatuto jurídico del menor emancipado tras las recientes reformas del Derecho de Familia», en *La tutela de los derechos del menor, I Congreso Nacional de Derecho Civil*, dirección: José Manuel GONZÁLEZ PORRAS, Córdoba, 1984, pág. 25, afirma que, los padres actúan al prestar el consentimiento como progenitores y, por tanto, como los seres más indicados por razón de la sangre, reverencia y cariño. Están obligados por derecho de generación, no como manifestación de los deberes inherentes a la titularidad y ejercicio de la patria potestad».

a ejercerse la asistencia de los padres en un momento posterior (confirmación) a la realización del acto por el menor (59).

De todas formas, cuando el asentimiento ha de ser prestado por ambos padres, la falta de acuerdo deberá ser resuelto por el Juez a tenor de lo dispuesto en el artículo 156.II y III del Código Civil —bien atribuyendo la facultad de decidir al padre o la madre; o, si fueran los desacuerdos reiterados o concurriera alguna causa que entorpeciera gravemente el ejercicio de la misma, atribuirla total o parcialmente a uno de los padres, o distribuir entre ellos sus funciones— sin requerir el nombramiento de curador (60); ni tampoco será necesario tal nombramiento en aquellos casos en que exista un conflicto de intereses entre padres e hijos pues, puede ser atendido con el nombramiento de un defensor judicial (arts. 163.2 y 299.1 del CC), salvo que el conflicto sea con uno solo de los progenitores, en cuyo caso, la asistencia ha de ser prestada por el otro en quien no concurre el conflicto de intereses.

Evidentemente, procede la curatela cuando ambos padres han fallecido, porque si vive uno de ellos, el que sobrevive estará llamado a desempeñar la función paterno-filial. Parece razonable equiparar la muerte a la declaración de fallecimiento (61). Y, como señala PARRA LUCÁN, «aun cuando el artículo 286 del Código Civil no menciona el supuesto, también en los casos de privación de la patria potestad debe entenderse que “faltan” los padres, puesto que tratándose de funciones de guarda y protección carecería de sentido que por la emancipación revivieran, siquiera limitadas a la asistencia, unas facultades en quien fue privado de ellas por su incumplimiento (art. 172 del CC)»; y añade: «si la ley atribuye funciones de asistencia a los padres es en virtud de su extinguida función de titulares de la patria potestad; en el caso de que, excepcionalmente, el juez considerara que el padre que fue privado de la patria potestad puede cumplir idóneamente las funciones de asistencia ahora requeridas, en atención a las circunstancias, parece razonable exigir que lo nombra curador, con la consecuencia que de tal situación se derivan en orden al control de su nombramiento y actuación» (62).

Respecto a que los padres se vean impedidos para prestar la asistencia, ello puede ser resultado de la carencia de plena capacidad de obrar de ambos padres, de la ausencia declarada de estos, o que hayan sido declarados pródigos. Mayores dificultades de prueba ofrecen los casos de situaciones de hecho no determinadas en ningún tipo de resolución, por ejemplo, situaciones de incapacidad de hecho no declaradas judicialmente, situaciones de trastorno transitorio, enfermedad, viaje. En estos supuestos, corresponderá al juez decidir sobre la procedencia

(59) GETE-ALONSO y CALERA, M.^a del C., «Comentario al artículo 286 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 689.

(60) No obstante, como precisa GETE-ALONSO y CALERA, M.^a del C., «Comentario al artículo 286 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 690, si la atribución de la asistencia a uno solo de los padres pudiera derivar un perjuicio para el menor emancipado, este estará legitimado para solicitar al Juez el nombramiento de un curador, pues, a tenor del artículo 158.3, el juez, a instancia del propio hijo, podrá dictar las disposiciones que considere oportunas a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios.

(61) GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., «La curatela en el nuevo sistema de capacidad graduable», *op. cit.*, pág. 172; GETE-ALONSO y CALERA, M.^a del C., «Comentario al artículo 286 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 689.

(62) PARRA LUCÁN, M. Á., «Instituciones de guarda (2). La curatela y el defensor judicial», *op. cit.*, pág. 349. En esta línea, GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., «La curatela en el nuevo sistema de capacidad graduable», *op. cit.*, pág. 171.

de nombramiento del curador solicitado, que habrá de actuar en sustitución de los padres, prestando la correspondiente asistencia. En todo caso, como precisa GETE-ALONSO, «el “impedimento” ha de interpretarse con criterios objetivos y de manera restrictiva, debiendo tener visos de permanencia, puesto que, va a conducir a la constitución de un organismo de guarda y a la sustitución de la actividad de los padres» (63).

En relación con el menor que hubiera obtenido el beneficio de la mayor edad (art. 321 del CC), respecto del que se presupone una anterior sujeción a la tutela, será preciso el nombramiento de curador para llevar a cabo la necesaria labor de complemento requerida por la ley. En este caso, salvo que el juez disponga otra cosa, desempeñará el cargo de curador el mismo que hubiera sido tutor, de acuerdo con lo previsto en el artículo 292 del Código Civil (64). Esta curatela tendrá carácter principal frente a la accesoria que caracteriza la curatela del menor emancipado (65).

Sobre tales bases, el fundamento de la curatela del menor emancipado y del beneficiario de la menor de edad por la falta de los padres o la extinción de la tutela no puede suponer la desprotección de aquellos, de ahí que se opte por el nombramiento de curador que, complete la capacidad de los mismos para los actos determinados en la ley.

El ámbito subjetivo del artículo 286.1 del Código Civil alcanza a todo menor emancipado, con independencia del origen de la emancipación (matrimonio, concesión de quienes ejercen la patria potestad o por concesión judicial). Si bien, la mayoría de la doctrina considera no incluido al menor emancipado de vida independiente —esto es, al hijo mayor de dieciséis años que con el consentimiento de los padres vive con independencia de estos (art. 319 del CC)—, atendiendo al carácter revocable y la permanencia de la patria potestad (el mencionado art. 319 del CC) (66); aunque no falta quien lo incluye (67), o como manifiesta PARRA LUCÁN en este supuesto, si los padres fallecen, debería nombrársele al menor un tutor (art. 222.1 del CC), y añade: «sería discutible si el tutor puede oponerse

(63) GETE-ALONSO y CALERA, M.^a del C., «Comentario al artículo 286 del Código Civil», *op. cit.*, págs. 836-837.

(64) MORENO QUESADA, B., «El curador, el defensor judicial y el guardador de hecho», *op. cit.*, pág. 309, interpreta que en el supuesto del beneficio de la mayor edad hay «un cambio de situación de menor a mayor capacidad que lleva consigo una disminución de la necesidad de protección, pasándose de una situación de tutela a una de curatela, en correspondencia a los respectivos estatus del menor sin emancipar y menor emancipado»; y añade: «la circunstancia de que no se faculte al Juez, en este caso, para modificar, suavizándolo, el régimen de la tutela, sino que se prevé expresa, y pienso que necesariamente, el sometimiento a curatela, constituye un argumento más de la diferente naturaleza de una y otra forma de guarda y protección, que impide considerar la curatela como una especie de minitutela o tutela atenuada»; GARCÍA CANTERO, G., «Notas sobre la curatela», *op. cit.*, pág. 795, advierte que, de acuerdo con el artículo 292, se designará curador a la misma persona que hasta entonces había sido tutor, a menos que el Juez —por razones que han de ser excepcionales— disponga otra cosa.

(65) GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., «La curatela en el nuevo sistema de capacidad graduable», *op. cit.*, pág. 168.

(66) LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 286 del Código Civil», *op. cit.*, págs. 435-436; GETE-ALONSO y CALERA, M.^a del C., «Comentario al artículo 286 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 836; GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., «La curatela en el nuevo sistema de capacidad graduable», *op. cit.*, pág. 172.

(67) GARCÍA CANTERO, G., «Notas sobre la curatela», *op. cit.*, pág. 795.

a una situación de vida independiente que fue admitida por los padres y que el tutor no está autorizado a reconocer, puesto que para constituir la tutela el juez debe tomar la decisión que más convenga al menor, no se ve la razón que impida al juez conceder entonces la emancipación (art. 321 del CC). Si los padres no fallecen, pero “quedan impedidos para el ejercicio de la asistencia” será preciso un curador.

En este contexto, la curatela de personas menores emancipadas o que hayan obtenido el beneficio de la mayor edad solo debe constituirse, a instancia de estas, cuando sea necesaria la intervención de un curador respecto de aquellos actos que aquellos no pueden realizar por sí solos. En este sentido, LETE DEL RÍO señala que «en el artículo 288 se indica el límite máximo y mínimo de la función de asistencia del curador en los supuestos de las personas comprendidas en el artículo 286, respecto de las cuales 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» (68). En consecuencia, la intervención del curador se concreta en el ejercicio de la asistencia prevenida en la ley; y esta asistencia es la establecida, además de en el citado artículo 286.1, en el artículo 323 del Código Civil (69). Así, a los menores emancipados y a los beneficiarios de la mayor edad se les reconoce la capacidad para regir su persona y bienes como si fuera mayor; si bien para determinados actos que pueden comprometer su estabilidad patrimonial, se limita su capacidad, requiriendo para su eficaz celebración el concurso de los padres, o si estos fallecieran o quedaran impedidos para prestar la asistencia requerida del curador. Se trata de una curatela ocasional y esencialmente temporal, pues, solo opera para determinados actos previstos legalmente, y hasta que el menor emancipado llegue a la mayoría de edad. Los actos que requieren la intervención del curador son: *a) Tomar dinero a préstamo;* *b) Enajenar o gravar bienes inmuebles o establecimientos mercantiles u objetos de extraordinario valor.* Tales limitaciones son *numerus clausus* y no susceptibles de aplicación analógica (70).

Si se trata de menores emancipados por matrimonio, solo será precisa la asistencia del curador para realizar los actos señalados sobre bienes comunes, si el otro cónyuge es también menor (art. 324 del CC) (71). Cuando se trata de bienes privativos del menor, o de actos mencionados en el artículo 323 del Código Civil (tomar dinero a préstamo), con independencia de que el otro cónyuge sea mayor o menor de edad, será precisa la asistencia de los padres, y, a falta

(68) LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 286 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 439.

(69) GETE-ALONSO y CALERA, M.^a del C., «Comentario al artículo 286 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 838, considera que, cuando se habla de emancipado es uniforme en cuanto a su contenido la curatela, «no solo por la función llamada a desarrollar por el curador, sino principalmente, por su ámbito, porque la limitación de la capacidad del menor emancipado es fija, viene determinada, caso a caso, por la ley, sin que quepa graduaciones: solo los "actos que el menor no puede realizar por sí solo"».

(70) MONDÉJAR PEÑA, M. I., «La curatela», *op. cit.*, pág. 2017.

(71) GETE-ALONSO y CALERA, M.^a del C., «Comentario al artículo 286 del Código Civil», *op. cit.*, págs. 838-839; de la misma autora, «Comentario al artículo 286 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 697; GARCÍA CANTERO, G., «Notas sobre la curatela», *op. cit.*, pág. 795; LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 286 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 440, observa que el artículo 324 se aplica no solo cuando el cónyuge (o los cónyuges) alcanzaron la emancipación mediante el matrimonio, sino también cuando contrajeron matrimonio ya emancipados, si todavía no llegaron a la mayor edad.

de ambos, de un curador (72). Además respecto al menor casado, se debe tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 1329 del Código Civil, en relación con las capitulaciones matrimoniales que necesitarán el consentimiento de los padres, y a falta de estos del curador para otorgarlas, salvo que se pacte el régimen de separación de bienes o el de participación; y el artículo 1338 del citado cuerpo legal, en el que se establece que para donar al futuro consorte con ocasión de su matrimonio, será precisa la asistencia del curador del donante (73).

Finalmente, se extingue la curatela de menores emancipados o los que han obtenido el beneficio de la mayor edad por las siguientes causas: *a)* Cuando el menor alcanza la mayoría de edad; *b)* Por muerte, declaración de ausencia o de fallecimiento del menor emancipado y del beneficio de mayor edad; *c)* Por adopción del mayor de edad o del beneficiario de la mayor edad (art. 175 del CC), o porque se ha determinado legalmente la filiación paterna o materna, matrimonial o no matrimonial, del menor emancipado, salvo que deba operar el artículo 111 del Código Civil; *d)* Por haber desaparecido la causa que impedía a los padres prestar la asistencia ordenada por la ley, así porque han recuperado la capacidad, o ha aparecido; *e)* Por la incapacitación del menor emancipado o del beneficiario de la mayor de edad, si procede constituir la tutela o rehabilitar la patria potestad (74).

2. LA CURATELA DEL DECLARADO PRÓDIGO (75)

Con la reforma por Ley 13/1983, se mantiene la regulación de la prodigalidad (arts. 294 a 298), pese a que en los trabajos preparatorios previos a esta reforma estuvo a punto de ser suprimida del Código Civil (76), finalmente se optó por mantenerla (77), reduciendo el número de supuestos a los que se aplica este instituto, y, en consecuencia, la posibilidad de reclamarla.

(72) PARRA LUCÁN, M. Á., «Instituciones de guarda (2). La curatela y el defensor judicial», *op. cit.*, pág. 347.

(73) GETE-ALONSO y CALERA, M.^a del C., «Comentario al artículo 286 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 839; de la misma autora, «Comentario al artículo 286 del Código Civil», *op. cit.*, págs. 697-698; DE COUTO GÁLVEZ, R. M.^a, «Comentarios a los artículos 286 a 293», *op. cit.*, págs. 2041-2042.

(74) MONDÉJAR PEÑA, M. I., «La curatela», *op. cit.*, págs. 2017-2018.

(75) Un estudio más amplio de la materia, vid., BERROCAL LANZAROT, A. I., «De nuevo sobre la prodigalidad», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 729, enero-febrero de 2012, págs. 383 a 419.

(76) La sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de mayo de 1962 (*RJ* 1962/2421), en su Considerando Primero señala que: «...incluso modernamente discuten los juríscos-consultos, y aún los economistas, acerca de si la prodigalidad debe merecer la intervención del Derecho y ser causa de restricción de la capacidad, pero al margen de estas discusiones es lo cierto que nuestro Código Civil reconoce dicha circunstancia modificativa, si bien no define en qué consiste un estado tan excepcional ni señala los actos o hechos suficientes para determinarle y declararle».

(77) En el Proyecto de Ley de Reforma del Código Civil en materia de tutela de la I Legislatura en la Memoria-Exposición de Motivos se disponía, en relación con la posibilidad de sujeción de los pródigos curatela que, «fue largamente considerada en el curso de los trabajos prelegislativos, prevaleciendo la opinión de que la circunstancia de la prodigalidad, que sigue dándose de hecho con la realidad social, no parece suficiente para provocar una incapacidad, sí merece dar lugar al menos a las medidas de protección que supone la curatela, siempre que pidan la declaración de prodigalidad —que habría de hacerse en juicio contradictorio— el cónyuge, los descendientes, ascendientes que estén percibiendo alimentos

Posteriormente, la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero, en su Disposición Derogatoria única 2.1.º procede a una derogación formal del articulado de la sección segunda del capítulo III, título X del Libro I del Código Civil, dejando sin contenido los artículos 294 a 296 y 298, y trasladando su regulación material a la citada ley adjetiva con algunas modificaciones, en concreto, a los artículos 757-5 y 760-3, que el primero viene a contener la regulación del antiguo artículo 294, y el segundo, el artículo 298. Se mantiene solo en el Código Civil el artículo 297.

PÉREZ DE VARGAS define la prodigalidad como «conducta socialmente condenable de quien pone en injustificado peligro su patrimonio en perjuicio de determinados familiares o parientes que están percibiendo alimentos o se encuentran en situación de reclamarlos al que observa esa conducta» (78). MORENO QUESADA entiende por pródigo, «el desgastador o malgastador que consume su hacienda en cosas vanas, inútiles y superfluas, que no guardan proporción con los medios de que puede contar para atender a las necesidades familiares, al disipador de sus bienes por medio de una conducta socialmente condenable» (79); y ALBALADEJO, considera que es pródigo «quien observa habitualmente una conducta socialmente condenable que pone en peligro injustificado su patrimonio. Se requiere una conducta habitual, pues no basta un acto aislado. Conducta que importa, no en cuando haya sido ya dañosa, sino en cuanto, siendo de presumible continuidad, será perjudicial en el futuro. Se trata de impedir su continuación, pero lo hecho ya, no es atacable» (80).

o se encuentren en situación de reclamarlos al presunto pródigo, así como el Ministerio Fiscal, si aquellos son menores o incapacitados» (BOCG, Congreso de los diputados, serie A, núm. 202-I, de 24 de julio de 1981, págs. 2307-2308).

(78) PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., «La declaración de prodigalidad en Derecho español», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, año CXXXVI, junio de 1987, núm. 6, pág. 864.

(79) MORENO QUESADA, B., «El curador, el defensor judicial y el guardador de hecho», *op. cit.*, pág. 308.

(80) ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil. T. I. Introducción y Parte general*, 18.^a ed., Edisofer, Madrid, 2009, págs. 272-273.

VALVERDE Y VALVERDE, C., *Tratado de Derecho Civil español*, T. I, 2.^a ed., Valladolid, 1920, pág. 298, considera la prodigalidad como «un hábito o costumbre de dar empleo irracional a la fortuna propia»; PARRA LUCÁN, M. Á., «La prodigalidad», en *Curso de Derecho Civil*, vol. I, *Derecho privado. Derecho de la persona*, coordinador: Pedro DE PABLO CONTRERAS, 3.^a ed., Colex, Madrid, 2008, pág. 461, entiende por pródigo en el lenguaje ordinario: «el que de manera habitual malgasta y despilfarra de forma injustificada su patrimonio»; MALUQUER DE MOTES BERNET, C., «Las restricciones judiciales de la capacidad y la prodigalidad», en *Codificación, persona y negocio jurídico*, coordinador: Carlos J. MALUQUER DE MOTES BERNET, Bosch, Barcelona, 2003, pág. 139, señala que: «pródigo es aquella persona que, debido a su conducta económica, pone en peligro injustificadamente su propio patrimonio al provocar disminuciones en el mismo que dificultarán las posibilidades de satisfacer las necesidades elementales de determinados miembros de la propia familia»; RIVERA SABATÉS, V., «Sobre el concepto de prodigalidad», en *Revista de Derecho Privado*, marzo-abril de 2005, págs. 83-84, la prodigalidad, a efectos civiles, es «la conducta habitual económicamente desarreglada, merecedora de censura social, de quien pone en injustificado peligro su patrimonio en detrimento de sus familiares más allegados (cónyuge, descendientes o ascendientes que reciban alimento del así obrante o se encuentre en trance de reclamárselos)»; PLANIOL-RIPERT señalan que la prodigalidad supone la existencia de dos condiciones: de un lado, que los dispendios sean suficientes para comprometer seriamente la fortuna familiar del pródigo, y de otro, que estos gastos o dispendios estén inspirados no por la razón, sino por la pasión

Ahora bien, para que tal declaración de prodigalidad pueda tener lugar, la doctrina y la jurisprudencia señalan la necesaria concurrencia de los siguientes requisitos (81):

1. Que se trate de una conducta o comportamiento desordenado, ligero, insensato, imprudente e irreflexivo en la gestión o en el uso por el pródigio de su patrimonio. Este comportamiento ha de venir referido al ámbito económico o patrimonial del presunto pródigio y no a su dimensión personal. Normalmente, vendrá caracterizado por una ausencia absoluta de orden, prudencia, sensatez y reflexión, pues se orienta al despilfarro y al dispendio (82). De ahí que no se predique de actos o una serie de actos

o el desarreglo del espíritu. Esto es, se precisa hábito inveterado de disposición y falta de voluntad que puede originarse por pasión del juego, un placer maníaco, o, en general, por una debilidad de espíritu. Vid., PLANIOL, M., y RIPERT, J., *Traité pratique de Droit Civil français*, T. I, 2.^a ed., París, 1952, pág. 785.

(81) LETE DEL RÍO J. M., «De la curatela en los casos de prodigalidad», en *Comentarios al Código Civil*, dirigidos por Manuel ALBALADEJO, T. IV, 2.^a ed., Edersa, Madrid, 1985, págs. 452-453; DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, 11.^a ed., Tecnos, Madrid, pág. 246; O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., «La prodigalidad como institución de protección a la legítima», en *Revista de Derecho Privado*, marzo de 1978, pág. 260; OSSORIO SERRANO, J. M., *La prodigalidad*, Montecorvo, Madrid, 1987, págs. 49-54; MONSERRAT VALERO, A., «La prodigalidad», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, año CXXXIV, núm. 6, diciembre de 1985, págs. 887-898.

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, de 25 de marzo de 1942 (*RJ* 1942/333) establece en su Considerando cinco los caracteres siguientes: «a) Que se dé una conducta desordenada y ligera —no meramente desacertada— en la gestión o en el uso del propio patrimonio, bien a causa de un espíritu desordenado o por desarreglo de costumbres; b) Que esa conducta sea habitual, toda vez que los actos más o menos irregulares o los gastos excesivos, pero aislados y puramente circunstanciales, no pueden ser calificados como constitutivos de la condición jurídica de prodigalidad; c) Que pongan injustificadamente en peligro la conservación del patrimonio, con perjuicio de aquellas personas a las que se reserva el ejercicio de la acción unidas al pródigio por un vínculo estrechísimo de familia y con respeto a las cuales tiene este obligaciones morales y jurídicas ineludibles». Reiterando los caracteres, vid., la sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de marzo de 1955 (*RJ* 1995/1536); igualmente, la sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección 2.^a, de 28 de marzo de 2001 (*AC* 2001/760); la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.^a, de 28 de mayo de 2002 (*JUR* 2002/208891); la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 1.^a, de 29 de abril de 2003 (*JUR* 2003/143575); la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1.^a, de 12 de noviembre de 2004 (*JUR* 2006/23394); la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 3.^a, de 3 de junio de 2005 (*JUR* 2006/6377); la sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección 3.^a, de 28 de junio de 2007 (La Ley 175776/2007), y la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, Sección 5.^a, de 26 de febrero de 2010 (*JUR* 2010/197438).

(82) La sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de mayo de 1913 (Colección Legislativa, vol. II de 1913, págs. 560-561) considera no haberse justificado que doña Elvira Santamaría procediese con aquel desorden e irregularidad en el manejo y administración de sus bienes, que constituyen e integran el verdadero concepto de prodigalidad. Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de mayo de 1962 (*RJ* 1962/2421), hace referencia en su Considerando segundo que «es la conducta desarreglada de la persona que por modo habitual malgasta su patrimonio con ligereza, el que pone en peligro injustificado con perjuicio de su familia». En igual sentido, se pronuncia la sentencia de la Audiencia Territorial, de 24 de enero de 1989 (TOL 376.062). Vid., asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.^a, de 29 de septiembre de 2009 (La Ley 230006/2009); y de la misma Audiencia y Sección, de 2 de febrero de 2010 (La Ley 29518/2010).

- aislados, sino que debe implicar una conducta con cierta continuidad en el tiempo.
2. La habitualidad, frecuencia o persistencia. Lo que se traduce en la práctica en la reiteración o repetición de actos iguales o semejantes que suponen un uso irracional del patrimonio, cuya alta probabilidad es que se mantengan en el tiempo (83).
 3. La puesta en peligro del patrimonio del presunto pródigo con perjuicio para sus familiares a los que se reserva el ejercicio de la acción. Ha de poner en peligro injustificadamente la conservación del propio patrimonio, siendo además necesario que se perjudica los derechos de alimentos de aquellas personas (familiares) que están percibiendo o se encuentren en situación de reclamar alimentos al presunto pródigo (84).
 4. Esta situación de despilfarro y dilapidación del patrimonio ha de ser actual, pues, no se protege una mera expectativa (85).

Como ha apuntado PARRA LUCÁN: «la finalidad de la figura no es la de proteger al pródigo, sino los intereses de terceros. En particular, la supervivencia de la familia más próxima. El legislador ha considerado que está justificada la limitación de la capacidad de obrar de quien con su conducta derrochadora pueda crear un estado de necesidad familiar, o poner en peligro la subsistencia de los medios para su sustento» (86).

(83) La sentencia del Tribunal Supremo, de 25 de septiembre de 1958 (*RJ* 1958/2834), en su *Considerando primero* precisa que «se ha de demostrar inequívocamente que tal sujeto ha realizado, con carácter habitual, actos de disposición patrimonial desordenados e irreflexivos sin ninguna finalidad ventajosa para él y su familia, reveladores del tenaz y caprichoso afán de despreciar sus medios económicos de vida y has de la irracional complacencia en el despilfarro que, reiterado, necesariamente le conduciría a la miseria en época más o menos previsible». Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 1.^a, de 29 de abril de 2003 (*JUR* 2003/143575), pone de manifiesto que «la prodigalidad supone la realización, de forma reiterada, de actos de contenido económico desproporcionados tanto en relación con el volumen patrimonial de quien los realiza como con la finalidad perseguida y que el conjunto de la sociedad considera inapropiados». En el mismo sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1.^a, de 12 de noviembre de 2004 (*JUR* 2006/23394); la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.^a, de 26 de febrero de 2008 (*JUR* 2008/144543); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, Sección 5.^a, de 26 de febrero de 2010 (La Ley 62654/2010).

(84) La sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de mayo de 1962 (*RJ* 1962/2421) dispone que, en el concepto propiamente jurídico de la prodigalidad «es la conducta desarreglada de la persona que por modo habitual malgasta su patrimonio con ligereza, el que pone en peligro injustificado con perjuicio de su familia».

Por su parte, MALUQUER DE MOTES BERNET, C. J., «Las restricciones judiciales de la capacidad y la prodigalidad», en *Codificación, persona y negocio jurídico*, coordinador: Carlos J. MALUQUER DE MOTES BERNET, Bosch, Barcelona, 2003, pág. 140, señala al respecto que «no se contempla la actitud subjetiva del presunto incapaz, sino la situación objetiva de desatención del derecho de alimentos a favor de determinados familiares, sin que se vea la conducta como una falta de salud mental, ni realizada con la finalidad de defraudar a determinadas personas».

(85) La sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, de 5 de abril de 1993 (*AC* 1993/478), y la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 3.^a, de 3 de junio de 2005 (*JUR* 2006/6377).

(86) PARRA LUCÁN, M. Á., «Instituciones de guarda (2). La curatela y el defensor judicial», *op. cit.*, pág. 355.

La Ley 13/1983 no incluye la prodigalidad entre las causas mencionadas en el artículo 200 del Código Civil, que dan lugar a la incapacitación, ni está dirigida a proteger al pródigo, sino los intereses de terceros (los parientes con derecho a alimentos). Sin embargo, se sigue conservando como causa de limitación de capacidad de obrar y sumisión a curatela.

La declaración de prodigalidad se sustancia por los trámites del juicio verbal (art. 753 LEC). A diferencia de lo que sucede con la declaración de incapacidad, solo es preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal, cuando alguno de los interesados en el procedimiento sea menor, incapacitado, o esté en situación de ausencia legal (art. 751.2 LEC). En estos procesos no surte efecto la renuncia, el allanamiento ni la transacción, puesto que el objeto sobre el que versan es indisponible (art. 751.1 de la LEC y art. 1814 del CC). Sin embargo, la Ley de Enjuiciamiento Civil admite que el demandante puede desistir del juicio, si no existen menores, incapacitados o ausentes interesados en el procedimiento (art. 751.2). Al no poder las partes disponer libremente del objeto del proceso, la conformidad de las partes sobre los hechos no vincula al tribunal, que podrá decretar de oficio las pruebas que estime pertinentes y valorar libremente el resultado de todas ellas (art. 752 LEC) (87). Asimismo, el legislador no proporciona más criterios al Juez que acordar o no las limitaciones solicitadas por el demandante, sin que al parecer pueda imponer otras, y, sin que ello suponga limitar el contenido de la resolución judicial, de modo riguroso e inflexible, al *petitum* de la demanda (principio de congruencia) (88). La sentencia que declare la prodigalidad es constitutiva de la modificación de capacidad del pródigo, y se inscribe en el Registro Civil (art. 1.5 de la LRC) (89), expresando los actos que el pródigo no puede realizar sin la intervención del curador (arts. 760.3 de la LEC y 177.2 del RRC) (90). A partir de la inscripción en el Registro Civil tiene

(87) LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.*, «Elementos de Derecho Civil», T. I, *Parte General*, vol. II, *Personas*, 6.^a ed., revisada y puesta al día por Jesús DELGADO ECHEVARRÍA, Dykinson, Madrid, 2010, pág. 174, manifiesta que no se aplican al procedo de prodigalidad ni el artículo 759 LEC (pruebas y audiencias preceptivas en los procesos de incapacidad), ni el artículo 762 LEC (medidas cautelares); ni menos aún, el artículo 763 de la LEC, sobre internamiento no voluntario.

(88) LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.*, «Elementos de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 175; CARRIÓN OLmos, S., *La prodigalidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pág. 156.

(89) Vid., los artículos 4.10.^o, 72.1 y 73 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, de Registro Civil (la Disposición Final décima establece que entrará en vigor a los tres años de su publicación en el BOE, excepto la Disposición Adicional séptima y octava y las Disposiciones Finales tercera y sexta, que entrarán en vigor al día siguiente de su publicación en el BOE).

(90) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 1.^a, de 31 de octubre de 1997 (AC 1997/2057). LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 298 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 465, precisa que «dado que la discrecionalidad judicial es sumamente amplia, e incluso puede llegar a imponer la asistencia del curador a todos los actos de administración y disposición del pródigo, lo normal será que al solicitar la declaración de prodigalidad se pida que la intervención del curador comprenda el grado máximo, y así evitar el tener que plantear más adelante un nuevo y costoso juicio; pues, como dice DE CASTRO, esta sería la actitud prudente de un abogado o de un fiscal».

Por otra parte, entiende OSSORIO SERRANO como CARRIÓN OLmos que, si no se establece nada en la sentencia de declaración de prodigalidad sobre los actos que el pródigo necesita la asistencia del curador, no queda otra opción que, admitir la procedencia de la interposición por los interesados del correspondiente recurso esgrimiendo el mandato legal del artículo 760.3 de la LEC. Vid., OSSORIO SERRANO, J. M., «La prodigalidad», *op. cit.*, págs. 186-187; y CARRIÓN OLmos, S., «La prodigalidad», *op. cit.*, pág. 155. En esta línea, la sentencia de la Audiencia

efectos frente a todos (art. 222.3.II LEC). También es inscribible, a petición de parte, en el Registro de la Propiedad (art. 2.4 de la LH) y en el Registro Mercantil (art. 87.4 del RRM).

En cuanto a la legitimación activa, dispone el artículo 757.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que podrán pedir la declaración de prodigalidad el cónyuge, aun separado legalmente o de hecho (91), excluyéndose al divorciado y aquel cuyo matrimonio hubiese sido declarado nulo (92); los descendientes cualquiera que sea la determinación de la filiación (matrimonial, no matrimonial y adoptiva) o ascendientes que perciban alimentos del presunto pródigos (arts. 154 y 142 a 151) o que se encuentren en situación de reclamárselos, esto es, que tengan necesidad de ellos, conforme dispone el artículo 148 del Código Civil (93). Los hermanos que, si bien, pueden tener derecho de alimentos (auxilios necesarios para la vida —art. 143.2 del CC—), en cambio, no están legitimados para promover la prodigalidad (94). Y, respecto a la legitimación pasiva, corresponde al presunto pródigos —pues, tiene capacidad procesal para ello— (95), incluidos los menores emancipados, según opinión mayoritaria de la doctrina, por entender que, la intervención del curador del pródigos puede ser más amplia que la que corresponde a los padres o al curador de un emancipado sobre la base legal del artículo 323 del Código Civil; y, además, porque

Provincial de Guipúzcoa, Sección 2.^a, de 28 de marzo de 2001 (AC 2001/760), señala en su *Fundamento de Derecho cuarto* que: «...las facultades del curador están exclusivamente referidas al ámbito patrimonial y en relación a los actos que el Juez fije; por tanto, no cabe que la sentencia omita esa concreción de actos, si no los contiene debe ser rectificada de oficio o impugnada mediante los oportunos recursos».

Sin embargo, el artículo 223.4.3 del Código Civil catalán impone que la sentencia que declare la prodigalidad debe determinar el ámbito en que la persona afectada necesita de la asistencia de un curador. En cualquier caso, esta asistencia es necesaria para los actos a que se refiere el artículo 222.43 (actos que el tutor requiere autorización judicial), y para otorgar capitulos matrimoniales.

(91) Señala MONSERRAT VALERO, A., «La prodigalidad», *op. cit.*, pág. 894, que los cónyuges separados de hecho no pierden, por ello, el derecho de alimentos; respecto al cónyuge separado legalmente tiene derecho a pedir alimentos de acuerdo con lo que establezca el convenio regulador (art. 90 del CC). Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.^a, de 17 de marzo de 2005 (La Ley 63870/2005).

(92) OSSORIO SERRANO, J. M., «La prodigalidad», *op. cit.*, pág. 82; LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.*, «Elementos de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 173.

Parece excluirse, como apunta CARRIÓN OLMO, S., «La prodigalidad», *op. cit.*, págs. 130-131, a quienes convivan en una unión de hecho.

(93) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete, Sección 1.^a, de 4 de diciembre de 2008 (La Ley 266852/2008).

(94) PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., «La declaración de prodigalidad en Derecho español», *op. cit.*, pág. 887, cree que «aunque el legislador quiso cambiar el objetivo de la declaración de prodigalidad, pasando a proteger la legítima de los herederos forzosos, a la protección de los alimentos entre parientes, la verdad es que nuestro legislador se quedó a medio camino entre lo uno y lo otro, de forma que hoy se protege al cónyuge, descendientes y ascendientes (que según el art. 807 del CC pueden ser legitimarios) en tanto en cuanto estén percibiendo alimentos o se encuentren en situación de reclamárselos, pero no protege a los hermanos, tal vez porque no tienen la condición de legitimarios».

(95) PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., «La declaración de prodigalidad en Derecho español», *op. cit.*, pág. 888, en este sentido, dice que «es lógico pensar que cuando el artículo 294 habla de demandado se está refiriendo al presunto pródigos, al que si no está incapacitado por otra causa, tiene plena capacidad para comparecer en juicio y actuar plenamente por sí solo».

puede desarrollar una conducta que ponga en peligro el derecho de alimentos, que se protege (96).

El curador intervendrá en los actos que el pródigo no puede realizar por sí mismo (art. 288 del CC), y determinados en la sentencia que declare la prodigalidad (art. 760.3 de la LEC). Se trata de un sistema de guarda variable, de determinación exclusivamente judicial y limitado, donde la labor del curador se concreta en el complemento de la capacidad del pródigo, prestando su asentimiento en aquellos actos que la propia sentencia ha determinado que, aquél no puede realizar por sí solo. Aunque la ley no lo establece expresamente, hay unanimidad en señalar que no hay limitación de la capacidad en la esfera personal del pródigo, y que la limitación de la capacidad solo puede afectar a la esfera patrimonial *inter vivos*, por tanto, puede casarse y otorgar testamento.

No obstante, teniendo el pródigo una capacidad limitada, debe, igualmente, ser excluido respecto de aquellos actos para los que legalmente se exige estar «en pleno ejercicio de los derechos civiles», o «tener capacidad para obligarse», con independencia de su carácter patrimonial o no. Así, aunque no lo diga la sentencia de prodigalidad no podrá ser tutor, al menos del patrimonio, más dudoso respecto de la persona (art. 241 del CC), ni tampoco albacea (art. 893 del CC). Si bien, sobre la base de lo dispuesto en el artículo 7.2 de la LEC se le puede reconocer capacidad procesal.

De todas formas, la sentencia de prodigalidad puede determinar la intervención del curador no solo en relación al propio patrimonio del pródigo, sino también a los bienes respecto de los que puede corresponder la gestión (bienes de sus hijos —art. 164 del CC; o la coadministración en la sociedad conyugal). Sin olvidar que tras la reforma por Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, se permite al cónyuge del pródigo que pueda solicitar la disolución de la sociedad de gananciales como medida de protección de sus intereses; y que se puede sustraer al declarado pródigo el contenido patrimonial de la patria potestad sobre la base de lo dispuesto en el artículo 158 del Código Civil; o de adoptar, a instancia del Ministerio Fiscal, del hijo o cualquier pariente, las medidas oportunas para la protección del patrimonio de los hijos menores o incapacitados (art. 167 del CC).

En todo caso, para la curatela de menores y pródigos el artículo 288 del Código Civil señala que, no tendrá otro objeto que la intervención del curador en los actos que los menores y los pródigos no puedan realizar por sí solos. Pese a este tratamiento conjunto, lo cierto es que, la actuación del curador del

(96) OSSORIO SERRANO, J. M., «La prodigalidad», *op. cit.*, pág. 103; PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., «La declaración de prodigalidad en Derecho español», *op. cit.*, pág. 889; DE COUTO GÁLVEZ, R. M.^a, «Comentario a los artículos 286 a 293 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 2052; YZQUIERDO TOLSADA, M., «La curatela, el defensor judicial y la guarda de hecho», *op. cit.*, pág. 144; ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil. T. I Introducción y parte general*, 18.^a ed., Edisofer, Madrid, 2009, pág. 275, esté casado o teniendo descendientes o ascendientes actualmente con derecho a alimentos contra él o en situación de reclamárselos. Sea emancipado por mayoría de edad o un menor emancipado que esta malgastando su patrimonio mueble; LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 294 del Código Civil», *op. cit.*, págs. 457-458, señala que, puede también desarrollar una conducta dilapidadora sobre todo si su fortuna o patrimonio es principalmente mobiliario. Sin embargo, excluye como legitimado pasivo al supuesto contemplado en el artículo 319, de la llamada emancipación de hecho o por vida independiente del menor, pues, como es sabido dice el autor «la autorización o consentimiento de los padres es revocable y solo se acepta la tesis que no puede ser revocada libremente la autorización para la vida independiente después de concedida, sino que exige una causa justificativa, esta causa sería precisamente la prodigalidad».

declarado pródigo se asemeja más a la del curador del incapacitado, que a la del menor emancipado, pues, a diferencia de esta, en las otras dos es la sentencia judicial y no la ley la que concreta los actos y negocios para los que el declarado pródigo debe contar con el asentimiento del curador (aunque con escaso rigor el art. 760.3 de la LEC hable de «consentimiento»).

Ahora bien, el Código de Derecho Foral de Aragón tiene una diferencia importante con la regulación contenida en el Código Civil español en lo referente a la prodigalidad, pues, conforme al artículo 38.2: «*no tendrá otro efecto que ser causa de incapacitación cuando reúna los requisitos del apartado anterior*». Se suprime, pues, la prodigalidad como causa de limitación de la capacidad de obrar (97). Como explica el Preámbulo del citado Código, «cabe incapacitar (para protegerlos, como en los demás supuestos de incapacidad) al que dilapida sus bienes cuando por enfermedad o deficiencia psíquica no pueda gobernarse por sí mismo pero, sin este presupuesto, no puede limitarse la capacidad de obrar en el ámbito patrimonial como medida protectora de intereses ajenos, tal como, en su ámbito de aplicación, establece el Código Civil». Esta regla es coherente con el Derecho Histórico aragonés que excluía la prodigalidad como causa autónoma, «por costumbre del Reino no se da curador al que dilapida o disipa sus bienes, a no ser que además sea mentecato y privado de razón», decía la Observancia 7.^a, *De tutoribus*. De forma que, cuando la prodigalidad no sea síntoma de deficiencia que justifique la incapacitación, no dará lugar a una limitación de la capacidad de obrar pero permitirá la adopción, en su caso, de medidas de aseguramiento y ejecución forzosa de los deberes familiares relativos a los deberes de asistencia en el matrimonio, de la filiación y el deber de crianza y autoridad familiar, alimentos entre parientes, y la normativa en materia de régimen económico matrimonial [arts. 58.2 y 66 a 70; 183.1, 186, 187, 245, 298 y 301.1.e), 313 y 515, entre otros]. Por su parte, la Disposición Transitoria tercera, relativa al Libro I de este Código Foral, se ocupa del Derecho Transitorio en lo referente a la prodigalidad, disponiendo que: «1. Desde el 23 de abril de 2007, fecha de la entrada en vigor de la Ley de Derecho de la persona) nadie puede ser declarado pródigo. 2. Las personas declaradas pródigas, a la entrada en vigor de esta Ley, seguirán rigiéndose por las normas de la legislación anterior, pero podrán solicitar judicialmente la reintegración de su capacidad» (98).

3. LA CURATELA DEL INCAPACITADO

Toda persona, por el mero hecho de serlo, es considerada por el ordenamiento jurídico como sujeto titular de derechos y obligaciones, cualesquiera que sea su estado de salud, y sus condiciones de inteligencia y de voluntad. Esta capacidad jurídica que implica la posibilidad general de ser titular de relaciones jurídicas, es sinónimo de personalidad. De ahí que, del principio de esta personalidad, de hecho y de derecho arranquen las normas que ya vienen desde antiguo y que

(97) Ya con anterioridad se había suprimido con la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de Persona de Aragón en su artículo 35. Esta Ley se ha refundido en el citado Código de Derecho Foral de Aragón.

(98) Vid., sobre el Derecho de Familia aragonés, PARRA LUCÁN, M. Á., «La familia en el Derecho Civil de Aragón», en *Tratado de Derecho de Familia, vol. VII, La familia en los distintos Derechos Forales*, directores: Mariano YZQUIERDO TOLSADA y Matilde CUENA CASAS, Thomson-Reuters Aranzadi, Pamplona, 2012, págs. 749 a 870.

recoge el artículo 29 del Código Civil, consagrando que *el nacimiento determina la personalidad*. Se constituye, así como un atributo indisolublemente unido a la condición de la persona. Pero esta posibilidad general de ser titular de derechos y obligaciones no resulta suficiente para poder realizar eficazmente actuaciones relacionadas con los mismos; para ello se hace necesario tener capacidad de obrar, esto es, la posibilidad de desplegar una actuación eficaz y válida jurídicamente o, lo que es igual, la aptitud necesaria para ejercitar actos jurídicos concretos y determinados. La capacidad de obrar, así se manifiesta en la aptitud o idoneidad para realizar por uno mismo actos con eficacia jurídica requiriendo a su vez una capacidad volitiva o un mínimo de madurez en el sujeto para cuidar de su persona y bienes. Sobre tales bases, se parte de una presunción de capacidad (99); de forma que, solo por sentencia judicial (art. 199 del CC) y cuando se den los requisitos establecidos el artículo 200 del citado cuerpo legal que: 1. Exista una enfermedad o una deficiencia de carácter físico o psíquico; 2. Que sea persistente; 3. Que impida a la persona gobernarse por sí misma, podrá incapacitarse a una persona (100).

(99) Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de septiembre de 1999 (*RJ* 1999/6938), en la que pone de manifiesto que, «implicando la incapacidad la decisión judicial de carecer de aptitud una persona para autogobernarse respecto a su persona y patrimonio, debe regir el principio de protección del presunto incapaz, como trasunto del principio de dignidad de la persona, lo que debe inspirar aquella decisión judicial»; y de 14 de julio de 2004 (*RJ* 2004/5204); y las sentencias de la Audiencia Provincial de Alicante, de 22 de febrero de 1995 (*AC* 1995/333); de la Audiencia Provincial de León, Sección 2.^a, de 19 de noviembre de 1998 (*AC* 1998/2073); de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 6.^a, de 8 de noviembre de 2001 (*AC* 2002/284); de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 1.^a, de 2 de marzo de 2002 (*JUR* 2002/701); y de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15.^a, de 8 de julio de 2004 (*AC* 2004/1244).

(100) Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de febrero de 1986 (*RJ* 1986/520), persistencia «equivale a permanencia firme con independencia de su mayor o menor intensidad periódica, por lo que tal concepto de persistencia es perfectamente compatible con enfermedades o deficiencias que se manifiestan en fases cíclicas»; de 31 de diciembre de 1991 (*RJ* 1991/9438); de 31 de octubre de 1994 (*RJ* 1994/8004); de 29 de julio de 1998 (*RJ* 1998/6134), para que se incapacite a una persona señala que «no solo es suficiente que padezca una enfermedad persistente de carácter físico o psíquico, lo cual puede perfectamente interpretarse en una patología permanente y con una intensidad deficitaria prolongada en el tiempo y mantenida en intensidad, o bien incluso con independencia de que pudieran aparecer oscilaciones o ciclos en que se agudiza mucho más la dolencia o patología, porque lo que verdaderamente sobresale es la concurrencia del segundo requisito, o sea que el trastorno tanto sea permanente como oscile en intensidad, impida a la persona gobernarse por sí misma»; de 11 de junio de 2004 (*RJ* 2004/4428), demencia senil, enfermedad de carácter permanente e irreversible, lo que determina su incapacidad para autogobernarse; de 14 de julio de 2004 (*RJ* 2004/5204) donde se señala que autogobierno significa «la idoneidad de la persona para administrar sus intereses, intereses que comprenden no solo los materiales, sino también los morales, y, por ende, la guarda de la propia persona o, como dice un autor, «el gobierno de sí mismo por sí mismo significa la adopción de decisiones y la realización de actos concernientes a su propia esfera jurídica tanto en el plano estricto de la personalidad, como en el plano económico o patrimonial». Desde el punto de vista médico, se dice que el autogobierno tiene tres dimensiones o intensidades, la patrimonial (autonomía e independencia en la actividad socioeconómica), la adaptativa e interpersonal (entendiendo por tal la capacidad de afrontar los problemas de la vida diaria en la forma y manera que sería de esperar para su edad y contexto sociocultural) y la personal (en el sentido de desplazarse eficazmente dentro de su entorno, mantener una existencia independiente en relación con las necesidades físicas más inmediatas, incluyendo

Quedan, por tanto, excluidos del ámbito de la incapacitación judicial aquellos individuos que sufran alguna alteración transitoria u ocasional, o cuya enfermedad o deficiencia no afecte a sus facultades de autogobierno, es decir, a su capacidad cognoscitiva y volitiva (101).

En consecuencia, para declarar a una persona incapacitada, no solo resulta necesaria la existencia de una causa que la determine, sino también una decisión judicial tras la sustanciación del correspondiente proceso. Por lo que sobre la base de lo dispuesto en los artículos 199 y 200 se está disponiendo de forma categórica no solo la jurisdiccionalidad de la incapacitación, sino también el principio de legalidad o tipicidad en relación con las causas determinantes de la decisión judicial.

De forma novedosa, en cuanto a la capacidad de la persona el Código Civil catalán pone el acento en la capacidad natural como criterio que fundamenta la atribución de la capacidad de obrar de acuerdo con lo dispuesto en el Código Civil, de modo que, combinada con la edad, permite hacer una valoración gra-

alimentación, higiene y autocuidado). En el informe emitido por el médico forense contiene las siguientes consideraciones médico-forenses: «Don Mauricio presenta una tretalgia y una imposibilidad para la comunicación verbal, precisando de cuidados de forma continua, con imposibilidad de autogobierno para su persona»; y las sentencias de la Audiencia Provincial de Valladolid, de 18 de enero de 1994 (AC 1994/40); de la Audiencia Provincial de Burgos, Sección 2.^a, de 15 de mayo de 1995 (AC 1995/1665); de la Audiencia Provincial de Palencia, de 30 de octubre de 1995 (AC 1995/2506); de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 1.^a, de 21 de marzo de 2001 (*JUR* 2002/29095); de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 4.^a, de 23 de mayo de 2001 (*JUR* 2001/226196); de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 6.^a, de 8 de noviembre de 2001 (AC 2002/284); de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 1.^a, de 20 de marzo de 2002 (*JUR* 2004/701); de la Audiencia Provincial de Girona, Sección 1.^a, de 26 de marzo de 2001 (*JUR* 2001/178887); de la Audiencia Provincial de Navarra, de 11 de junio de 2002 (AC 2002/1401); de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.^a, de 21 de marzo de 2003 (*JUR* 2003/197860); de la misma Audiencia y sección, de 11 de mayo de 2004 (*JUR* 2004/189807); de la misma Audiencia y sección, de 15 de julio de 2004 (*JUR* 2004/218155); de la Audiencia Provincial de Zamora, Sección 1.^a, de 7 de marzo de 2005 (AC 2005/566); de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 3.^a, de 18 de marzo de 2005 (AC 2005/1201); de la Audiencia Provincial de Cuenca, Sección 1.^a, de 22 de noviembre de 2006 (AC 2006/2317); y de la Audiencia Provincial de La Rioja, Sección 1.^a, de 13 de marzo de 2007 (AC 2007/1068).

(101) La sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, de 11 de enero de 1994 (AC 1994/19) señala que: «(...) la imposibilidad para el autogobierno debe referirse a la capacidad general del sujeto ante la vida social, y no a su ineptitud ante una determinada relación o situación en que se encuentre, implicando pues, el autogobierno, una actitud reflexiva sobre la propia actuación, tanto en el plano personal como en la esfera patrimonial; y la valoración judicial de las repercusiones de una enfermedad o deficiencia persistente sobre esa capacidad de reflexión, entendida en el sentido de conciencia suficiente de la propia actuación general, constituye la médula del sistema de incapacitación de la persona en nuestro derecho, debiendo centrarse la actuación del Juez en precisar dos extremos: 1. Que la enfermedad o deficiencia efectivamente incide, es la conducta del presunto incapaz. 2. Que esa incidencia es de entidad suficiente para impedir un comportamiento normal respecto de su persona y bienes o algunos de ambos extremos, debiendo tenerse en cuenta el contenido del artículo 210 del Código Civil». Asimismo, vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 1 de febrero de 1986 (*RJ* 1986/408); y de 26 de julio de 1999 (*RJ* 1999/7845); y las sentencias de la Audiencia Provincial de Cantabria, Sección 2.^a, de 4 de septiembre de 1997 (AC 1997/1773); y de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 5.^a, de 15 de septiembre de 2005 (*JUR* 2006/30510).

dual, no estrictamente seccionada en etapas a lo largo de la vida de la persona (art. 211-3) (102).

Por su parte, el Código de Derecho Foral de Aragón, al igual que el Código Civil español, establece que nadie puede ser incapacitado sino en virtud de las causas establecidas en la ley y por sentencia judicial, que determinará la extensión y límites de la incapacitación, así como el régimen de protección a que haya de quedar sometido el incapacitado (art. 38.1). Son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma (art. 38.2). Existe, en los términos reseñados en el apartado anterior, una importante diferencia por lo que se refiere a la prodigalidad conforme el artículo 38.2.

Con la reforma por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, se viene a instaurar el proceso de incapacitación en el ámbito de la jurisdicción contenciosa, si bien considerado como un «proceso especial». A tal fin se dedica el Libro IV a los procesos especiales (arts. 748 a 827) y el Título I a los «procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores», disponiendo a tal efecto el artículo 748.1 que: *«Las disposiciones del presente Título serán aplicables a los siguientes procesos: 1º Los que versen sobre la capacidad de las personas y los de declaración de prodigalidad»*. El Capítulo II regula en los artículos 756 a 763 los procesos sobre capacidad de las personas, manteniendo, en unos casos, con la redacción otorgada por el legislador 1983 (art. 757.5 de la LEC), y, en otros, modificando la norma para acoger las nuevas tendencias sociales (art. 757.1 de la LEC), o bien para adoptar determinadas posiciones jurisprudenciales (art. 760.2 de la LEC). Supone esta regulación la derogación de los artículos 202 a 214 y 294 a 296 y 298 todos del Código Civil (Disposición Derogatoria única, 2-1), dejando de este modo subsistentes únicamente los artículos 199 a 201 de este mismo cuerpo legal. Se abandona el juicio declarativo de menor cuantía, sustanciándose ahora por los trámites del juicio verbal, dotándole de especialidades propias, que lo separa de los procesos dispositivos.

En consecuencia, de darse los presupuestos descritos en el artículo 200 del Código Civil, se ha de proceder a la incapacitación de la persona, correspondiendo al juez determinar el régimen de tutela o guarda al que ha de quedar sometido (art. 210 del CC). Asimismo tras la reforma por Ley 13/1983 corresponde al juez graduar la incapacidad del sujeto, atendiendo a su grado de discernimiento, lo que permitirá someterle a un régimen de sustitución (tutela y patria potestad prorrogada o rehabilitada), o a un régimen de asistencia (curatela). La curatela se relaciona con la incapacitación parcial, vinculada a los supuestos en que existe un grado aceptable de autogobierno en la persona que padece la enfermedad o deficiencia incapacitante, pues, en caso de incapacitación total procedería el nombramiento de un tutor que, no asiste, sino que representa (103). No obstante, es posible, como así hemos constatado, una curatela reforzada de forma que, se determine la asistencia para determinados actos, y para otros se determine cierta facultad de representación (arts. 223-4 y 223-6 del CC catalán, y arts. 150, apartados 1 y 2 del Código de Derecho Foral de Aragón).

(102) Artículo 211-3 dispone que: *«1. La capacidad de obrar de la persona se fundamenta en su capacidad natural, de acuerdo con lo establecido por el presente Código. 2. La plena capacidad de obrar se alcanza con la mayoría de edad. 3. Las limitaciones a la capacidad de obrar deben interpretarse de forma restrictiva atendiendo a la capacidad natural»*.

(103) Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de septiembre de 1999 (*RJ* 1999/6938).

De conformidad con el artículo 289 del Código Civil, la asistencia del curador alcanzará a aquellos actos que expresamente se determinen en la sentencia de incapacidad. Este precepto se encuentra en conexión con el artículo 760 de la LEC, según el cual la sentencia que declare la incapacidad determinará la extensión y los límites de esta, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado. Al respecto se pueden utilizar diversas fórmulas a la hora de determinar la intervención del curador, así se puede hacer una enumeración de los actos para los que se precisa asistencia (104); concretar la naturaleza de los actos para los que se requiere la intervención del curador (actos de extraordinaria administración o actos de disposición) (105); o estimar la intervención del curador respecto de aquellos actos en que los artículos 270 y 271 del Código Civil exigen para

(104) Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 31 de diciembre de 1991 (*RJ* 1991/9483); y Sección 1.^a, de 30 de junio de 2004 (*RJ* 2004/4283); y las sentencias de la Audiencia Provincial de Jaén, de 12 de julio de 1994 (AC 1994/1645); de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 2.^a, de 30 de julio de 1999 (AC 1999/7225); de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 4.^a, de 16 de septiembre de 1999 (AC 1999/2137), los actos en que debe intervenir el curador son aquellos especificados en el artículo 271.2, 3 y 4 del Código Civil; de la Audiencia Provincial de Cuenca, Sección única, de 21 de marzo de 2000 (AC 2000/1152); de la Audiencia Provincial de Baleares, Sección 4.^a, de 4 de octubre de 2000 (*JUR* 2001/20673); de la Audiencia Provincial A Coruña, Sección 4.^a, de 23 de mayo de 2001 (*JUR* 2001/226196); de la Audiencia Provincial de Cantabria, Sección 2.^a, de 24 de abril de 2003 (*JUR* 2004/1556); el Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 2.^a, de 4 de abril de 2006 (*JUR* 2006/131735); y de la Audiencia Provincial A Coruña, Sección 4.^a, de 8 de mayo de 2008 (*JUR* 2008/295163).

(105) Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de febrero de 1986 (*RJ* 1986/520); y las sentencias de la Audiencia Provincial de Toledo, Sección 1.^a, de 21 de enero de 1999 (AC 1999/95), alcanza a los actos dispositivos; de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.^a, de 22 de noviembre de 1999 (AC 1999/8282), actos de administración y disposición; de la Audiencia Provincial de Lleida, Sección 1.^a, de 29 de noviembre de 1999 (AC 1999/2572), actos de disposición; de la Audiencia Provincial de Girona, Sección 2.^a, de 3 de marzo de 2000 (AC 2000/4981), para actos de enajenación, gravamen y disposición y aquellos que tengan trascendencia económica; de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 5.^a, de 23 de diciembre de 2002 (*JUR* 2003/65011) a todas las cuestiones económicas, aunque sean de mínima entidad; de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 1.^a, de 21 de diciembre de 2004 (*JUR* 2005/28632), actos dispositivos que excedan de la mera administración; de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 4.^a, de 24 de mayo de 2005 (*JUR* 2005/198193), limitación en la disposición de los ingresos del incapaz; de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1.^a, de 13 de junio de 2006 (*JUR* 2006/240623), limitada a los actos de disposición patrimonial de mayor complejidad; de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.^a, de 20 de noviembre de 2007 (*JUR* 2008/30117), a aquellas actividades administrativas de cierto riesgo y magnitud monetarios o de cierta complejidad mercantil; de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.^a, de 11 de diciembre de 2007 (*JUR* 2008/109350), los que excedan de la administración, gestión y disposición cotidiana u ordinaria; de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.^a, de 7 de mayo de 2008 (*JUR* 2008/205564), actos de gestión y disposición de su patrimonio; de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.^a, de 13 de junio de 2008 (*JUR* 2008/265864), actos patrimoniales de disposición superior a 200 euros; de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.^a, de 20 de abril de 2009 (*JUR* 2010/22708), actos extraordinarios de administración y otros de disposición, enajenación o gravamen de bienes y patrimonio; y, de la Audiencia Provincial de Granada, Sección 5.^a, de 26 de febrero de 2010 (*JUR* 2010/197441), actos que impliquen grandes cantidades, pudiendo disponer de dinero de bolsillo sin autorización.

el tutor autorización judicial (106); o, simplemente equiparar la situación del incapacitado a la de un menor emancipado, etc. (107). En todo caso, como precisa GUILARTE MARTÍN-CALERO, «lo que parece evidente es que la mayor o menor intervención del curador, determinada por el mayor o menor número de actos para los que es precisa su asistencia, estará siempre en función del grado de discernimiento del incapacitado constatado por el juez durante la tramitación del procedimiento de incapacidad» (108). De todas formas, si además, se hubiera solicitado en la demanda de incapacidad el nombramiento de la persona o personas que hayan de asistir o representar al incapaz, y el tribunal accede a tal solicitud, en la misma sentencia que declare la incapacidad o la prodigalidad, se nombrará la persona o personas que, con arreglo a la ley, hayan de asistir o representar al incapaz y velar por él (109). Ahora bien, si en la sentencia de incapacidad no se especifican los actos en que debe ser necesaria la intervención del curador, se entiende que la actuación del curador se extenderá a los mismos actos en que los tutores necesitan autorización judicial (art. 290 del CC) (110). Para GETE-ALONSO esta subsidiariedad del contenido de la curatela, «no significa que se esté en presencia de una situación mínima de incapacidad ya que el Juez no está sujeto, ni por este ni por ningún otro precepto legal, a la enumeración de actos que se contienen en este artículo, pudiendo fijarlos libremente (como se sigue del art. 289 del CC) con el único límite de tener en cuenta «el grado de discernimiento» del declarado incapaz (art. 287 del CC)»; y añade que: «cuando la sentencia haya establecido los actos para los que el incapacitado necesita de la asistencia del curador solo estos

(106) Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Huelva, Sección 2.^a, de 14 de marzo de 1998 (*AC* 1998/3844); de la Audiencia Provincial de La Rioja, de 14 de marzo de 1998 (*AC* 1998/4154); de la Audiencia Provincial de La Rioja, de 12 de mayo de 1999 (*AC* 1999/5984); de la Audiencia Provincial de Córdoba, de 14 de mayo de 1999 (*AC* 1991/1171); de la Audiencia Provincial de La Rioja, de 12 de marzo de 2001 (*JUR* 2001/166142); de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 7.^a, de 6 de marzo de 2002 (*JUR* 2002/137998); y de la Audiencia Provincial de Badajoz, Sección 3.^a, de 31 de octubre de 2003 (*JUR* 2004/49762).

(107) GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., «Comentario al artículo 290 del Código Civil», *op. cit.*, págs. 421-422.

(108) GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., «Comentario al artículo 290 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 422.

(109) El artículo 131.1 del Código de Derecho Foral de Aragón dispone, asimismo que, quienes soliciten la incapacidad (personas legitimadas conforme el art. 757 de la LEC), están obligados a promover la constitución de la tutela o la curatela. Por eso la sentencia a la vista de la extensión y los límites de la incapacidad no solo determinará si procede la prórroga o rehabilitación de la guarda o el régimen de la tutela o curatela a que queda sometido el incapacitado [arts. 41 a 45, 130.1.b] y 150], sino que también deberá contener la designación de la persona que debe asumir ese régimen de guarda (arts. 759.2 y 760 de la LEC en relación con el art. 131), a cuyo fin el juez recabará certificación del Registro Civil y, en su caso, del Registro de Actos de Última Voluntad, a efectos de comprobar la existencia de disposiciones sobre delación voluntaria de la tutela (arts. 111 y 133.2).

De forma que la sentencia somete al incapacitado a un sistema de guarda dirigido a la protección de su persona y su patrimonio, bien sea en funciones de representación, bien de mera asistencia o complemento de capacidad, sea el tutor [art. 130.1.b)], el curador (art. 150), o las personas a las que corresponda la autoridad familiar [arts. 43, 44 y 130.1.b)].

(110) ÁLVAREZ LATA, N., «Comentario al artículo 289 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 452, señala que, este artículo 290 salva la posible omisión y evita que esta pueda ser considerada una infracción del deber del juez de establecer la extensión y los límites de la incapacidad que impone el antiguo artículo 201 y el artículo 760 de la LEC.

y los que resultan de los supuestos mencionados precisarán del complemento de capacidad; en ningún caso, la actuación del curador podrá extenderse a los supuestos que se mencionan en el artículo 290 del Código Civil. De la relación entre los artículos 289 y 290 del Código Civil se sigue que el segundo solo se aplica subsidiariamente» (111). Precisamente en relación con esta remisión analógica, GARCÍA CANTERO señala que, en un juicio global, la norma ha sido muy incorrectamente redactada y que tal remisión exige un delicado esfuerzo de adaptación. Por de pronto, afirma el autor no cabe establecer un parangón entre la eficacia de la autorización judicial y la intervención del curador, pues, la falta de aquella convierte el acto del tutor en radicalmente nulo, mientras que, según el artículo 293 los actos realizados por el incapaz sin la intervención del curador únicamente son anulables. Por otra parte, continúa el autor, tampoco parece que, el artículo 290 pueda interpretarse en el sentido de que todo lo que hace el tutor se supone que ha de ser capaz de realizarlo el propio sujeto a curatela; en tal hipótesis la curatela de los incapacitados tendría muy escasa aplicación práctica (112). En esta línea, GUILARTE MARTÍN-CALERO precisa que, no todos los actos enumerados en el artículo 271 del Código Civil serán de aplicación al incapacitado sometido a curatela, pues el distinto régimen de sustitución y asistencia que comporta la tutela y la curatela impide el perfecto traspaso. Así no será de aplicación la salvedad prevista en el último inciso del número 6, o la previsión sobre el internamiento del incapacitado al que le será de aplicación lo dispuesto en el artículo 763 de la LEC, o lo dispuesto en el número 10 (113). Por su parte, GETE-ALONSO destaca la escasa operatividad y los especiales problemas de adaptación que se pueden plantear, pues, en determinados casos esta remisión debe de entenderse o bien corregida, o bien que no opera. Y, precisa que, no es del todo exacto que todo lo que le está limitado al tutor sea capaz de llevarlo a cabo el incapacitado con la asistencia del curador (114).

De forma que, atendiendo a lo expuesto, en su configuración legal estamos ante una curatela permanente, pues solo cesa cuando se extinga la incapacidad (art. 212 del CC); y en cuanto a su contenido, no es uniforme, *a priori*, sino variable, pues dependen de lo que establezca la sentencia de incapacitación, lo que determina que, en cada caso concreto, tenga un alcance diferente (115).

Ahora bien, otros preceptos del Código Civil que no han sido modificados después de la reforma de la tutela, posibilitan, asimismo, la intervención del curador, o lo que es lo mismo, la asistencia para actos concretos. Así, para otorgar capitulaciones matrimoniales bien sean antes o después de contraer matrimonio, como para su modificación (art. 1330 del CC); para aceptar la herencia, salvo que la sentencia de incapacitación establezca otra cosa (art. 996 del CC); para solicitar la partición de la herencia (art. 1052.II del CC); y para

(111) GETE-ALONSO y CALERA, M.^a del C., «Comentario al artículo 290 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 840.

(112) GARCÍA CANTERO, G., «Notas sobre la curatela», *op. cit.*, pág. 797.

(113) GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., «Comentario al artículo 290 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 422.

(114) GETE-ALONSO y CALERA, M.^a del C., «Comentario al artículo 289 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 840; de la misma autora, «Comentario al artículo 289 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 707.

(115) GETE-ALONSO y CALERA, M.^a del C., «Comentario al artículo 289 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 840; MONDÉJAR PEÑA, M. I., «La curatela», *op. cit.*, pág. 2028.

donar y aceptar donaciones condicionales y onerosas, sean o no donaciones *propter nuptias* (arts. 625 y 626 del CC).

Resulta procedente la constitución de este órgano de guarda en aquellos supuestos en que existe un retraso mental leve o moderado (debilidad mental) que, permite un cierto grado de autogobierno personal y patrimonial (116); igualmente, en caso de enfermedades mentales de carácter cíclico (117), o consecuencia de la avanzada edad de la persona incapacitada (demencia senil, alzheimer) (118), al existir un progresivo deterioro de las facultades mentales y una cierta dependencia del medio que les rodea, siendo especialmente in-

(116) Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 31 de diciembre de 1991 (*RJ* 1991/9483); y de 30 de junio de 2004 (*RJ* 2004/4283); y las sentencias de la Audiencia Provincial de Huelva, Sección 2.^a, de 14 de marzo de 1998 (AC 1998/3844); de la Audiencia Provincial de Toledo, Sección 1.^a, de 21 de enero de 1999 (AC 1999/95); de la Audiencia Provincial de Cuenca, Sección única, de 21 de marzo de 2000 (AC 2000/1152), retraso mental ligero por meningoencefalitis padecida en la infancia; de la Audiencia Provincial de La Rioja, de 12 de marzo de 2001 (*JUR* 2001/166142), retraso mental discreto de tipo medio o atenuado; de la Audiencia Provincial de Badajoz, Sección 3.^a, de 31 de octubre de 2003 (*JUR* 2004/49762) retraso mental medio, diagnosticado de oligofrenia y un coeficiente del 53 por 100; de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 7.^a, de 30 de marzo de 2004 (AC 2004/1418), defecto cognitivo; de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.^a, de 13 de febrero de 2007 (*JUR* 2007/204895); y de la Audiencia Provincial de Granada, Sección 5.^a, de 26 de febrero de 2010 (*JUR* 2010/197441).

(117) Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de febrero de 1986 (*RJ* 1986/520); de 20 de mayo de 1994 (*RJ* 1994/3723), trastorno paranoide; de 16 de septiembre de 1999 (*RJ* 1999/6938); de 16 de marzo de 2001 (*RJ* 2001/6635); y Sala de lo Civil, Sección 1.^a, de 14 de julio de 2004 (*RJ* 2004/5204), tetraplejia con imposibilidad de comunicación verbal; y las sentencias de la Audiencia Provincial de León, Sección 2.^a, de 19 de noviembre de 1998 (AC 1998/2073), psicosis paranoide con delirio; de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 7.^a, de 21 de enero de 1999 (AC 2000/2841), psicosis esquizofrénica crónica; de la Audiencia Provincial de La Rioja, de 12 de mayo de 1999 (AC 1999/5984), esquizofrenia de carácter progresivo; de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 6.^a, de 30 de julio de 1999 (AC 1999/7225), deficiencia mental relativa y pérdida de la agudeza visual; de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.^a, de 26 de octubre de 2000 (AC 2001/42), esquizofrenia indiferenciada de años de evolución; de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.^a, de 23 de enero de 2001 (*JUR* 2001/165061), padecimiento de brotes psicóticos de tipo esquizofrénico paranoide; de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, Sección 3.^a, de 2 de junio de 2003 (AC 2003/2224), trastorno bipolar; de la Audiencia Provincial de Tarragona, Sección 1.^a, de 28 de julio de 2003 (*JUR* 2003/256727), trastorno delirante de tipo persecutorio y de carácter permanente; de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1.^a, de 22 de julio de 2004 (*JUR* 2004/202558), esquizofrenia residual; de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 4.^a, de 27 de septiembre de 2006 (AC 2006/2149), esquizofrenia de tipo paranoide episódica con síntomas residuales interepisódicos; y de la Audiencia Provincial de Tarragona, Sección 1.^a, de 27 de mayo de 2011 (*JUR* 2011/257495), trastorno mental.

(118) Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.^a, de 11 de junio de 2004 (*RJ* 2004/4428); y las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.^a, de 22 de noviembre de 1999 (AC 1999/8282), inicio de demencia degenerativa primaria tipo Alzheimer de carácter leve-moderado; de la Audiencia Provincial de Girona, Sección 2.^a, de 3 de marzo de 2000 (AC 2000/4981), enfermedad de Alzheimer en grado inicial moderado con alteración orgánico-cerebral difusa y ligera; de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.^a, de 1 de febrero de 2001 (*JUR* 2001/133640) demencia senil; de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 1.^a, de 20 de marzo de 2002 (*JUR* 2004/701), demencia senil progresiva e irreversible; y de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.^a, de 20 de noviembre de 2007 (*JUR* 2008/30117), demencia senil.

fluenciables en la toma de decisiones que les afectan. No parece, sin embargo, procedente declarar la incapacidad parcial de una persona con plenas facultades mentales y volitivas pero aquejada de una grave pérdida de visión que, no le impide su autogobierno (119).

En este contexto, es posible modificar en un momento posterior el sistema de guarda, si se tiene en cuenta lo previsto en el artículo 212 del Código Civil. Como observa GARCÍA CANTERO, la norma funciona en ambos sentidos, pudiendo pasarse de la tutela a la curatela y también de la curatela a la tutela (120).

De todas formas, la existencia de una pluralidad de instituciones de guarda ha determinado que la doctrina haya puesto de manifiesto el posible choque del artículo 287 con el artículo 171, ambos del Código Civil, que posibilita en varios supuestos la prórroga o rehabilitación de la patria potestad. De ahí que se haya considerado que no debe proceder la prórroga o rehabilitación de la patria potestad cuando sea la curatela la institución apropiada para las personas sometidas a una incapacitación parcial; y que en todo caso debería nombrarse curador a uno de los padres o a los dos (121).

Por otra parte, en relación con la materia, conviene recordar que, hasta la reforma por Ley Orgánica 1/1996, existía una descoordinación entre el último párrafo del artículo 171 y el número 3 del artículo 222 del Código Civil, que se ha resuelto con tal norma. Para GUILARTE MARTÍN-CALERO, «a su juicio, se debería haber suprimido el inciso final del número tercero del artículo 222 del Código Civil, por lo que no alcanza a comprender ni la necesidad ni la utilidad de una patria potestad de contenido asistencial; si cada institución dispensa una protección diversa, no hagamos cumplir a la patria potestad una función que ya cumple la curatela, pues, si la patria potestad puede ejercerse en forma asistencial, lo mismo debería predicarse de la tutela y de esta manera suprimirse la curatela para los incapacitados y prorrógesse la tutela con un contenido asistencial» (122); mientras que GETE-ALONSO estima que la patria potestad rehabilitada puede configurarse con un contenido semejante a la curatela; esta curatela será ejercida por el titular de la patria potestad y seguirá recibiendo tal denominación aunque su contenido no sea exactamente el mismo; igualmente, por lo que se refiere a la patria potestad prorrogada, aunque no se haga mención ni en el artículo 171 ni en el artículo 287, al cesar esta en cualquiera de las variantes de prórroga y rehabilitación procederá el nombramiento de curador (123).

(119) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 5.^a, de 15 de septiembre de 2005 (*JUR* 2006/30510).

(120) GARCÍA CANTERO, G., «Notas sobre la curatela», *op. cit.*, pág. 796. En esta línea, MORENO QUESADA, B., «El curador, el defensor judicial y el guardador de hecho», *op. cit.*, pág. 310, añade que este precepto recoge la posibilidad de alterar el contenido concreto de la sentencia de incapacitación ya establecida, ya que el juez puede configurar nuevamente el contenido de la tutela o curatela ya señalada, y no solo optar por uno u otro régimen de guarda.

(121) MONDÉJAR PEÑA, M. I., «La curatela», *op. cit.*, págs. 2025-2026. Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.^a, de 14 de marzo de 1999 (AC 1999/805).

(122) GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., «La curatela en el nuevo sistema de capacidad graduable», *op. cit.*, pág. 242.

(123) GETE-ALONSO y CALERA, M.^a del C., «Comentario al artículo 289 del Código Civil», *op. cit.*, págs. 693-694. Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.^a, de 11 de marzo de 1999 (AC 1999/805).

Finalmente, la curatela de los incapacitados se puede extinguir, además de por las causas comunes a los tres tipos regulados en el Código Civil, como son la muerte o declaración de fallecimiento (124), y ausencia del incapacitado, por las mismas por las que se puede extinguir la tutela, esto es, cuando se dicte una resolución de reintegración de la capacidad que ponga fin a la incapacitación (125), o cuando se modifique la situación del incapacitado sustituyendo la curatela por tutela (126) o se rehabilite en la patria potestad mediante la correspondiente resolución judicial.

IV. RÉGIMEN JURÍDICO

1. NOMBRAMIENTO, INHABILIDAD, EXCUSA Y REMOCIÓN DEL CURADOR

La sentencia que declare la incapacitación o la prodigalidad podrá nombrar a la persona o personas que, con arreglo a la Ley, han de asistir o representar al incapaz y al pródigo cuando así se hubiera solicitado en la demanda (art. 760.2 en relación con el art. 759.2 de la LEC).

De acuerdo con el artículo 291 del Código Civil son aplicables a los curadores las normas sobre nombramiento, inhabilidad, excusa y remoción de los tutores. Esta remisión supone la aplicación con las debidas adaptaciones de los artículos 234 a 240 del Código Civil, relativos a la delación de la tutela y el nombramiento de tutor; los artículos 241 a 246 para la capacidad y causas de inhabilidad; los artículos 247 a 250 del Código Civil para la remoción y los artículos 250 a 258 del Código Civil para las causas de excusa (127). En todo caso, no podrá ser curadores los quebrados y concursados no rehabilitados. A toda esta normativa, hay que añadir lo dispuesto en el artículo 292 que, contiene una regla específica para el nombramiento de curador. Así establece que, si el sometido a curatela hubiera estado antes bajo tutela, desempeñará el cargo de curador el mismo que hubiese sido su tutor, a menos que el juez disponga otra cosa. El fundamento de este llamamiento preferente descansa en la continuidad de la relación personal y afectiva entre quien ejerce la función tutelar y el menor o incapacitado que, le resultará más beneficioso (128). No obstante, si el juez considera conveniente que el antiguo tutor no siga ejerciendo el cargo de curador podrá nombrar a otra persona, pero deberá hacerlo en resolución motivada y siempre que el beneficio del sometido a curatela así lo exija. Señala GUILARTE MARTÍN-CALERO que, al igual que la facultad contenida en el artículo 234.2 del Código Civil, se trata de una facultad excepcional a la que se impone un doble límite: la motivación y el interés del curatelado; en este

(124) Vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 2.^a, de 12 de mayo de 2009 (*JUR* 2009/282894).

(125) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.^a, de 14 de noviembre de 2003 (*JUR* 2004/5086).

(126) Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 1.^a, de 19 de julio de 2006 (*JUR* 2006/252624); y de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.^a, de 24 de junio de 2009 (*JUR* 2010/31581).

(127) GARCÍA CANTERO, G., «Notas sobre la curatela», *op. cit.*, pág. 793, esta remisión ha de hacerse con las debidas adaptaciones.

(128) GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., «Comentario a los artículos 291-292 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 423.

sentido, se pueden apuntar como causas justificativas, la falta de aprobación de las cuentas de la tutela, que hubiera causa para exigir responsabilidad al tutor, el cambio de residencia del curatelado alejado de la residencia del tutor, o que este contraiga matrimonio con persona que pudiese ejercer la curatela (129).

Sobre tales bases, en aplicación del artículo 234 del Código Civil, se podrá designar curador: 1. Al designado por el propio tutelado (curatelado) conforme al párrafo segundo del artículo 223 (autotutela o autocuratela) (130); 2. Al cónyuge que conviva con el tutelado (131); 3. A los padres (132); 4. A la persona o personas designadas por estos en sus disposiciones de última voluntad; 5. Al descendiente, ascendiente o hermano que designe el juez (133). Excepcionalmente, el Juez, en resolución motivada, podrá alterar el orden del párrafo anterior o prescindir de todas las personas en él mencionadas, si el beneficio del menor o del incapacitado así lo exigiere (134). Se afirma que, este orden de preferencia o prelación determinado legalmente para el tutor, debe ser respetado también para el curador, teniendo en cuenta la mencionada remisión del artículo 291 del

(129) GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., «Comentario a los artículos 291-292 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 423; de la misma autora, «La curatela en el nuevo sistema de capacidad graduable», *op. cit.*, pág. 290. En esta línea, LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 292 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 446.

(130) Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.^a, de 22 de abril de 2003 (AC 2003/2030); y de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 3.^a, de 14 de junio de 2005 (AC 2005/1813).

(131) Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 8.^a, de 6 de febrero de 1998 (AC 1998/3328), que nombra a la esposa; y de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 1.^a, de 24 de febrero de 2005 (JUR 2005/84749), nombramiento a favor de la pareja sentimental del incapaz.

(132) Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.^a, de 10 de enero de 2003 (JUR 2003/92882), se designan como curadores los padres, sin rehabilitar la patria potestad; de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 5.^a, de 7 de noviembre de 2005 (JUR 2006/168970), a favor del padre del incapaz; de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 4.^a, de 4 de julio de 2008 (JUR 2008/362862), a favor de la madre; y de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, Sección 4.^a, de 9 de febrero de 2010 (JUR 2010/134774), a favor de ambos progenitores. Por su parte, en el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.^a, de 2 de abril de 2008 (JUR 2009/394955), se niega el nombramiento de la madre, previamente privada de la patria potestad como curador provisional o cautelar de su hijo presumiblemente incapaz, pues, la institución no tiene carácter provisional, debía haber solicitado el nombramiento como defensora judicial.

(133) Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.^a, de 12 de mayo de 1998 (AC 1998/1173), se nombra como curador a una de las hijas; de la Audiencia Provincial de León, Sección 2.^a, de 10 de diciembre de 2004 (JUR 2005/5560), a favor de la hermana que vive en el mismo edificio y con la que mantiene buenas relaciones; de la Audiencia Provincial de Girona, Sección 2.^a, de 11 de abril de 2005 (JUR 2005/126911), a favor de la hermana en detrimento de la hija; de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 3.^a, de 14 de junio de 2005 (AC 2005/1813), a favor del abuelo que se considera equivalente al expediente o documento notarial de autotutela y con preferencia a los hermanos; de la Audiencia Provincial de Cantabria, Sección 2.^a, de 9 de octubre de 2006 (JUR 2006/286224), a favor del hermano; de la Audiencia Provincial de Lugo, Sección 1.^a, de 21 de mayo de 2008 (JUR 2008/339124), a favor de la hermana; de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.^a, de 23 de septiembre de 2009 (AC 2009/2096), a favor del hermano de la incapacitada; y de la Audiencia Provincial de Girona, Sección 1.^a, de 17 de noviembre de 2010 (AC 2011/683), a favor hermana de la incapaz.

(134) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 7.^a, de 6 de noviembre de 2007 (JUR 2008/156968), nombramiento del primo de la incapaz.

Código Civil (135). Asimismo, se admite la posibilidad que el curador pueda ser designado por los padres en testamento (136).

Por su parte, el artículo 236 del Código Civil, tras establecer como regla general que la tutela se ejercerá por un único tutor, hace referencia a las situaciones que, excepcionalmente, justifican el nombramiento de varios tutores. Aunque algún autor niega la posibilidad de constituir una curatela plural (137); la mayoría de la doctrina la considera posible y recomendable, cuando la designación recae sobre los padres (número 2), pues la función curatelar será ejercida por ambos de modo análogo a la asistencia que les incumbe respecto de los hijos emancipados a tenor del artículo 323 del Código Civil, debiendo en todo caso ser ejercida aquella de la manera prevista en los artículos 237, 237 bis y 238 del Código Civil (138). Obviamente, en consecuencia, su operatividad respecto de los demás supuestos previstos en el citado artículo 236, con excepción del número 1 que describe una situación que no se da en la curatela (139), no faltan autores que, al analizar los supuestos excepcionales del artículo 236, consideran posible que también pueda ejercer la curatela, el cónyuge del curador (tercer supuesto contemplado en tal precepto); o las personas que los padres sujetos a curatela hayan designado (cuarto supuesto de ese mismo precepto) (140).

En cuanto al funcionamiento del curador plural, la regla general es el funcionamiento conjunto bajo el régimen de mayorías, salvo los casos 2.^º y 4.^º del artículo 236, relativo a que los padres sean cocuradores, o que los padres lo hayan designado, que tal funcionamiento será solidario (141).

En todo caso, sobre la base de lo dispuesto en el artículo 241 del Código Civil, se requiere como regla general para ser nombrado curador —y una vez nombrado para continuar en el ejercicio del cargo— de una parte, estar en el pleno ejercicio de los derechos civiles, o lo que es lo mismo, tener plena capacidad de obrar; y de otra no estar incurso en ninguna de las causas de inhabilidad

(135) GARCÍA CANTERO, G., «Notas sobre la curatela», *op. cit.*, pág. 791; MORENO QUESADA, B., «El curador, el defensor judicial y el guardador de hecho», *op. cit.*, pág. 313.

(136) LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 291 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 443; GETE ALONSO y CALERO, M.^a del C., «Comentario al artículo 291 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 842, precisa que, sin embargo, la doctrina disiente en cuanto a la preferencia que se otorga a esta designación testamentaria sobre la designación judicial; MORENO QUESADA, B., «El curador, el defensor judicial y el guardador de hecho», *op. cit.*, pág. 313.

(137) ALBALADEJO, M., «Curso de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 326.

(138) LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 216 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 238; GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., «Comentario a los artículos 291-292 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 424; MONDÉJAR PEÑA, M. I., «La curatela», *op. cit.*, pág. 2034; LACRUZ BERDEJO, J. L., et al., «Elementos de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 446; ÁLVAREZ LATA, N., «Comentario al artículo 291 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 454.

(139) GARCÍA CANTERO, G., «Notas sobre la curatela», *op. cit.*, pág. 792; GETE-ALONSO y CALERO, M.^a del C., «Comentario al artículo 291 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 708; del mismo autor, «Comentario al artículo 291 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 842, consideran que será sumamente difícil la posibilidad de designar un curador para la persona y otro para el patrimonio; solo cabe aplicarlo a la curatela de los incapacitados, siempre que se admita su configuración de tutela mitigada, pues, la norma requiere «circunstancias especiales» que solo podrían concurrir en el curador del incapacitado.

(140) GARCÍA CANTERO, G., «Notas sobre la curatela», *op. cit.*, pág. 792; GETE-ALONSO y CALERO, M.^a del C., «Comentario al artículo 291 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 708; del mismo autor, «Comentario al artículo 291 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 842; MORENO QUESADA, B., «El curador, el defensor judicial y el guardador de hecho», *op. cit.*, pág. 314.

(141) GARCÍA CANTERO, G., «Notas sobre la curatela», *op. cit.*, pág. 792.

previstas en los artículos 243 a 245 del Código Civil (142). A estas causas de inhabilidad habría que añadir la contenida en el artículo 291.2, que establece que no podrán ser curadores los quebrados y concursados no rehabilitados, lo que resulta redundante al encontrarse ya prevista en el artículo 244.5, incluido en la remisión. De todas formas, esta prohibición debe ser, tras la aprobación de la Ley Concursal, referida a los deudores calificados como culpables en la fase de calificación del concurso (143).

Para desempeñar las funciones del curador puede ser nombrada una persona física a la que se exige la capacidad establecida en el citado artículo 241 del Código Civil; o una persona jurídica que no tenga finalidad lucrativa, y entre sus fines figure la protección de menores e incapacitados (art. 242 del CC) (144).

Atendiendo a la aplicación analógica del artículo 253 del Código Civil puede el curador excusarse de continuar ejerciendo la curatela, siempre que hubiera persona de parecidas condiciones para sustituirlle, cuando en el desempeño de aquella le sobrevengan cualquiera de los motivos de excusa contemplados en el artículo 251 (razones de edad, enfermedad, ocupaciones personales o profesionales, por falta de vínculos de cualquier clase entre tutor y tutelado, o por cualquier otra causa, resulte excesivamente gravoso para el curador el ejercicio del cargo) (145).

(142) MORENO QUESADA, B., «El curador, el defensor judicial y el guardador de hecho», *op. cit.*, pág. 315, estima que, si la finalidad de la curatela es prestar asistencia, está claro que no cumplen este requisito los menores emancipados, los incapacitados y los pródigos, que por su falta de plena capacidad precisan de organismos que se la completen. Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 7.^a, de 30 de marzo de 2004 (*AC* 2004/1418), no se estima como supuesto de inhabilidad, pues, la supuesta enemistad es de la incapacitada con su sobrina y, no viceversa; el Auto de la Audiencia Provincial de Jaén, Sección 3.^a, de 12 de abril de 2005 (*JUR* 2005/143648); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.^a, de 17 de noviembre de 2010 (*JUR* 2011/64317), se considera inhábil al curador ante la relación conflictiva entre la incapacitada y su hija que, impiden que esta sea curadora. Se nombra como curadora a la Comisión Valenciana de Tutelas.

(143) GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., «Comentario a los artículos 291-292 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 424.

(144) GARCÍA CANTERO, G., «Notas sobre la curatela», *op. cit.*, pág. 793, piensa que «el *modus procedendi* por parte de estas entidades será la de especializar a ciertos órganos o servicios suyos en este tipo de actividades, de modo que estaremos muy cerca de la figura del tutor y curador profesionalizados, que desarrollan su actividad en nombre de la persona jurídica y al servicio de los miembros de la Asociación. Se ha abierto aquí un amplio campo de colaboración entre la sociedad en general, y las personas precisadas de asistencia y protección a través de los nuevos cauces jurídicos que nos brinda la reforma». Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo, Sección 2.^a, de 31 de mayo de 2006 (*AC* 2006/1754).

(145) MORENO QUESADA, B., «El curador, el defensor judicial y el guardador de hecho», *op. cit.*, pág. 317, señala al respecto que, la única matización que considera reseñable en su aplicación a la curatela «es que siendo este un cargo por regla general menos intenso en su dedicación y actuaciones que la tutela, admitirá las excusas en menor grado que para esta, por ser menos frecuente que su ejercicio lo excesivamente gravoso que exige la apreciación de la excusa». Vid., asimismo, el Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 6.^a, de 1 de septiembre de 2004 (*JUR* 2005/24952), la curadora judicialmente nombrada ha acreditado fehacientemente que no reside en la Ciudad Autónoma de Ceuta donde vive su hermano incapaz, ni tan siquiera en un municipio próximo, sino en la localidad lejana de Aranda de Duero, así como que su esposo no goza de buena salud y precisa de cuidados personales. Tales circunstancias familiares y personales, unidas a la enemistad alegada, determinan

Mientras se resuelve acerca de la excusa, el curador está obligado a ejercer su función, si no lo hace, el Juez procederá a nombrar un defensor judicial que le sustituya, quedando el sustituto responsable de todos los gastos ocasionados por la excusa, si esta fuera rechazada (art. 256 del CC). Admitida la excusa, se nombrará un nuevo curador.

En todo caso, las personas jurídicas podrán excusarse del cargo de curador, cuando carezcan de medios suficientes para el desempeño del cargo y les sea realmente imposible hacerse cargo del incapacitado, pues se debe partir de cierta presunción de honestidad en cuanto la alegación de la excusa, toda vez que se trata de una persona jurídica sin finalidad lucrativa (146).

Finalmente, serán removidos del cargo de curatela, los que después de defendida esta incurran en causa de inhabilidad, o se conduzcan mal en el desempeño de la curatela por incumplimiento de los deberes propios del cargo, o por ineptitud en el ejercicio del mismo, o, en fin, porque surjan problemas de convivencia graves y continuados (art. 247 del CC) (147).

Se entiende que incumple con los deberes propios del cargo, el curador que de forma previa y con carácter general presta un asentimiento general para todos los actos que en el futuro deba concluir el curatelado, o por no ejercitar la acción de impugnación de un negocio nocivo para los intereses patrimoniales de aquél.

Y, por ineptitud en el ejercicio del cargo, cuando el curador presta su asentimiento a la conclusión de negocios perjudiciales para el curatelado que pongan en peligro su estabilidad patrimonial, ya sea deliberadamente, ya sea como

que, el ejercicio de la curatela resulta excesivamente gravoso para la misma, procediendo a la estimación de la excusa.

(146) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, Sección 2.^a, de 20 de abril de 2004 (*JUR* 2004/162439), se trata de la Fundación Tutelar Castellano-Leonesa de Deficientes Mentales, cuyos fines son la búsqueda y prestación de ayuda a personas que son deficientes mentales, es decir, que sufren incapacidades derivadas de circunstancias internas al propio afectado; y, las necesidades de la incapacitada se inscriben principalmente, en el ámbito de atención exigida por el consumo de drogas tóxicas, estupefacientes y alcohol, y que precisa de tratamientos preventivos y de deshabituación que no están en los fines de la Fundación, y esta no tiene medios para hacer frente a tales tratamientos. Sin embargo, en el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.^a, de 20 de febrero de 2008 (*JUR* 2008/145043), no se admite la excusa, pues, se encuentra entre los fines propios de la entidad el tratamiento y cuidado que exige la incapaz.

(147) GARCÍA CANTERO, G., «Notas sobre la curatela», *op. cit.*, pág. 793, se pregunta para el caso del número 2.^º del artículo 243, si basta que una persona haya sido legalmente removida de una tutela anterior para quedar inhabilitado para ser curador, o si es preciso que la remoción se produjera precisamente en una curatela. Y ante ello responde que, si bien el tutor removido legalmente no inspira mucha confianza en que va a desempeñar bien un cargo no menos delicado que la tutela. La recíproca le parece igualmente cierta, de modo que aunque el texto legal no lo exprese, el curador legalmente removido no podrá ser hábil para el cargo de tutor. Vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 2.^a, de 26 de septiembre de 2006 (*JUR* 2006/239512), los hechos expuestos no revelan el incumplimiento de deberes que se le imputan, lo que impide entender concurrente la causa de remoción invocada. Por su parte, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.^a, de 19 de marzo de 2007 (*JUR* 2007/313981), se estima la remoción del cargo atendiendo a la avanzada edad del curador y la lejanía que le imposibilitan desarrollar la función de curador durante mucho más tiempo; y, en el Auto de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 2.^a, de 19 de julio de 2010 (*JUR* 2010/349354), se admite la remoción del cargo de curador a la hermana del incapaz por falta de atención y cuidados.

consecuencia de una actitud poco profesional; o cuando no lo prestan, siendo beneficioso para el incapaz.

El Juez, de oficio o a solicitud del Ministerio Fiscal, del curatelado o de otra persona interesada, procederá a la remoción del curador, previa audiencia del curatelado. Durante la tramitación del procedimiento de remoción, podrá el Juez suspender en sus funciones al curador, y nombrar al curatelado un defensor judicial (arts. 248 y 249 del CC) (148). Una vez declarada judicialmente la remoción, se procede al nombramiento de un nuevo curador. De todas formas, si el curador actúa incorrectamente en el desempeño de sus funciones, además de su remoción, se podrá solicitar una indemnización por los daños que ha podido sufrir el curatelado.

No obstante, conviene también precisar que la remoción del cargo de curador puede provenir de causas ajenas a la propia voluntad y actuación profesional del curador, así por razones de edad avanzada, de enfermedad o, cualquier otra causa que le imposibilite para el ejercicio idóneo del cargo.

2. ÁMBITO DE ACTUACIÓN DEL CURADOR

Como hemos expuesto en líneas precedentes, la actuación del curador en todos los supuestos descritos es esencialmente patrimonial, respecto de aquellos actos que la ley determine o concrete la propia sentencia de incapacitación o de prodigalidad. De forma que, su asistencia alcanza a la esfera esencialmente patrimonial del curatelado.

No obstante, se ha planteado en relación con la curatela del incapacitado, la posibilidad de ampliar su actuación a la esfera personal, o de concretar su actuación solo en este ámbito. Así hay quienes excluyen la guarda de la persona del incapacitado en sede de curatela como LETE DEL RÍO, para quien la curatela «es una asistencia de protección con ámbito limitado a la esfera patrimonial concreta que haya señalado la ley o la sentencia, por lo que puede decirse que la función del curador es de tutición patrimonial» (149). ALBALADEJO, quien de forma tajante y breve señala que no hay curatela solo de persona (150). También MORENO QUESADA precisa que «la atención solamente a la persona del guardado o protegido es función propia de la tutela, no de la curatela, y que el mayor grado de discernimiento exigible en el curatelado le debe hacer capaz de regir su persona, circunstancia que además se da y se reconoce por la ley, en los otros sometidos a curatela, los emancipados, habilitados de edad y los pródigos que se contemplan en el artículo 286» (151). O, en fin, CASANOVA MUSSONS, pues considera que el complemento de capacidad que determina la curatela, se refiere a actos patrimoniales concretos (*arg. ex arts. 291.2, 210, 289 y 290*); normalmente aquellos que encierran un mayor riesgo dada su entidad o trascendencia. Y, además, es excepcional, porque estos actos representan otras tantas excepciones a la capacidad

(148) Vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.^a, de 13 de febrero de 2003 (*JUR* 2003/186560).

(149) LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 216 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 238.

(150) ALBALADEJO, M., «Curso de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 326.

(151) MORENO QUESADA, B., «El curador, el defensor judicial y el guardador de hecho», *op. cit.*, pág. 310.

general que, para obrar por sí solo, se reconoce a este incapacitado (152). Frente a tal planteamiento, no faltan quienes admiten la intervención del curador en la esfera personal del incapacitado, así GARCÍA CANTERO piensa que, en la curatela de los incapacitados ha de comportar alguna intervención en el ámbito de la esfera personal; y, añade, tratándose de incapacitados cabe una interpretación estricta de la curatela, entendiendo que la falta de discernimiento declarada en la sentencia ha de ser mínima, puesto que el incapaz tiene que ser hábil para regir su persona (153). GETE-ALONSO por su parte, señala que la curatela del incapacitado es especial y distinta de los otros tipos de curatela previstos en la ley, pues, en primer lugar, el origen de la curatela del incapacitado está en una sentencia de incapacitación y su régimen y contenido aparece fijado en la resolución judicial (art. 289); en segundo lugar, la curatela del incapaz tiene mayor intensidad que la del menor o pródigo, basta comprobar cuando interviene el curador y cuando lo hacen los otros; y, finalmente, porque, aunque, lo normal es que el curador solo intervenga en el ámbito patrimonial, no se excluye su intervención en el ámbito personal (154).

En línea con esta posición favorable no nos parece que afecta a la esencia de la institución, incentivar su aspecto de asistencia en el ámbito personal, como está sucediendo con las llamadas curatelas de salud, dirigidas a procurar el control y seguimiento de los tratamientos médicos o farmacológicos prescritos (155). El curador vela para que el sujeto protegido tome correctamente su

(152) CASANOVA MUSSONS, A., «La contribución de la curatela al concepto de personalidad civil restringida», *op. cit.*, pág. 88.

En esta línea, ROCA TRIAS, E., «Comentario al artículo 215 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas de la nacionalidad y la tutela*, Tecnos, Madrid, 1986, pág. 223; GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., «La curatela en el nuevo sistema de capacidad graduable», *op. cit.*, págs. 136-137 y 144. Vid., asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 7.^a, de 21 de enero de 2000 (*JUR* 2004/22366); de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, Sección 4.^a, de 4 de octubre de 2000 (*JUR* 2001/20673), y de la Audiencia Provincial de Guadalajara, Sección 1.^a, de 26 de febrero de 2009 (*JUR* 2009/209305).

(153) GARCÍA CANTERO, G., «Notas sobre la curatela», *op. cit.*, págs. 797-798.

(154) GETE-ALONSO y CALERA, M.^a del C., *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1992, págs. 244, 246-248; de la misma autora, «Comentarios al artículo 289 del Código Civil», *op. cit.*, págs. 701-702. Vid., asimismo, ÁLVAREZ LATA, N., «Comentario al artículo 289 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 452.

En esta línea, VENTOSO ESCRIBANO, «La reforma de la tutela», *op. cit.*, pág. 116, para quien, aunque se trate de una cuestión más teórica que real, dado el amplio margen concedido a la autoridad judicial en los artículos 287 y 289 del Código Civil, podrá encontrarse una curatela o un curador que desarrolle su función en la esfera personal del sujeto a ella. Vid., asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.^a, de 5 de julio de 2002 (*JUR* 2002/270462), y de 21 de junio de 2004 (AC 2004/1370); de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 1.^a, de 2 de diciembre de 2004 (*JUR* 2005/140906), actos personales que excedan de los ordinarios de la vida, y de la Audiencia Provincial de Burgos, Sección 2.^a, de 11 de octubre de 2006 (*JUR* 2006/293881), limitada al ámbito personal y exclusivamente en relación a su sometimiento al tratamiento médico que se le prescriba por los trastornos que padece.

(155) Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Guadalajara, de 25 de septiembre de 1997 (AC 1997/1873), el curador se responsabiliza que el incapacitado enfermo siga su tratamiento médico; de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.^a, de 5 de marzo de 2003 (*JUR* 2003/187346), toma decisiones concernientes a la salud de la curatelada; de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.^a, de 10 de marzo de 2004 (*JUR* 2004/260569), ante un deterioro cognitivo leve, nombra curador para cuidar de la

medicación, con auxilio, si fuera preciso de la autoridad judicial. Esta curatela se podía ejercer por las propias Agencias, Instituto, Comisiones de tutela de adultos, bajo la vigilancia del Ministerio Fiscal y de la autoridad judicial competente. En todo caso, conviene recordar que en la sentencia de incapacitación se concreta qué actos son en los que debe intervenir el curador y no tienen por qué ser necesariamente patrimoniales, sino que puede afectar también a la esfera personal del incapacitado sobre la base del ya apuntado deber de velar por el mismo que alcanza a todo cargo tutelar (arts. 215 y 216 del CC). Todo ello sin perjuicio de considerar que la curatela alcanza esencialmente al ámbito patrimonial (156).

En todo caso, coincidimos con lo que es un parecer unánime en la doctrina que la curatela de los menores emancipados, de los beneficiarios de la mayor de edad y los declarados pródigos no alcanza a la esfera estrictamente personal del sometido (157).

salud y de los bienes del curatelado, hace aconsejable una curatela que cubra las áreas económico-patrimonial, contractual y sanitaria; de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.^a, de 22 de diciembre de 2004 (*JUR* 2005/33779), únicamente para el suministro y control de la medicación; de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sección 2.^a, de 25 de abril de 2005 (*JUR* 2005/143172), ante una enfermedad persistente, crónica y permanente, con incapacidad para administrar y disponer bienes, se nombra curador, con la función de administrar tales bienes y hacer seguimiento del tratamiento médico al que se ha de someter; de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.^a, de 10 de noviembre de 2005 (*JUR* 2006/49380), constitución de curatela para el cuidado y supervisión de la esfera personal; de la Audiencia Provincial de Lugo, Sección 2.^a, de 9 de mayo de 2006 (*JUR* 2006/271835), controlar la toma de medicamentos para mantener controlada su enfermedad, y de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 4.^a, de 7 de noviembre de 2008 (*JUR* 2009/202642), necesidad de complemento en cuanto al control de su tratamiento médico y eventual ingreso en establecimiento psiquiátrico.

(156) Alcance en la esfera personal y patrimonial, vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Valladolid, de 18 de enero de 1994 (AC 1994/40); de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.^a, de 23 de enero de 2001 (*JUR* 2001/165061), intervención del curador para todos los actos de administración y disposición patrimonial, y, además supervisará y cuidará en la esfera personal que acuda al médico cuando le corresponda y lo precise; de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 1.^a, de 16 de enero de 2003 (*JUR* 2003/127810); de la Audiencia Provincial de Cantabria, Sección 2.^a, de 24 de abril de 2003 (*JUR* 2004/1556); de la Audiencia Provincial de Guadalajara, Sección 1.^a, de 9 de febrero de 2005 (AC 2005/794); de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sección 2.^a, de 25 de abril de 2005 (*JUR* 2005/143172), administración de los bienes y seguimiento del tratamiento médico al que se ha de someter; de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, Sección 3.^a, de 16 de septiembre de 2005 (*JUR* 2005/236975), extensión de la curatela a supervisar de forma efectiva la evolución del estado y enfermedad; de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.^a, de 2 de enero de 2008 (AC 2008/674), necesidad de asistencia para actos patrimoniales de cierta complejidad y control para evitar desajustes en el tratamiento médico de su enfermedad; de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 1.^a, de 28 de enero de 2008 (AC 2008/525), abarca en el ámbito personal a las decisiones que excedan de las ordinarias de la vida, y en el patrimonial, para todo lo que excede de la administración del denominado dinero de bolsillo; y de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.^a, de 6 de noviembre de 2008 (*JUR* 2009/76442).

(157) DE CASTRO Y BRAVO, F., «Derecho Civil de España», *op. cit.*, pág. 220; GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., «La curatela en el nuevo sistema de capacidad graduable», *op. cit.*, pág. 117.

Finalmente, mencionar que si el declarado incapacitado y sometido al régimen de curatela tiene una capacidad procesal limitada de acuerdo con lo establecido en la sentencia en la que se le declara incapacitado, el curador le asistirá en juicio, pero no le sustituirá (158). Si se insta solo el proceso frente al curador, y se ignora al curatelado, tal forma de proceder supone una merma de sus derechos procesales, una vulneración de la tutela judicial efectiva contenida en el artículo 24 de la Constitución española; de ahí que se pueda instar la nulidad de las actuaciones (art. 241 de la LOPJ) (159).

V. LA SANCIÓN DE LOS ACTOS REALIZADOS POR EL CURATELADO SIN LA AUTORIZACIÓN DEL CURADOR

El artículo 293 del Código Civil opta por la anulabilidad de los actos realizados por el curatelado sin la preceptiva intervención del curador cuando fuera necesaria (160). Esta sanción es idéntica a la que se prevé para la actuación del menor sometido a patria potestad o tutela y para el incapacitado sujeto a tutela en el artículo 1301 del Código Civil, al que se remite el mencionado artículo 293. Están legitimados para impugnar el acto el curador y la persona sometida a curatela —cuando saliese de ese estado—; no así los parientes necesitados de alimentos que justifica la declaración de prodigalidad (161), ni los terceros que intervinieron en el acto (art. 1302 del CC).

El plazo para el ejercicio de esta acción es de cuatro años a contar desde el momento de la extinción de la curatela o desde que el curador tenga conocimiento de la existencia del acto anulable (art. 1301 del CC). Si la acción de anulabilidad prospera, se anula el negocio jurídico retroactivamente, *ex tunc*. De forma que el incapaz deberá restituir lo recibido en lo que se hubiera enriquecido con el mismo (art. 1304 del CC).

Finalmente, cabe plantearse, si el curador, al igual que el tutor o los titulares de la patria potestad, puede confirmar *a posteriori* el acto realizado sin su asistencia. Un amplio sector de la doctrina se inclina por dotar de una doble facultad al curador, así no solo podrá impugnar el negocio concluido sin su

(158) Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de marzo de 2001 (*RJ* 2001/6635); la sentencia europea de Derechos Humanos, Sección 3.^a, Caso Vaudelle contra Francia, de 30 de enero de 2001 (TEDH 2001/78); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 4.^a, de 19 de febrero de 1996 (AC 1996/216).

(159) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 5.^a, de 8 de abril de 2008 (*JUR* 2008/206768).

(160) Vid., el artículo 223-8 del Código Civil catalán, y la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 5.^a, de 8 de abril de 2008 (*JUR* 2008/206768), nulidad alegada por vía de excepción.

Si bien, en ocasiones los actos sometidos a curatela pueden ser declarados nulos de pleno derecho, por ejemplo, cuando se trata de una actuación contra la prohibición legal prevista en el artículo 221 del Código Civil por tratarse de una donación realizada por el pródigo a favor del curador, vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 23 de diciembre de 1997 (*RJ* 1997/8902).

(161) En este sentido, vid., GETE-ALONSO y CALERA, M.^a del C., «Comentario al artículo 293 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 844; de la misma autora, «Comentario al artículo 293 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 714; GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., «Comentario al artículo 293 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 426.

preceptiva asistencia sino también confirmarlo (162); mientras que otros niegan tal posibilidad (163).

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, M.: «Curso de Derecho Civil», T. IV, *Derecho de Familia*, 11.^a ed., Edisofer, Madrid, 2008.
- ÁLVAREZ LATA, N.: «Comentario a los artículos 286 a 293 y 297 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, coordinador: Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 3.^a ed., Thomson-Reuters Aranzadi, Pamplona, 2009.
- CASANOVAS MUSSONS, A.: «La contribución de la curatela al concepto de la personalidad civil restringida», en *Revista Jurídica de Catalunya*, any LXXXIV, 1985-1.
- COCA PAYERAS, M.: *Voz «Curatela»*, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, T. II, Civitas, Madrid, 1995.
- DE COUTO GÁLVEZ, R. M.^a: «De la curatela. Comentario a los artículos 286 a 293 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, coordinador: Joaquín RAMS ALBESA y Rosa María MORENO FLÓREZ, T. II, vol. 2.^º, Bosch, Barcelona, 2000.
- DE LA IGLESIAS MONJE, M.^a I.: «Incapacitación, curatela», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LXXXI, núm. 692, noviembre-diciembre de 2005.
- DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A.: «Sistema de Derecho Civil», vol. IV, *Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*, 10.^a ed., Tecnos, Madrid, 2006.
- GARCÍA CANTERO, G.: «Notas sobre la curatela», en *Revista de Derecho Privado*, septiembre de 1984.
- GETE-ALONSO y CALERA, M.^a del C.: «Comentario a los artículos 286 a 293 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, dirigido por Cándido PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Rodrigo BERCOVITZ, Luis DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, y Pablo SALVADOR CORDECH, T. I, 2.^a ed., Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993.
- «Comentario a los artículos 286 a 293 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, coordinadores: Manuel AMORÓS GUARDIOLA y Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Tecnos, Madrid, 1986.
- GIL RODRÍGUEZ, J.: «Comentario a los artículos 215 a 217 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, dirigido por Cándido PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Rodrigo BERCOVITZ, Luis DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, y Pablo SALVADOR CORDECH, T. I, 2.^a ed., Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993.
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: *La curatela en el nuevo sistema de capacidad graduable*, McGrawHill, Madrid, 1997.
- «Comentario a los artículos 286 a 293 y 297 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, director: Andrés DOMÍNGUEZ LUELMO, Lex Nova, Valladolid, 2011.
- LACRUZ BERDEJO, J. L., et al.: «Elementos de Derecho Civil», T. IV, *Familia*, 4.^a ed., revisada y puesta al día por Joaquín RAMS ALBESA, Dykinson, Madrid, 2010.

(162) Vid., por todos, GETE-ALONSO y CALERA, M.^a del C., «Comentario al artículo 293 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 844. Asimismo, vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 4.^a, de 29 de julio de 2005 (*JUR* 2006/30886), convalidado el contrato de arrendamiento por su madre nombrada curadora.

(163) Vid., por todos, GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., «Comentario al artículo 293 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 426.

- LETE DEL RÍO, J. M.: «De la tutela, de la curatela y de la guarda de menores o incapacitados. Comentario a los artículos 286 a 298 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel ALBALADEJO, T. IV, Edersa, Madrid, 1985.
- MONDÉJAR PEÑA, M. I.: «La curatela», en *Derecho de Familia*, coordinadora: Gema DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Thomson Reuters Civitas, Navarra, 2012.
- MORENO QUESADA, B.: «El curador, el defensor judicial y el guardador de hecho», en *Revista de Derecho Privado*, abril de 1985.
- PARRA LUCÁN, M. Á.: «Instituciones de guarda (2). La curatela y el defensor judicial», en *Tratado de Derecho de Familia*, vol. VI, *Las relaciones paterno-familiares (II). La protección penal de la familia*, directores: Mariano YZQUIERDO TOLSADA y Matilde CUENA CASAS, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2011.
- «La familia en el Derecho Civil de Aragón», en *Tratado de Derecho de Familia*, vol. VII, *La familia en los distintos Derechos Forales*, directores: Mariano YZQUIERDO TOLSADA y Matilde CUENA CASAS, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2011.
- YZQUIERDO TOLSADA, M.: «La curatela, el defensor judicial y la guarda de hecho», en *Estudios sobre incapacidad e instituciones tutelares*, ICAI, Madrid, 1984.

VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS, Sala de lo Civil, de 10 de febrero de 1996 (*RJ* 1986/520).
- STS, Sala de lo Civil, de 31 de diciembre de 1991 (*RJ* 1991/9483).
- STS, Sala de lo Civil, de 20 de mayo de 1994 (*RJ* 1994/3723).
- STS, Sala de lo Civil, de 16 de septiembre de 1999 (*RJ* 1999/6938).
- STS, Sala de lo Civil, de 16 de marzo de 2001 (*RJ* 2001/6635).
- STS, Sala de lo Civil, Sección 1.^a, de 11 de junio de 2004 (*RJ* 2004/4428).
- STS, Sala de lo Civil, Sección 1.^a, de 14 de julio de 2004 (*RJ* 2004/5204).
- STS, Sala de lo Civil, Sección 1.^a, de 19 de noviembre de 2004 (*RJ* 2004/6910).
- STS, Sala de lo Civil, Sección 1.^a, de 29 de abril de 2009 (*RJ* 2009/2901).
- SAP, La Rioja, de 12 de mayo de 1999 (*AC* 1999/5984).
- SAP, Islas Baleares, Sección 4.^a, de 4 de octubre de 2000 (*JUR* 2001/20673).
- SAP, A Coruña, Sección 4.^a, de 23 de mayo de 2001 (*JUR* 2001/226196).
- SAP, Barcelona, Sección 18.^a, de 5 de julio de 2002 (*JUR* 2002/270462).
- SAP, A Coruña, Sección 1.^a, de 16 de enero de 2003 (*JUR* 2003/127810).
- SAP, Cantabria, Sección 2.^a, de 24 de abril de 2003 (*JUR* 2004/1556).
- SAP, Barcelona, Sección 18.^a, de 21 de junio de 2004 (*AC* 2004/1370).
- SAP, Valladolid, Sección 1.^a, de 2 de diciembre de 2004 (*JUR* 2005/14906).
- SAP, Guadalajara, Sección 1.^a, de 9 de febrero de 2005 (*AC* 2005/794).
- SAP, Ciudad Real, Sección 2.^a, de 25 de abril de 2005 (*JUR* 2005/143172).
- SAP, Álava, Sección 1.^a, de 23 de junio de 2005 (*JUR* 2005/211399).
- AAP, Zaragoza, Sección 2.^a, de 4 de abril de 2006 (*JUR* 2006/131735).
- SAP, Lugo, Sección 2.^a, de 9 de mayo de 2006 (*JUR* 2006/271835).
- SAP, Barcelona, Sección 18.^a, de 20 de noviembre de 2007 (*JUR* 2008/30117).
- SAP, Barcelona, Sección 18.^a, de 2 de enero de 2008 (*AC* 2008/674).
- SAP, Málaga, Sección 6.^a, de 22 de septiembre de 2009 (*JUR* 2010/95318).
- SAP, Granada, Sección 5.^a, de 26 de febrero de 2010 (*JUR* 2010/197441).
- AAP, Castellón, Sección 2.^a, de 19 de julio de 2010 (*JUR* 2010/349354).
- SAP, Valencia, Sección 10.^a, de 17 de noviembre de 2010 (*JUR* 2011/64317).

RESUMEN

**CURATELA. INCAPACITADO
MENOR EMANCIPADO.
PRODIGALIDAD**

La curatela es una institución de guarda que no se instrumenta para suplir la capacidad de obrar del sometido a ella (menores emancipados o que obtuvieren el beneficio de la mayor edad, incapacitados y prodigios) como ocurre con la tutela, sino que su labor es de asistencia, complementando la capacidad en aquellos actos que la ley, o la sentencia de incapacidad o que declare la prodigalidad exijan la intervención del curador. Se trata de una institución que responde al modelo de medidas de apoyo bajo supervisión judicial diseñado por la Convención sobre derechos de las personas con discapacidad, pues es respetuosa con el ejercicio de la capacidad de obrar de la persona, responde mejor al interés de la persona con discapacidad, dando prevalencia, en cierto modo, a la autonomía de la voluntad en la configuración de las medidas de apoyo y asistencia, y además está constituida sobre la estructura de un marco graduable que tiene en cuenta las necesidades y circunstancias de la persona a la hora de determinar el margen de su actuación en la toma de decisiones en la esfera personal o patrimonial. De ahí, la necesidad de un análisis de la figura delimitando claramente su campo de actuación y su operatividad respecto de otras figuras jurídicas.

ABSTRACT

**GUARDIANSHIP. INCAPACITATED
EMANCIPATED. PRODIGALITY**

The guardianship is a guard's institution that is not orchestrated to replace the aptitude to work from the submitted one to she (emancipated minors or that will obtain the benefit of the major age, incapacitated and, bountiful) since it happens with the guardianship, but his labor is of assistance, complementing the capacity in those acts that the law, or the judgment of incapacitation or that declares the prodigality they demand the intervention of the healer. It is a question of an institution that it answers to the model of measures of support under judicial supervision designed by the Convention on rights of the persons with disability, so, it is respectful with the exercise of the aptitude to act of the person, answers better to the interest of the person with disability, giving predominance in certain way to the autonomy of the will in the configuration of the measures of support and assistance, and, in addition it is constituted on the structure of an adjustable frame that bears in mind the needs and circumstances of the person at the moment of determining the margin of his action in the capture of decisions in the personal or patrimonial sphere. Of there, the need of an analysis of the figure delimiting clearly his field of action and his operability I concern of other juridical figures.