

Primeras resoluciones judiciales aplicando la Ley 8/2021, de 2 de junio en materia de discapacidad

José Ramón de Verda y Beamonte

Catedrático de Derecho Civil

Universidad de Valencia

Diario La Ley, Nº 10021, Sección Dossier, 3 de Marzo de 2022, Wolters Kluwer

• ÍNDICE

- [I. Consideraciones preliminares: un nuevo paradigma en la regulación de la discapacidad: de las funciones tutelares al sistema de apoyos](#)
- [II. Una cuestión teórica: ¿subsiste la distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar?](#)
- [III. La prevalencia de las medidas de apoyo de naturaleza voluntaria](#)
- [IV. La razonable desjudicialización a través del reforzamiento de la guarda de hecho](#)
- [V. La curatela asistencial como medida judicial de apoyo de carácter general](#)
 - [1. Inexistencia de guardador de hecho](#)
 - [2. Existencia de guarda de hecho que no funciona correctamente](#)
- [VI. Alcance de la voluntad de la persona con discapacidad en orden al establecimiento y ejercicio de las medidas de apoyo](#)
- [VII. Los principios de necesidad y de proporcionalidad](#)
- [VIII. La supresión de la patria potestad prorrogada y rehabilitada](#)

Normativa comentada

Jurisprudencia comentada

Resumen

En el presente trabajo se analizan las líneas esenciales de la importante Ley 8/2021, que ha llevado a cabo una profunda reforma del Código civil en materia de discapacidad, estudiando la jurisprudencia recaída hasta el momento, en aplicación de la misma, tanto en el Tribunal Supremo, como en los Tribunales de instancia, y poniéndola en relación con la finalidad pretendida por el legislador: garantizar el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mediante un adecuado sistema de apoyos a la luz de los principios de no discriminación y de libre desarrollo de la personalidad, que se plasman en la prevalencia de las medidas de carácter voluntario, en la razonable desjudicialización a través del

reforzamiento de la guarda de hecho y en el establecimiento de la curatela asistencial como medida judicial de apoyo preferente, suprimiéndose la incapacitación y la tutela de las personas con discapacidad.

I. Consideraciones preliminares: un nuevo paradigma en la regulación de la discapacidad: de las funciones tutelares al sistema de apoyos

La [Ley 8/2021, de 2 de junio \(LA LEY 12480/2021\)](#), por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, ha llevado a cabo una extensa labor de modificación del articulado del Código civil.

Su finalidad fundamental es adaptar la legislación española a los parámetros de la [Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad \(LA LEY 14088/2006\)](#) de Nueva York, de 13 de diciembre de 2006, ratificada por España el 30 de marzo de 2007. Más concretamente, al art. 12 de la Convención, que, bajo la rúbrica «Igual reconocimiento como persona ante la ley», prevé el reconocimiento, por parte de los Estados firmantes, del principio de que «las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida» (núm. 2) y la obligación de proporcionarles «las medidas de apoyo» que puedan necesitar para ejercitarla (núm. 3), mediante el establecimiento de un sistema de «salvaguardas», que respete «los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona» (núm. 4).

El vigente [art. 249.I CC \(LA LEY 1/1889\)](#), con el que se inicia la regulación de las medidas de apoyo dice, así, que las mismas se establecerán en favor de las personas «que las precisen para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica tendrán por finalidad permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad», debiendo estar «inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales».

Se observa un claro cambio de paradigma en el tratamiento de la discapacidad, la cual ya no se contempla desde un punto de vista negativo o restrictivo de la capacidad de obrar

Por lo tanto, se observa un claro cambio de paradigma en el tratamiento de la discapacidad, la cual ya no se contempla desde un punto de vista negativo o restrictivo de la tradicionalmente denominada capacidad de obrar: se contempla en positivo, es decir, propugnándose la creación de un sistema de apoyos y salvaguardas en favor de las personas con discapacidad, que les permita el ejercicio, por sí mismas, de los derechos de que son titulares en virtud de su capacidad jurídica.

En la Exposición de Motivos de la Ley se habla del «cambio de un sistema como el hasta ahora vigente en nuestro ordenamiento jurídico, en el que predomina la sustitución en la toma de las decisiones que afectan a las personas con discapacidad, por otro basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona quien, como regla general, será la encargada de tomar sus propias decisiones» (I); y se observa que «el elemento sobre el que pivota la nueva regulación no va a ser ni la incapacitación de quien no se considera suficientemente capaz, ni la modificación de una capacidad que resulta inherente a la condición de persona humana y, por ello, no puede modificarse» (III).

Desde esta perspectiva, la novedad más importante es, sin duda, la supresión de la incapacitación y, en el ámbito de las medidas judiciales, la sustitución de la tutela por la curatela, que solo excepcionalmente, comprenderá facultades de representación, lo que plantea evidentes problemas de Derecho Transitorio (la tutela queda ahora circunscrita a los menores de edad, no sujetos a la patria potestad o que se hallen en situación de desamparo, conforme al [art. 199 CC \(LA LEY 1/1889\)](#)).

La [Disposición transitoria 2ª, I, de la Ley 8/2021 \(LA LEY 12480/2021\)](#) prevé que los tutores y curadores (con excepción de los declarados pródigos) nombrados conforme al régimen legal anterior «ejercerán su cargo conforme a las disposiciones de esta Ley a partir de su entrada en vigor», aplicándose a los tutores de las personas con discapacidad las normas establecidas para los curadores representativos. Además, conforme al párrafo V de la misma, «Las medidas derivadas de las declaraciones de prodigalidad [institución ahora suprimida] adoptadas de acuerdo con la legislación anterior continuarán vigentes hasta que se produzca la revisión prevista en la disposición transitoria quinta. Hasta ese momento, los curadores de los declarados pródigos continuarán ejerciendo sus cargos de conformidad con la legislación anterior».

La Disposición transitoria 5ª contempla dos tipos de revisión de las medidas acordadas con anterioridad de la entrada en vigor de la Ley: de un lado, las que pueden solicitar «en cualquier momento» las personas con capacidad modificada judicialmente, los tutores o curadores, para adaptarlas a aquélla, las cuales deberán producirse en el plazo máximo de un año desde su solicitud; por otro lado, las revisiones, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, que deberán tener lugar, cuando no haya existido tal solicitud, «en un plazo máximo de tres años».

En materia de revisión hay que tener en cuenta que no toda tutela tendrá que transformarse necesariamente en curatela con facultad de representación, dado el reforzamiento de los principios de necesidad y proporcionalidad que inspiran la nueva regulación.

Respecto de los procesos en tramitación, hay, además, que tener presente que, conforme a la Disposición transitoria 6ª, «Los procesos relativos a la capacidad de las personas que se estén tramitando a la entrada en vigor de la presente Ley se registrarán por lo dispuesto en ella, especialmente en lo que se refiere al contenido de la sentencia, conservando en todo caso su validez las actuaciones que se hubieran practicado hasta ese momento».

El objeto del presente trabajo es, partiendo de las líneas fundamentales de la nueva Ley, exponer las primeras sentencias recaídas en aplicación de la misma, las cuales, casi en su totalidad, tienen que ver con procedimientos iniciados antes de su entrada en vigor, a los cuales —como se acaba de decir— se aplica aquélla, en virtud de la Disposición transitoria 5ª, a partir del 3 de septiembre de 2021.

Pero antes de entrar en dicha exposición, quiero detenerme en una cuestión teórica.

II. Una cuestión teórica: ¿subsiste la distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar?

Comúnmente se piensa que la [Ley 8/2021 \(LA LEY 12480/2021\)](#), al suprimir la incapacitación, ha venido a poner en cuestión esta tradicional distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar.

Tradicionalmente se ha distinguido entre capacidad jurídica y capacidad de obrar.

- **a)** La capacidad jurídica, concepto equivalente al de personalidad, es la aptitud para ser sujeto de derechos y de obligaciones. Se dice que tiene carácter absoluto, en la medida en que, como posteriormente veremos, el ordenamiento jurídico atribuye dicha aptitud a toda persona, por el mero hecho de serlo y como consecuencia del reconocimiento de su dignidad como ser humano; p. ej., toda persona, con independencia de su edad (un recién nacido) o de su aptitud para gobernarse por sí misma (una persona discapaz), puede, en abstracto, ser propietario de un bien.
- **b)** La capacidad de obrar, por el contrario, venía referida a la aptitud para celebrar, válida y eficazmente, actos y negocios jurídicos (p. ej., contratos). A diferencia de la personalidad, se decía que tenía carácter relativo, por depender de la edad y de la aptitud de la persona para gobernarse por sí misma. Se consideraba, así, que tenían plena capacidad de obrar (y, por tanto, para contratar) los mayores de edad, que no hubieran sido incapacitados judicialmente, por padecer una enfermedad persistente, física o psíquica, que así lo hiciera necesario.

En realidad, la [Ley 8/2021 \(LA LEY 12480/2021\)](#) no rechaza esta distinción, que, teniendo carácter doctrinal, no era acogida en la redacción anterior del Código civil; y tampoco parece que su supresión venga exigida por el art. 12 de la Convención. Sin embargo, lo cierto es que el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en sus conocidas

Observaciones Generales de 19 de mayo de 2014, la ha rechazado, con una serie de argumentos cuestionables.

En ellas se afirma que «no se ha comprendido en general que el modelo de la discapacidad basado en los derechos humanos implica pasar del paradigma de la adopción de decisiones sustitutiva a otro que se base en el apoyo para tomarlas». Pero, además, se niega que pueda distinguirse entre los conceptos de «capacidad jurídica» y «capacidad de obrar» (a las que, respectivamente, se llama «capacidad legal» y «legitimación para actuar»), con el argumento de que la primera queda restringida cuando se limita la segunda, incurriéndose, siempre que ello se hace, en una discriminación de las personas con discapacidad.

Se dice (en el núm. 15 de las Observaciones) que las restricciones se basan en la circunstancia de que, «si la persona puede o no entender la naturaleza y las consecuencias de una decisión y/o en si puede utilizar o sopesar la información»; y se califica dicho criterio como «incorrecto», «por dos motivos principales: a) porque se aplica en forma discriminatoria a las personas con discapacidad; y b) porque presupone que se pueda evaluar con exactitud el funcionamiento interno de la mente humana y, cuando la persona no supera la evaluación, le niega un derecho humano fundamental, pertinente».

Sin embargo, tales observaciones parecen un tanto desmesuradas:

En primer lugar, porque la noción de «capacidad de obrar» no se ha referido, exclusivamente, respecto de las personas con discapacidad, sino que ha tenido siempre un alcance general, sirviendo, por ejemplo, para explicar, por qué ciertos contratos celebrados por menores no emancipados son anulables (sin que ello implique negarles aptitud para ser titulares de derechos, los cuales podrán ser adquiridos a través de sus representantes legales).

En segundo lugar, porque las restricciones de la capacidad de obrar de cualquier persona (también de las que sufren una discapacidad) no han tenido otro fundamento que el de su protección. Por ello, solo se han establecido cuando se ha considerado estrictamente necesario, por concurrir en ella una circunstancia que le impida apreciar razonablemente las consecuencias de su actuación, evitando que sea víctima de su propia inexperiencia o discapacidad o del propósito ajeno de sacar provecho de ella.

En tercer lugar, porque afirmar, con carácter general, que no se puede «evaluar con exactitud el funcionamiento interno de la mente humana» es, obviamente absurdo, dado que, por desgracia, hay casos en los que, debido a una enfermedad, es patente que una persona carece de capacidad de discernimiento y, por ello, no puede formar libremente su voluntad. Parece que el Comité está pensando, simplemente, en ciertos casos de

discapacidad, como, por ejemplo, la sensorial o la provocada por enfermedades como el síndrome de Down, en los que, efectivamente, la restricción de la tradicionalmente llamada capacidad de obrar carece de sentido o resulta desproporcionada, por lo que lo procedente es establecer un sistema de apoyos tendente a posibilitar el ejercicio de los derechos de las personas que las padecen, por ellas mismas, de acuerdo con las propias inclinaciones y preferencias (con derecho, pues, a equivocarse). Pero habrá casos, cada vez más frecuentes, dado el avance de la esperanza media de vida, en que, necesariamente, habrá que acudir a un sistema de adopción de medidas sustitutivas a través de la actuación de un representante legal que obre en nombre de la persona con discapacidad (curador con facultades de representación).

Si se abandona a la distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, no obstante, será necesario distinguir entre la capacidad jurídica y su ejercicio; y ello, para explicar la razón por la cual los contratos celebrados por ciertas personas son inválidos (anulables).

Los contratos celebrados por menores no emancipados (con las excepciones previstas en el [art. 1265.1º CC \(LA LEY 1/1889\)](#)) son, en efecto, anulables ([art. 1302.2 CC \(LA LEY 1/1889\)](#)), debiendo, por ello, ser celebrados en su nombre por sus representantes legales (padres o tutores). Son también anulables los contratos celebrados por personas discapaces sin la intervención del curador, cuando esta sea necesaria para el ejercicio de su capacidad jurídica (por exigirlo, así, la sentencia constitutiva de la curatela) (arts. 267.II CC y 1302.3 CC); y, en el caso de que, excepcionalmente, se nombre un curador con facultades de representación (figura que guarda evidentes similitudes con el antiguo tutor de los incapacitados) (art. 267.III CC), por no ser posible averiguar cuál sea la voluntad, deseos y preferencias, será dicho curador quien, representando a la persona con discapacidad contrate en nombre de esta, necesitando, sin embargo, autorización judicial para los contratos de especial trascendencia económica previstos en el [art. 287.2º CC. \(LA LEY 1/1889\)](#)

Cabe preguntarse hasta qué punto es conveniente abandonar una distinción (capacidad jurídica y capacidad de obrar), que tiene perfiles claros y precisos y ha sido unánimemente aceptada por la doctrina y la jurisprudencia, para sustituirla por otra (capacidad jurídica y ejercicio de la misma), que, en definitiva, con otras palabras, viene a decir, sustancialmente, lo mismo.

A mí, no me lo parece.

III. La prevalencia de las medidas de apoyo de naturaleza voluntaria

Retomando las ideas fundamentales inspiradoras de la [Ley 8/2021 \(LA LEY 12480/2021\)](#), hay que observar que las medidas judiciales (y, por lo tanto, la curatela) tienen un claro carácter subsidiario, porque es propósito de la Ley dar una clara preferencia a las medidas de apoyo de naturaleza voluntaria, es decir, a «las establecidas por la persona con discapacidad, en las que designa quién debe prestarle apoyo y con qué alcance» (art. 250.III), de modo que las «de origen legal o judicial solo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate» (249.I CC).

Las medidas de apoyo de naturaleza voluntaria fundamentales son la autocuratela (arts. 271 a 274), los poderes con cláusula de subsistencia, si en el futuro el poderdante precisa apoyo en el ejercicio de su capacidad ([art. 256 CC \(LA LEY 1/1889\)](#)), y los poderes preventivos, dados solo para dicha eventualidad ([art. 257 CC \(LA LEY 1/1889\)](#)).

1. De la autotutela a la autocuratela (alcance del nombramiento o exclusión de una persona determinada para ejercer la medida de apoyo)

En particular, respecto de la autocuratela, hay que tener en cuenta que, según la [Disposición transitoria 3ª de la Ley 8/2021 \(LA LEY 12480/2021\)](#), «Las previsiones de autotutela se entenderán referidas a la autocuratela y se regirán por la presente Ley».

Conforme al [art. 271.I CC \(LA LEY 1/1889\)](#), quien acude a la autocuratela, «en previsión de la concurrencia de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica», «podrá proponer en escritura pública el nombramiento o la exclusión de una o varias personas determinadas para el ejercicio de la función de curador».

Tal propuesta vinculará al Juez al constituir la curatela ([art. 272.I CC \(LA LEY 1/1889\)](#)), si bien podrá apartarse de ella, «siempre mediante resolución motivada, si existen circunstancias graves desconocidas por la persona que las estableció o alteración de las causas expresadas por ella o que presumiblemente tuvo en cuenta en sus disposiciones» (art. 272.II CC).

La STS (Sala 1ª) 19 octubre 2021, rec. n.º 305/2021 (ECLI:ES:TS:2021:3770 (LA LEY 184629/2021)), ha revocado la sentencia recurrida, que se había apartado de lo previsto en la disposición testamentaria en la que se había constituido la autotutela.

En ella, una madre con seis hijos, había designado como tutora a una de sus hijas y, en su defecto y por orden sucesivo, a dos de sus hijos, manifestando su deseo de que no se

nombrara «a cualquiera de los otros tres hijos ni a ninguna asociación, ni pública ni privada ni a ningún organismo similar».

Sin embargo, en primera instancia, se nombró tutora a la Agencia Madrileña para la Tutela de Adultos y, en segunda instancia, mancomunadamente, a uno de los hijos, no designado en primer lugar por la madre para el cargo, y a otro, que había sido expresamente excluido por ella; y ello, con una argumentación que el TS considera «pobre», e «insuficiente», «amparada en el razonamiento inasumible de que como hay dos grupos de tres hermanos, que se llevan bien entre sí y mal con los otros tres», se «adopta la salomónica decisión de designar a una persona de cada grupo, prescindiendo de la voluntad, deseos o preferencias de la demandada».

El TS entiende que no «se dan las causas legales previstas para prescindir del criterio preferente de la voluntad de la demandada, ya que no concurren circunstancias graves desconocidas por la misma, o variación de las contempladas al fijar la persona que le prestará apoyos», puesto que la madre «convivía y sigue conviviendo con su hija» designada en primer lugar para ser tutora, «que es la persona que le asiste en sus necesidades conforme a sus propios deseos notarialmente expresados, que deben ser respetados, toda vez que, dentro del marco de la esfera de disposición de las personas, se comprende la elección de la que, en atención a su disponibilidad, cercanía, empatía, afecto o solicitud, desempeñe el cargo de curadora» (se aplica ya la Ley 8/2021, por lo que la autotutela se convierte con autocuratela).

Por esta razón, concluye que no cabe «la imposición de otro sistema alternativo de curatela», como «la mancomunada impuesta por la Audiencia, con la atribución además del cargo de curador a una persona expresamente excluida por la demandada. Amén de resultar contraproducente el ejercicio de tal cargo bajo el régimen jurídico de la mancomunidad, dado el conflicto existente entre hermanos, que dificultaría la unidad de actuación que exige la curatela, cuyo ejercicio no es susceptible de conciliarse con discrepancias en las funciones asistenciales o, en su caso, excepcionales de representación».

2. La prevalencia de la voluntad de la persona con discapacidad respecto de la persona que ha de asumir la curatela y la necesidad de una especial motivación para apartarse de ella

Cuestión distinta a la examinada, aunque relacionada con ella, es la relativa a la prevalencia de la voluntad de la persona con discapacidad en el caso de que, en defecto de medidas de apoyo voluntarias, haya que nombrar un curador. No me refiero, pues, aquí a la autocuratela,

sino a la relevancia que ha de darse a la voluntad del discapaz en orden a la designación de la persona del curador en el marco de un proceso judicial de establecimiento de apoyos.

El [art. 276 CC \(LA LEY 1/1889\)](#) establece un orden de prelación de las personas que pueden ser nombradas curadores. Sin embargo, prevé que «La autoridad judicial podrá alterar el orden del apartado anterior, una vez oída la persona que precise apoyo» y que, «Cuando, una vez oída, no resultare clara su voluntad, la autoridad judicial podrá alterar el orden legal, nombrando a la persona más idónea para comprender e interpretar su voluntad, deseos y preferencias».

La redacción del precepto es confusa, pues pudiera interpretarse en el sentido de que siempre que resulte clara la voluntad de la persona con discapacidad respecto de quién haya de ser designado curador habrá que atenerse a ella, lo que no parece correcto, sino que lo procedente es entender que el juez puede apartarse de la misma, pero de manera suficientemente motivada (motivación que —claro está— no será necesaria cuando en la persona indicada concorra alguna de las causas de inhabilidad del art. 275.II y III CC).

En tal sentido se orienta la STS (Sala 1ª) 23 diciembre 2021, rec. n.º 1504/2021 (ECLI:ES:TS:2021:4879), que revoca la sentencia recurrida (dictada, como casi la totalidad de las que aquí examinamos, antes de la entrada en vigor de la [Ley 8/2021 \(LA LEY 12480/2021\)](#)), estimando un recurso extraordinario de infracción procesal, por entender que hubo falta de motivación suficiente de la decisión de «prescindir de la voluntad exteriorizada del demandado de que sea designado como curador la persona por él elegida y nombrada por el juzgado», estableciendo, en cambio, una tutela en favor de la Agencia Madrileña de Tutela de Adultos, «pues es organismo preparado, técnico, profesional y objetivo»; y ello, frente a la mujer, «que se lleva mal o regular actualmente» con el demandado, y frente a la hija, «que se lleva mal o regular con su madre; y parece ser, aún en formación».

Pero lo cierto es que la sentencia revocada no explicaba por qué no se había nombrado tutor a la persona querida por el discapaz, la cual no era, ni su mujer, ni su hija, más allá de constatar la adecuación de la Agencia para ejercer el cargo. El TS afirma, así, que, para «prescindir de la voluntad exteriorizada por el demandado, dada la trascendencia que se le otorga en la nueva ley», se «requiere una motivación especial que brilla por su ausencia, con lo que, en la nueva sentencia que se dicte, se deberá manifestar expresamente al respecto, explicitando las concretas razones por las que, en su caso, se prescinde de la voluntad y preferencia en tal aspecto exteriorizada por el demandado».

Cumple ese requisito de especial motivación la SAP Valencia (Sección 10ª) 16 septiembre 2021, rec. n.º 240/2020 (LA LEY 212410/2021) (ECLI:ES:APV:2021:3274), la cual nombró a

una fundación como curadora de una persona que padecía un trastorno esquizo-afectivo y de la personalidad grupo B y consumo tóxico. La Audiencia no atendió a la voluntad manifestada por aquélla de que se designara como curadores a sus hermanos, porque éstos estaban asustados, constatando la existencia de una situación de riesgo familiar, por haber tenido lugar numerosos incidentes violentos.

IV. La razonable desjudicialización a través del reforzamiento de la guarda de hecho

La [Ley 8/2021 \(LA LEY 12480/2021\)](#) pretende una razonable desjudicialización, que pasa por el reforzamiento de la guarda de hecho, la cual, como se dice en la Exposición de Motivos, había sido «entendida tradicionalmente como una situación fáctica y de carácter provisional», debiendo ahora «convertirse en una verdadera guarda de derecho, otorgándole la categoría de institución jurídica de apoyo».

El [art. 269.I CC \(LA LEY 1/1889\)](#) dice, así, que «La autoridad judicial constituirá la curatela mediante resolución motivada cuando no exista otra medida de apoyo suficiente para la persona con discapacidad», de donde se deduce que, cuando no hayan sido previstas medidas de naturaleza voluntaria, «Quien viniere ejerciendo adecuadamente la guarda de hecho de una persona con discapacidad continuará en el desempeño de su función» ([art. 263 CC \(LA LEY 1/1889\)](#)), de modo que la constitución de la curatela es subsidiaria, exclusivamente, para el caso de que no existiera una guarda de hecho que funcionase correctamente.

En la Exposición de Motivos se explica que «La realidad demuestra que en muchos supuestos la persona con discapacidad está adecuadamente asistida o apoyada en la toma de decisiones y el ejercicio de su capacidad jurídica por un guardador de hecho — generalmente un familiar, pues la familia sigue siendo en nuestra sociedad el grupo básico de solidaridad y apoyo entre las personas que la componen, especialmente en lo que atañe a sus miembros más vulnerables—, que no precisa de una investidura judicial formal que la persona con discapacidad tampoco desea»; y que «Para los casos en que se requiera que el guardador realice una actuación representativa, se prevé la necesidad de que obtenga una autorización judicial *ad hoc*, de modo que no será preciso que se abra todo un procedimiento general de provisión de apoyos, sino que será suficiente con la autorización para el caso, previo examen de las circunstancias».

El [art. 264.I CC \(LA LEY 1/1889\)](#) prevé, en efecto, que, «Cuando, excepcionalmente, se requiera la actuación representativa del guardador de hecho, este habrá de obtener la

autorización para realizarla a través del correspondiente expediente de jurisdicción voluntaria, en el que se oirá a la persona con discapacidad. La autorización judicial para actuar como representante se podrá conceder, previa comprobación de su necesidad, en los términos y con los requisitos adecuados a las circunstancias del caso. La autorización podrá comprender uno o varios actos necesarios para el desarrollo de la función de apoyo y deberá ser ejercitada de conformidad con la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad».

En cualquier caso, «No será necesaria autorización judicial cuando el guardador solicite una prestación económica a favor de la persona con discapacidad, siempre que esta no suponga un cambio significativo en la forma de vida de la persona, o realice actos jurídicos sobre bienes de esta que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar» (art. 264.III CC).

1. La prueba de la guarda de hecho

La desjudicialización que supone el reforzamiento de la guarda de hecho como medida de apoyo parece totalmente razonable, pero debe ir acompañada de un sistema que facilite la prueba de la condición de guardador, pues, en caso contrario, éste difícilmente podrá actuar en representación de la persona con discapacidad en los actos a los que se refiere el art. 264.III CC, los cuales, aunque de escasa cuantía económica (razón por la que, precisamente, no requieren autorización judicial), pueden tener una gran trascendencia práctica.

La Consulta INSS 30 noviembre 2021, en relación a la competencia para solicitar y percibir prestaciones del sistema de la Seguridad Social cuando los beneficiarios de las mismas son personas mayores de edad con discapacidad, ha declarado que «el guardador de hecho puede solicitar la prestación económica de Seguridad Social en favor de la persona con discapacidad, sin requerirse para ello autorización judicial, ingresándose la pensión en la cuenta bancaria de la persona con discapacidad», añadiendo que «La condición de guardador de hecho puede acreditarse mediante libro de familia (que acredite, en su caso, la relación de parentesco que mantienen el guardador y la persona con discapacidad), certificado de empadronamiento o documentación que acredite convivencia, así como aquellos documentos de los que se desprenda claramente dicha condición».

Las administraciones autonómicas, por ejemplo, la canaria, en orden a las solicitudes de reconocimiento de grado de discapacidad, están empezando a admitir las presentadas por guardadores de hecho a través de declaraciones de responsabilidad sobre los siguientes extremos: que se tiene la guarda de hecho de la persona con discapacidad, con expresión

de las razones por las que se ostenta; que «a su juicio dicha persona no tiene capacidad de autogobierno»; y la relación de parientes, con indicación de nombres y apellidos, edad, tipo de parentesco y dirección.

En la práctica, surgen dificultades con las entidades de crédito, que son renuentes a permitir que el guardador de hecho pueda retirar fondos de una cuenta bancaria de la que sea titular la persona con discapacidad

En la práctica, surgen dificultades con las entidades de crédito, que son renuentes a permitir que el guardador de hecho pueda retirar fondos de una cuenta bancaria de la que sea titular la persona con discapacidad. Para constatar que se es guardador de hecho, es posible acudir a un acta de notoriedad y, en los casos de negativa infundada, cabrá instar un auto de declaración de la condición de guardador de hecho frente a la entidad bancaria a través de un proceso de jurisdicción voluntaria.

El AJPI núm. 3 Córdoba 8/2022 11 enero 2022 (LA LEY 4864/2022) (procedimiento Jurisdicción Voluntaria, genérico, 1641/2021) ha reconocido, así, dicha condición respecto de la madre frente a BBK BANK CAJASUR y, en consecuencia, ha declarado que «se encuentra legitimada por ley para realizar respecto de cuentas bancarias de la que su hija sea titular, funciones de administración ordinaria y disposición».

Ciertamente, resulta paradójico que, siendo la guarda de hecho una medida de apoyo informal, el guardador se vea obligado a acudir a un Juzgado para que se le declare formalmente como tal, a fin de poder realizar una actuación representativa, para la cual está expresamente legitimado por el art. 264.III CC.

El AJPI núm. 5 Córdoba 8/2022 7 febrero 2022 (Prov. medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad 1030/2021) constata dicha paradoja, al estimar la demanda de reconocimiento de la condición de guardadora de hecho de una hermana.

Dice, así, que «la guarda de hecho no precisa de una investidura judicial formal», pero que la guardadora «se ve necesitada de recabar el auxilio judicial con el objeto de que se reconozca por parte de entes públicos y privados las facultades que ya vienen reconocidas legalmente en aras, única y exclusivamente, a tutelar los intereses de su hermana, cuya discapacidad consta acreditada en autos»; y añade: «Esta cuestión no deja de ser preocupante pues lleva ínsito un desconocimiento e incumplimiento por parte de dichos entes de la nueva regulación legal para la protección de las personas con discapacidad, obstaculizando, entorpeciendo y retrasando que puedan ejercitar sus derechos a través de sus guardadores de hecho».

Observa que la guardadora de hecho no necesita que se declare judicialmente su condición de tal, a efectos de poder cancelar una cuenta bancaria de su hermana, solicitar los atrasos a los que aquélla tiene derecho por la pensión de orfandad que tiene reconocida por el INSS, ni para disponer de la cantidad que le corresponde por un seguro de defunción de Mapfre del que es beneficiaria, porque el Código civil «establece que la guarda de hecho no precisa de una investidura judicial formal para la guarda de hecho ni para ni para los actos descritos». Sin embargo, dado los obstáculos a los que se enfrenta la demandante para poder ejercer sus funciones, se accede a su pretensión y se le declara guardadora de hecho de su hermana «a todos los efectos legales».

2. La improcedencia de constituir una curatela cuando existe una guarda de hecho que funciona adecuadamente (art. 263 CC)

La desjudicialización propugnada por la [Ley 8/2021 \(LA LEY 12480/2021\)](#) parece estar imponiéndose en las primeras resoluciones judiciales de instancia, que resuelven juicios de modificación de capacidad instados conforme a la anterior legislación, en los que se pedía, por parte de quien ejercitaba la guarda de hecho de un familiar el nombramiento de un tutor.

Consideran, por el contrario que, siendo la guarda de hecho la figura primordial de apoyo de las personas con discapacidad, no procede el nombramiento de un curador con facultades de representación (que sería lo más semejante al antiguo tutor de los incapacitados), sino que lo procedente es que el demandante continúe ejercitando la guarda de hecho, tal y como lo venía haciendo, pidiendo la correspondiente autorización judicial en el caso excepcional de que debiese realizar algún acto representativo distinto de los previstos en el art. 264.III CC.

Ello, incluso cuando la persona con discapacidad tiene una encefalopatía anóxica que afecta directamente a su capacidad para tomar decisiones y a su capacidad de autodeterminación (SJPI núm. 5 Córdoba 346/2021 30 septiembre 2021 (LA LEY 293515/2021), Juicio Verbal especial sobre capacidad 8/2021); o un alzhéimer que limita sus funciones psíquicas fundamentales (inteligencia y voluntad), por lo que «se encuentra afectada de forma importante la capacidad de conocimiento y libre determinación» (SJPI núm. 5 Córdoba 343/2021 30 septiembre 2021 (LA LEY 293516/2021), Juicio Verbal especial sobre capacidad 295/2021); y, con mayor razón, cuando la hija padece un retraso mental ligero y un trastorno del desarrollo, por el que se le ha reconocido un 58% de limitación en la actividad, que, sumado a los factores sociales concurrentes, elevan sus limitaciones a un 65% de discapacidad, «lo que no genera en ella una discapacidad que le impida ejercer adecuadamente su capacidad jurídica por sí misma con la ayuda que ya cuenta de su propia

progenitora» (SJPI y Familia Jaén núm. 6 545/2021 22 septiembre 2021 (LA LEY 293517/2021), Juicio Verbal especial sobre capacidad 21S/2021); o cuando una anciana de 75 años padece una demencia moderada, por lo que requiere supervisión y ayuda en las actividades funcionales de la vida diaria, careciendo de capacidad para el manejo de dinero (SJPI núm. 7 Sevilla 561/2021 27 septiembre 2021 (LA LEY 293518/2021), Juicio Verbal especial sobre capacidad 1312/2020).

Esta orientación jurisprudencial no es, sin embargo, unánime, existiendo sentencias que constituyen una curatela en razón de la gravedad de la enfermedad que padece la persona con discapacidad; y ello, a pesar de existir una guarda de hecho, que funcionaba correctamente.

La SJPII Massamagrell (Sección 4ª) 21 septiembre 2021, rec. n.º 275/2019 (ECLI:ES:JPII:2021:916 (LA LEY 275376/2021)), sujetó, así, a curatela representativa a una persona de 83 años con Alzheimer y otras patologías «persistentes de carácter psíquico que le impiden en absoluto gobernarse por sí misma», lo que, según el informe del médico forense, le originaba, de manera continuada e irreversible, «una anulación cuasi absoluta de facultades».

En el acto de la vista se apreció en la misma «un discurso muy limitado, con falta de respuesta a preguntas sencillas», reconociendo «que la persona que se encarga de sus necesidades era su hijo Pablo en quien confía». Dicho hijo, que convivía con él, era, en realidad su guardador de hecho y, según se desprende de sus declaraciones, así como de la del resto de los parientes más próximos, la guarda de hecho funcionaba correctamente.

Sin embargo, se le nombró curador de su padre con facultades de representación, con preferencia a la madre, que tenía una edad avanzada y se encontraba sujeta a medidas de apoyo; y ello, «por motivos de mayor disponibilidad temporal existiendo además convivencia, y una manifestada actuación del mismo para ayudar a su padre en las cuestiones médicas, administrativas o económicas».

Respecto a la extensión de la curatela establecida, en la esfera personal, comprendía la facultad de representar a la persona con discapacidad en decisiones relativas al seguimiento del tratamiento médico, traslados a residencias o centros de asistencia, asistencia a centros terapéuticos, ocupacionales, centros de día o asimilados, etc.; y, en la esfera económica, la facultad de representarle en las «decisiones con trascendencia patrimonial que supongan la reducción del patrimonio», «precisando de autorización judicial expresa para dar dinero a título gratuito, obtener préstamos o financiaciones, gravar o enajenar inmuebles y el resto de actos previstos en el [art. 287 CC \(LA LEY 1/1889\)](#)».

V. La curatela asistencial como medida judicial de apoyo de carácter general

La Exposición de Motivos se refiere a la curatela como «la principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad», explicándose que «El propio significado de la palabra curatela —cuidado—, revela la finalidad de la institución: asistencia, apoyo, ayuda; por tanto, como principio de actuación y en la línea de excluir en lo posible las figuras de naturaleza representativa, la curatela será, primordialmente, de naturaleza asistencial»; pero, con evidente sentido común, se añade que, «No obstante, en los casos en los que sea preciso, será posible atribuir al curador funciones representativas, que solo de manera excepcional y ante casos especialmente graves de discapacidad, podrán tener alcance general» (III).

Por lo tanto, suprimida la tutela, como regla general, a las personas con discapacidad no se les nombrará ya un tutor que actúe en su nombre, sino, en su caso (cuando no haya medidas voluntarias, como poderes preventivos dados por el propio interesado, o una guarda de hecho que funcione adecuadamente), un curador que les asista y complemente su capacidad, apoyándoles en el ejercicio de sus derechos, de acuerdo con su propia voluntad y preferencias.

A tenor del art. 249.II CC, «Las personas que presten apoyo deberán actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera. Igualmente procurarán que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias. Asimismo, fomentarán que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro».

Conforme al párrafo III del precepto, solo «En casos excepcionales, cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona, las medidas de apoyo podrán incluir funciones representativas. En este caso, en el ejercicio de esas funciones se deberá tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación».

En este punto, con evidente sentido común, el legislador español se aparta de las Observaciones Generales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 19 de mayo de 2014, que se manifiesta en términos tales, de los que es posible deducir que propone la supresión de todo tipo de medidas de apoyo de carácter sustitutivo. Dice, así, que «La obligación de los Estados parte de reemplazar los regímenes

basados en la adopción de decisiones sustitutiva por otros que se basen en el apoyo a la adopción de decisiones exige que se supriman los primeros y se elaboren alternativas para los segundos. Crear sistemas de apoyo a la adopción de decisiones manteniendo paralelamente los regímenes basados en la adopción de decisiones sustitutiva no basta para cumplir con lo dispuesto en el artículo 12 de la Convención» (núm. 28).

1. Inexistencia de guardador de hecho

La nueva regulación, que prevé el mantenimiento de la guarda de hecho que se «viene ejerciendo adecuadamente» ([art. 263 CC \(LA LEY 1/1889\)](#)), presupone, obviamente, la previa existencia de la misma, por lo que, en el caso de que no exista, ni haya familiares en condiciones de asumirla, se ha considerado procedente establecer una curatela a cargo de una persona jurídica de carácter público.

Así lo ha estimado la SAP Valencia (Sección 10ª) 16 septiembre 2021, rec. n.º 240/2020 (LA LEY 212410/2021) (ECLI:ES:APV:2021:3273) respecto de una persona que padecía un trastorno mental grave del espectro de la esquizofrenia y otros trastornos psicóticos, que le producían un deterioro de las funciones psicológicas básicas (pensamiento, afectividad y capacidad ejecutiva).

Ha revocado la sentencia de primera instancia (dictada antes de la entrada en vigor de la [Ley 8/2021 \(LA LEY 12480/2021\)](#)), que había incapacitado a la demandada, sujetándola a tutela.

Por el contrario, la Audiencia ha nombrado como curador, meramente asistencial, al Instituto Valenciano de Atención Social y Sanitaria (IVASS), sin atribuirle facultades de representación, al ser posible determinar la voluntad, los deseos y las preferencias de la persona demandada, a tenor de sus manifestaciones hechas por ella en la vista de apelación, respondiendo con claridad y precisión a las preguntas que se le realizaron. Asimismo, precisa que el objeto de esa medida de apoyo no comprenderá actuaciones de carácter patrimonial, porque la persona con discapacidad no tiene bienes, y cuenta con unos modestos ingresos de 380 euros al mes, que puede administrar ella misma, sin necesidad de asistencia, sino que comprenderá, exclusivamente, las cuestiones relativas al tratamiento médico y a la toma de la medicación pautada, así como a su situación social y económica.

Justifica el nombramiento como curador del IVASS en la circunstancia que la persona con discapacidad carecía de allegados que pudieran ejercer con garantías esta medida de apoyo, porque no tenía familiares en España, ni mantenía contacto con los que vivían en Colombia.

Es claro que nada impide que la guarda de hecho pueda ser ejercida por una persona jurídica, con algunos requisitos

No obstante, es claro que nada impide que la guarda de hecho pueda ser ejercida por una persona jurídica, siempre que no exista una relación contractual, en cuya virtud aquélla preste servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga a quien precise el apoyo (art. 249.VIII CC). De hecho, es posible que las Fundaciones Tutelares puedan aprovechar el procedimiento de revisión previsto en las Disposiciones Transitorias de la [Ley 8/2021 \(LA LEY 12480/2021\)](#) para convertirse en guardadoras de hecho de los discapaces de los que originariamente tenían la tutela, que de momento —como se ha dicho— se rige por las normas de la curatela representativa (Disposición transitoria 2ª, I), solicitando su extinción para que «se adopte una forma de apoyo más adecuada para la persona sometida a curatela» (art. 291.II CC).

2. Existencia de guarda de hecho que no funciona correctamente

La curatela procederá también en el caso de que, aun existiendo una guarda de hecho, la misma no funcione adecuadamente, lo que puede tener lugar por diversos motivos.

A) Conflictos entre el guardador y la persona con discapacidad

Un claro caso en el que la guarda de hecho no funciona correctamente es cuando existen continuos conflictos entre la persona con discapacidad y sus familiares.

La SJPI n.º 9 Castellón de la Plana 23 septiembre 2021, procedimiento n.º 222/2021 (ECLI:ES:JPI:2021:479), sujetó a curatela a una persona de 19 años, que estudiaba en una academia un grado de administración, la cual padecía un retraso mental no diagnosticado, alteraciones de la conducta, ansiedad, trastorno de déficit de atención con hiperactividad y antecedentes de clínica psicótica.

La persona con discapacidad reconoció en el acto de la audiencia que precisaba de apoyo, costándole mucho el autocuidado personal y «que si tiene dinero sin que nadie le ayude a administrarlo lo malgasta». Se constató la existencia de conflictos con el padre (hasta el momento, guardador de hecho), porque, en muchas ocasiones, no aceptaba de forma voluntaria los tratamientos y no sabía gestionar bien las frustraciones y los límites.

Se estableció una curatela con carácter asistencial: en la esfera personal, en relación con la correcta realización de las tareas de la vida diaria, sobre el cuidado personal, aseo, alimentación y salud, y, especialmente respecto al consentimiento y cumplimiento de tratamiento; y, en la esfera patrimonial, en orden a que la hija pudiera «administrar su dinero

de forma que no pueda dilapidarlo en gastos indebidos y siendo necesaria su intervención en los contratos que realice», «ayudándole a formar su voluntad correctamente».

Se nombró al padre como curador, dado que la hija «manifestó que a su madre hacía seis meses que no la veía, que con ella no tiene mucha relación, que sus padres están separados, que su madre también sufre la enfermedad de esquizofrenia y que estaba viviendo con su padre que es quien la ayuda, de forma que quería que fuese su padre quien le apoye en lo que necesite».

Más extremo es el caso resuelto por la SAP Valencia (Sección 10ª) 20 octubre 2021, rec. n.º 148/2021 (ECLI:ES:APV:2021:3705 (LA LEY 265324/2021)), relativo a una persona diagnosticada de esquizofrenia paranoide, con abuso de sustancias psicoactivas, cánnabis y ludopatía, por lo que, según el informe médico forense, presentaba una disminución importante de sus facultades intelectuales, de su conducta adaptativa y de su capacidad de entender, así como de su capacidad de independencia personal y social.

La Audiencia constituyó una curatela con facultades de representación, nombrando como curador al IVASS, «en atención a las graves dificultades en las que se desarrolla la relación» de la persona discapaz «con su familia y que impiden que se puedan hacer cargo su hijo y hermano, respectivamente». La madre y los hermanos, en efecto, en sus declaraciones, habían puesto manifiesto «todos ellos la imposibilidad actual de convivencia con el demandando, «admitiendo no poder hacerse cargo de su hijo y hermano».

B) Situaciones de riesgo familiar provocadas por la enfermedad de las personas con discapacidad

Tampoco funciona (o puede funcionar) correctamente la guarda de hecho cuando la enfermedad de la persona con discapacidad provoca una situación de riesgo para los familiares que han asumido o que podrían asumir aquélla, de no existir dicha situación.

La SAP Valencia (Sección 10ª) 16 septiembre 2021, rec. n.º 240/2020 (LA LEY 212410/2021) (ECLI:ES:APV:2021:3274), ha conocido del caso de una persona que padecía un trastorno esquizo-afectivo y de la personalidad grupo B y consumo tóxico, con alteraciones del comportamiento en relación a tal consumo, siendo tal patología de carácter crónico y persistente. Como consecuencia de dichas patologías, veía parcialmente afectadas sus facultades de autogobierno y, en fase de descompensación de la enfermedad, podían verse mermadas sus capacidades intelectivas y volitivas. No era consciente de la enfermedad, por lo que era necesario supervisar el tratamiento médico, que incluía ingresos en centros adecuados en épocas de desestabilización.

La Audiencia ha revocado la sentencia de primera instancia, que había incapacitado al demandado, sujetándolo a tutela del IVASS y (de acuerdo ya con la [Ley 8/2021 \(LA LEY 12480/2021\)](#)) se estableció una curatela con facultad de representación, que comprendía la supervisión del autocuidado, del consentimiento para el tratamiento médico y para el manejo de la medicación, y de la supervisión de las actividades económicas, jurídicas y administrativa, pudiendo la persona con discapacidad disponer de dinero de bolsillo (40 euros mensuales).

Se constató la existencia de una situación de riesgo familiar, por haberse producido numerosos incidentes violentos, de modo que todos los hermanos estaban asustados, razón por la cual se estableció una curatela, que fue asumida por el IVASS. En este supuesto, el demandado estaba de acuerdo con la sustitución de la tutela por una curatela con facultades de representación, pero había pedido que se designara a sus hermanos como curadores, petición que no fue atendida.

C) Tendencia al gasto que no puede controlarse a través de la guarda de hecho

La guarda de hecho no es adecuada en situaciones de una desmesurada tendencia al gasto, en cuyo caso es conveniente que la eficacia jurídica de los contratos realizados por la persona con discapacidad se subordine a la asistencia de un curador o, incluso, en los casos más extremos, que se le atribuya a éste facultades de representación para concluirlos en nombre de aquella, con la finalidad de evitar que pueda dilapidar su patrimonio.

La SAP Madrid (Sección 22ª) 25 octubre 2021, rec. n.º 1808/2019 (ECLI:ES:APM:2021:12716 (LA LEY 261571/2021)), sujetó a curatela a una persona que padecía un trastorno psicótico no especificado y rasgos paranoides de personalidad, la cual no tenía «conciencia de enfermedad», por lo que no seguía el tratamiento psicofarmacológico pautado, y, «al no tener conocimiento cierto de la realidad tampoco lo tiene sobre su economía»: en el informe forense de primera instancia se dice que «gastó 20.000 euros en el día a día» y que «puede gastar en un día la mayor parte de la pensión confiando en las ayudas que recibe de su familia».

Revocó la sentencia de incapacitación (dictada con arreglo al régimen legal anterior) y estableció una curatela de carácter asistencial, nombrando como curador al hijo que en primera instancia había sido designado como tutor. Previó la asistencia del curador en el ámbito de la salud de la madre, «en concreto, la asistencia a consultas médicas, el seguimiento del tratamiento farmacológico pautado y cualquier otro que guarde directa relación con ello»; así como en el «ámbito de la administración y disposición de sus bienes, exceptuando el dinero de bolsillo».

La SJPI núm. 9 Castellón de la Plana 4 octubre 2021, procedimiento n.º 487/2021 (ECLI:ES:JPI:2021:1531), contempló el supuesto de una persona soltera de 35 años, que convivía con sus padres, guardadores de hecho, la cual padecía un trastorno esquizoafectivo con patrón bipolar, lo que le provocaba fases en que presentaba vivencias expansivas con dimensión delirante de tipo megalómano. Durante dichas fases era vulnerable a influencias externas, habiendo sido instrumentalizada económicamente por terceras personas, que la habían inducido a adquirir bienes que luego tuvo que mal vender, así como por oportunistas, habiendo podido salir de situaciones comprometidas por la protección de la familia con la que vivía.

Por ello, consideró precisa la existencia de un apoyo judicial para evitar que la persona con discapacidad tomara decisiones e hiciera planes desajustados que pusieran en riesgo su vida y sus bienes, dado que no era consciente de la descompensación que presentaba, mostrando aquélla su conformidad con el establecimiento de las medidas de apoyo y aceptando que las asumiera cualquiera de sus progenitores, aunque mostrando su preferencia por el padre.

En consecuencia, nombró al padre como curador con facultades de representación: en el ámbito personal, en orden a consentir tratamientos médicos y su internamiento cuando se descompensara de su enfermedad y hasta su estabilización; y, en el ámbito económico, respecto de los actos de administración y disposición económica y celebración de contratos, debiendo solicitar autorización judicial en los supuestos contemplados en el [art. 287 CC \(LA LEY 1/1889\)](#), no siendo necesario nombrar un curador para el resto de apoyos que precisaba, dado que los efectuaban sus padres, como guardadores de hecho, sin problema alguno.

D) Dificultad para seguir ejercitando la guarda de hecho

Otro caso que puede determinar la constitución de una curatela es la existencia de una dificultad para seguir desempeñando adecuadamente la guarda de hecho, lo que pueda llevar al guardador a desistir de sus funciones ([art. 267.3º CC \(LA LEY 1/1889\)](#)).

La SAP Valencia (Sección 10ª) 20 octubre 2021, rec. n.º 265/2021 (ECLI:ES:APV:2021:3743 (LA LEY 265325/2021)) constituyó una curatela en apoyo de una persona con un cuadro negativo de esquizofrenia típico, que recibía atención domiciliaria, la cual tenía una conciencia ambivalente de su enfermedad, por lo que no era posible asegurar que siguiera el tratamiento médico, necesitando, además, supervisión para organizar adecuadamente las actividades de la vida diaria.

La madre, con quien vivía, era su guardadora de hecho y administraba las dos pensiones que percibía (por orfandad y minusvalía), pero tenía 84 años y necesitaba que su hija mayor acudiera diariamente a la vivienda, para encargarse de hacer la comida, la limpieza y atenderla. En estas condiciones parece razonable que se estableciera una curatela, nombrando como curadora a la hermana mayor (de acuerdo con la preferencia manifestada por la persona con discapacidad).

VI. Alcance de la voluntad de la persona con discapacidad en orden al establecimiento y ejercicio de las medidas de apoyo

La atención a «la voluntad, deseos y preferencias de la persona» con discapacidad como criterio de inspiración de las medidas de apoyo ha planteado dos problemas prácticos, que han llegado al Tribunal Supremo.

1. Posibilidad de establecer medidas judiciales de apoyo contra la voluntad del afectado

El primero de dichos problemas es el de determinar si es posible establecer medidas judiciales de apoyo en beneficio de una persona que las rechaza expresamente, lo que, obviamente, supone ir en contra de su voluntad.

La [STS \(Sala 1ª\) 8 septiembre 2021, rec. n.º 4187/2019 \(LA LEY 147318/2021\)](#) (ECLI:ES:TS:2021:3276), ha resuelto este problema afirmativamente, considerando que es posible adoptarlas, a pesar de la clara oposición de la persona con discapacidad, cuando existe una necesidad asistencial, cuya ausencia está provocando un grave deterioro personal y una degradación que le impide el ejercicio de sus derechos y las necesarias relaciones con las personas de su entorno, principalmente, con sus vecinos.

Concretamente, consideró adecuado sujetar a curatela a una persona que sufría el síndrome de Diógenes. Afirma, así que «El trastorno no sólo le provoca esa situación clara y objetivamente degradante, como persona, sino que además le impide advertir su carácter patológico y la necesidad de ayuda»; y añade: «No intervenir en estos casos, bajo la excusa del respeto a la voluntad manifestada en contra de la persona afectada, sería una crueldad social, abandonar a su desgracia a quien por efecto directo de un trastorno (mental) no es consciente del proceso de degradación personal que sufre. En el fondo, la provisión del apoyo en estos casos encierra un juicio o valoración de que, si esta persona no estuviera afectada por este trastorno patológico, estaría de acuerdo en evitar o paliar esa degradación personal».

En la jurisprudencia de instancia la SAP Santander (Sección 2ª) 29 octubre 2021, rec. n.º 343/2021 (ECLI:ES:APS:2021:1237 (LA LEY 197401/2021)), ha resuelto el caso de una persona con patología dual (esquizofrenia paranoide y consumo de drogas), que sufría un incremento de las alteraciones conductuales con varios ingresos hospitalarios, así como una exposición recurrente a situaciones de riesgo derivadas de una conducta desorganizada (sin domicilios estables, vivía en la calle) con gastos innecesarios y excesivos, desatendiendo su propio bienestar personal (alimentación, tratamientos médicos y seguridad).

Ha mantenido la curatela acordada por una anterior sentencia (recaída en otro procedimiento), en orden a la asistencia de las decisiones que afectaran al lugar de residencia, salud y autocuidado y a la gestión de los recursos socio sanitarios o residenciales que le fueran reconocidos; y, en la esfera patrimonial, respecto de la administración o disposición de sus bienes, salvo el manejo de dinero de bolsillo.

Dice, así, que «El propósito de abandonar autónomamente el consumo de sustancias tóxicas fuera del centro en el que se encuentra actualmente ingresada —que ha sido verbalizado de manera vehemente por la actora— se patentiza irreal, siendo, una vez más, expresión de la ausencia de una aquilatada percepción de la gravedad y alcance de su afectación».

Nombró como curador a una fundación ante «la imposibilidad de recurrir al control y a la asistencia de familiares y a la demostrada insuficiencia de la antecedente supervisión externa del curador».

2. ¿Existe un interés superior de la persona con discapacidad que puede prevalecer sobre su voluntad?

El segundo de los problemas es decidir si, en las ocasiones que la persona sujeta a medidas de apoyo tiene gravemente mermada su capacidad para tomar decisiones, por padecer una enfermedad de carácter mental, es posible acudir al principio del interés superior del incapaz para adoptar decisiones que objetivamente se consideren convenientes para su bienestar, en contra de su voluntad.

El problema surge porque el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en sus Observaciones, de 19 de mayo de 2014, ha declarado que «El principio del *interés superior* no es una salvaguardia que cumpla con el artículo 12 [de la Convención] en relación con los adultos, afirmando que "El paradigma de *la voluntad y las preferencias*" debe reemplazar al del *interés superior* para que las personas con discapacidad disfruten del derecho a la capacidad jurídica en condiciones de igualdad con los demás» (núm. 21).

Sin embargo, no es esta la posición que ha seguido la STS (Sala 1ª) 6 mayo 2021, rec. n.º 2235/2020 (ECLI:ES:TS:2021:1894 (LA LEY 48409/2021)), que ha considerado procedente someter a curatela a una persona que sufría una esquizofrenia paranoide, en atención a su enfermedad, que le ha provocado un grado parcial de autonomía limitada.

Al sistematizar los principios inspiradores de la regulación contenida en la [Ley 8/2021 \(LA LEY 12480/2021\)](#) (aunque todavía no se hallaba en vigor), se refiere al «Principio del interés superior de la persona con discapacidad, que explica del siguiente modo: "El interés superior del discapacitado se configura como un principio axiológico básico en la interpretación y aplicación de las normas reguladoras de las medidas de apoyo, que recaigan sobre las personas afectadas. Se configura como un auténtico concepto jurídico indeterminado o cláusula general de concreción, sometida a ponderación judicial según las concretas circunstancias de cada caso. La finalidad de tal principio radica en velar preferentemente por el bienestar de la persona afectada, adoptándose las medidas que sean más acordes a sus intereses, que son los que han de prevalecer en colisión con otros concurrentes de terceros"».

A mi parecer, es claro que cuando una persona tenga afectada su capacidad para formar libremente su voluntad, por sufrir una enfermedad que le impida tomar conciencia del estado en que se halla y comprender que necesita la ayuda que rechaza, será posible, en su interés, adoptar decisiones que contraríen sus deseos. En definitiva, será necesario acudir a un parámetro objetivo, que obviamente, no estará basado en «la voluntad, deseos y preferencias de la persona» con discapacidad. Ahora bien, a estos efectos, en vez de recurrir a un principio que categoriza a una clase de personas, las que sufren una discapacidad, sería más conveniente invocar el principio constitucional, de alcance general, de dignidad de la persona ([art. 10.1 CE \(LA LEY 2500/1978\)](#)) (de toda persona), que trasciende a su pura voluntad. No puede olvidarse que, conforme al nuevo [art. 249.I CC \(LA LEY 1/1889\)](#) las «medidas de apoyo deberán estar inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales».

VII. Los principios de necesidad y de proporcionalidad

Conforme al art. 249.I, *in fine*, CC, las medidas de apoyo «deberán ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad», lo que significa que deben ser las estrictamente necesarias para garantizar que, en el caso concreto, la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica.

El [art. 268.I CC \(LA LEY 1/1889\)](#) prevé que «Las medidas tomadas por la autoridad judicial en el procedimiento de provisión de apoyos serán proporcionadas a las necesidades de la persona que las precise, respetarán siempre la máxima autonomía de esta en el ejercicio de su capacidad jurídica y atenderán en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias», lo cual, sin embargo, debe entenderse, sin perjuicio de lo ya dicho respecto a la posibilidad de acudir al principio constitucional de dignidad para adoptar decisiones contrarias a los deseos de la persona a quien se quiere proteger, cuando la misma tenga gravemente afectada su capacidad de discernimiento.

Los principios de proporcionalidad y de necesidad eran ya aplicados por la jurisprudencia anterior a la publicación de la Ley 8/2021, a través del llamado principio de flexibilidad

No puede dejar de evidenciarse que los principios de proporcionalidad y de necesidad eran ya aplicados por la jurisprudencia anterior a la publicación de la [Ley 8/2021 \(LA LEY 12480/2021\)](#), a través del llamado principio de flexibilidad, plasmado en la doctrina del «traje a medida», que llevó a considerar que la tutela (entonces siempre representativa) sólo debía constituirse cuando la curatela (que era meramente asistencial) no fuera suficiente para atender a las necesidades del incapacitado.

La STS (Sala 1ª) 18 julio 2018, rec. n.º 4374/2017 (ECLI:ES:TS: 2018:2805 (LA LEY 87516/2018)), dice, así, que «El juicio sobre la modificación de la capacidad no es algo rígido, sino flexible, en tanto que debe adaptarse a la concreta necesidad de protección de la persona afectada por la discapacidad, lo que se plasma en su graduación. Esta graduación puede ser tan variada como variadas son en la realidad las limitaciones de las personas y el contexto en que se desarrolla la vida de cada una de ellas. Estamos, en definitiva, ante lo que esta sala ha calificado como traje a medida».

1. El carácter subsidiario de la curatela, en general, y de la representativa, en particular

La constitución de la curatela, incluso, con carácter meramente asistencial, es una medida excepcional, esto es, en defecto de medidas de carácter voluntario y de existencia de guarda de hecho que funcione adecuadamente.

Se explica, así, que «La autoridad judicial constituirá la curatela mediante resolución motivada cuando no exista otra medida de apoyo suficiente para la persona con discapacidad» ([art. 269.I CC \(LA LEY 1/1889\)](#)).

Con mayor razón, será más excepcional, la constitución de una curatela con facultad de representación, de modo que «"Sólo en los casos excepcionales en los que resulte imprescindible por las circunstancias de la persona con discapacidad, la autoridad judicial determinará en resolución motivada los actos concretos en los que el curador habrá de asumir la representación de la persona con discapacidad" (art. 269.III CC)». Ello sucederá cuando, «pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona» (solo, en este caso, se considerará necesario y proporcional el establecimiento de una curatela representativa), debiendo ejercitarse la facultad de representación, teniendo «en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación» (art. 249.III CC).

La SAP Murcia (Sección 4ª) 8 octubre 2021, rec. n.º 2296/2019 (ECLI:ES:APMU:2021:2429 (LA LEY 254322/2021)), revocó la sentencia (dictada antes de la entrada en vigor de la [Ley 8/2021 \(LA LEY 12480/2021\)](#)), que había sujetado a tutela a una persona que padecía una esquizofrenia paranoide, la cual, al haber abandonado su medicación, había tenido que ser ingresada hospitalariamente en diversas ocasiones, nombrando para el cargo de tutor a una fundación, a la que había encomendado el cuidado de la persona y la administración de sus bienes.

Reconoce que la esquizofrenia provoca «una clara necesidad asistencial, cuya ausencia está provocando un grave deterioro personal», lo que justifica «la adopción de las medidas asistenciales (proporcionadas y respetando la máxima autonomía de la persona), aun en contra de la voluntad del interesado», «pues cuando no está controlada la administración de medicamentos, se descompensa, con un grave deterioro de su estado mental y de los cuidados de su propia persona y entorno».

De acuerdo con la nueva regulación, suprime la tutela, pero no establece una curatela con facultades de representación, sino una curatela meramente asistencial a cargo de la misma fundación y, exclusivamente, para apoyar a la persona con discapacidad en la aplicación de su tratamiento médico y farmacológico (apoyo, supervisión y evolución del mismo, así como supervisión del estado de salubridad de la vivienda), reconociendo, en cambio, a aquélla el pleno ejercicio de la capacidad para administrar sus bienes, al haber quedado probada su correcta actuación en este ámbito.

La SAP Valencia (Sección 10ª) 20 octubre 2021, rec. n.º 45/2020 (ECLI:ES:APV:2021:3651 (LA LEY 265322/2021)) revocó la sentencia (también dictada antes de la entrada en vigor

de la [Ley 8/2021 \(LA LEY 12480/2021\)](#)), que había incapacitado parcialmente a una persona con un cuadro afectivo, vinculado a un trastorno depresivo mayor recurrente y a otro, de ansiedad generalizada grave, de evolución crónica y prolongado en el tiempo, que podía presentar descompensaciones agudas recurrentes, imprevisibles temporalmente.

«Sus capacidades de autogobierno requieren de ligera supervisión de terceras personas, siendo autónomo para la mayoría de las actividades». Por ello, la Audiencia consideró procedente establecer en favor de la persona con discapacidad una curatela (encomendada al IVASS), pero, con carácter meramente asistencial, excluyendo que, en este caso, pudiera tener carácter representativo, pues «es posible determinar la voluntad, los deseos y las preferencias de la persona demandada, a tenor de sus manifestaciones hechas en la vista de apelación», y, además, es «la medida más adecuada y proporcionada» para «procurar la adecuada toma de medicación y el seguimiento del tratamiento médico prescrito» y para supervisar «los actos patrimoniales de mayor trascendencia, que son los de naturaleza económica enunciados en el [artículo 287 del Código Civil \(LA LEY 1/1889\)](#)» (ámbitos estos, a los que se circunscribe la curatela).

2. La apreciación de la necesidad en el momento en que se pretenden establecer las medidas judiciales de apoyo

La necesidad ha de ser apreciada en atención a la situación actual de la persona, no, en atención a circunstancias pasadas o riesgos futuros.

La SAP La Coruña (Sección 4ª) 8 octubre 2021, rec. n.º 547/2021 (LA LEY 244174/2021) (ECLI:ES:APC:2021:2310), conoció del caso de una persona de 77 años, de movilidad reducida (usaba silla de ruedas), que vivía en un centro de mayores, la cual, cuando todavía residía en su casa, había sufrido un episodio psicótico con ideas delirantes de tipo persecutorio (personas que entraban en su casa para cambiarle las cosas de sitio o robar, conspiraciones para hacerle daño a ella y a su familia mediante contaminación nuclear o brujería), a raíz del cual fue ingresada durante 20 días en el servicio de Psiquiatría de un Hospital, refiriéndose en el informe de alta hospitalaria dos antecedentes similares de la paciente durante su vida en un país extranjero, al parecer sin ingreso hospitalario, respondiendo favorablemente al tratamiento hospitalario y aceptando la medicación inyectable periódica que los médicos le prescribieron (el diagnóstico final fue de trastorno delirante).

La Audiencia revocó la sentencia que había sujetado a curatela a la persona con discapacidad y había nombrado para el ejercicio de la misma a uno de los hijos (que, como

defensor judicial de la madre, se había opuesto a la medida) en los ámbitos referentes a su salud y a la realización de actos patrimoniales de alcance significativo.

Entiende, por el contrario, que la madre «no precisa actualmente que se adopten medidas de apoyo para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica»; su «minusvalía física la hace, sin duda, dependiente de la ayuda de terceros para la realización de actividades cotidianas, para las que recibe asistencia profesional y directa del personal de la residencia donde actualmente vive, e indirectamente mediante el contacto habitual que mantiene con sus dos hijos», pero, en el aspecto intelectual y cognitivo, no se aprecian «indicios de que tenga limitada su capacidad para la toma de decisiones que afecten a su esfera personal y patrimonial»; «la persistencia a modo de "recuerdos" de ideas delirantes generadas durante un anterior episodio psicótico— no tiene porqué limitar la capacidad de una persona para adoptar decisiones en ámbitos no condicionados por el delirio»; «ni siquiera es un riesgo valorable, en este caso, el de una descompensación futura», porque la interesada «vive actualmente en un ámbito controlado y ha evolucionado satisfactoriamente desde el último episodio psicótico que padeció hace ya tres años».

La SAP La Coruña (Sección 3ª) 20 octubre 2021, rec. n.º 267/2021 (LA LEY 242184/2021) (ECLI:ES:APC:2021:2304), en relación con una persona con trastorno bipolar de tipo I, ha suprimido la curatela establecida en favor del hermano a los únicos efectos del control de su medicación y, en su caso, supervisión médica, contra el parecer del propio hermano y del médico psiquiatra que la venía atendiendo desde hacía unos meses.

Resalta la falta de constancia de que la persona enferma hubiese abandonado voluntariamente el tratamiento en alguna ocasión: acudía cada catorce días al centro de salud para ser inyectado, retiraba la medicación pautada y tenía frecuentes consultas con el psiquiatra, residiendo, además, con su hermano en un medio rural, y tenía a su primo viviendo a unos cientos de metros; es decir, «tiene toda una red familiar y médica de apoyo que hace totalmente innecesario un sometimiento a controles especiales»; y la «posibilidad más o menos remota a que en un futuro pudiera producirse una descompensación no justifica, con la actual legislación, el sometimiento a ningún tipo de régimen de apoyo», máxime, «cuando, en cualquier caso, tiene a sus familiares cercanos que asumirían inmediatamente una guarda de hecho, por lo que en ningún caso procedería una curatela».

3. La especificación de los concretos actos para los que se requiere la intervención del curador

No cabe establecer una curatela, sea ésta asistencial o representativa, de alcance general, en relación con todos los actos de ejercicio de la capacidad jurídica, sino que la misma no debe ir más allá de los actos en que la intervención del curador sea estrictamente necesaria.

Así, como ya se ha dicho, si la necesidad de apoyo se limita a la esfera personal sanitaria, no hay por qué extenderla a los actos de carácter patrimonial, de administración o disposición de bienes [SAP Murcia (Sección 4ª) 8 octubre 2021, rec. n.º 2296/2019 (ECLI:ES:APMU:2021:2429 (LA LEY 254322/2021))], y, salvo casos muy extremos, se suele dejar siempre la posibilidad de disponer de una cierta cantidad de dinero de bolsillo [SAP Madrid (Sección 22ª) 25 octubre 2021, rec. n.º 1808/2019 (ECLI:ES:APM:2021:12716 (LA LEY 261571/2021))], aunque sea pequeña, por ejemplo, 40 euros mensuales [SAP Valencia (Sección 10ª) 16 septiembre 2021, rec. n.º 240/2020 (LA LEY 212410/2021) (ECLI:ES:APV:2021:3274)].

Por lo tanto, la resolución judicial que establezca la curatela asistencial «determinará los actos para los que la persona requiere asistencia del curador en el ejercicio de su capacidad jurídica atendiendo a sus concretas necesidades de apoyo» (art. 269.II CC); y lo mismo, cuando prevea una curatela representativa: «Los actos en los que el curador deba prestar el apoyo deberán fijarse de manera precisa, indicando, en su caso, cuáles son aquellos donde debe ejercer la representación» (art. 269.IV CC).

Es, por ello, que llama la atención la SAP Palma de Mallorca (Sección 4ª) 5 octubre 2021, rec. n.º 68/2021 (LA LEY 230225/2021) (ECLI:ES:APIB:2021:2333), que ha sustituido el tutor (nombrado en sentencia de primera instancia) por curador (en ambos casos, Fundación Tutelar), confiriendo a ésta amplísimas facultades de representación (lo que recuerda a las antiguas incapacitaciones) en los siguientes ámbitos. Personales: autocuidado (aseo personal, vestirse, comer, desplazamientos) e instrumentales cotidianos (comprar, preparar la comida, limpiar la casa, respuesta ante la necesidad de ayuda). Salud: manejo de los medicamentos, citas médicas, reconocimientos médicos, seguimiento de pautas alimentarias, y autocuidado (cuidado de las heridas, úlceras, etc.), consentimiento de tratamiento médico, rehabilitación, pruebas diagnósticas, intervenciones quirúrgicas e ingreso residencial. Patrimonial: conocimiento de su situación económica; capacidad para el manejo diario de dinero de bolsillo (gastos de uso cotidiano de carácter menor); capacidad de tomar decisiones de contenido económico (seguimiento efectivo de sus cuentas corrientes, de sus ingresos, gastos, etc.); capacidad para operar con cajas de ahorro y bancos (incluso entidades extranjeras), abrir, seguir y cancelar cuentas y tarjetas corrientes y de crédito; ingresar y retirar cantidades en metálico, obtener saldos, firmar y suscribir cheques, pagarés, resguardados y cuantos documentos se precisen para los fines

mencionados, tanto presencial como telemáticamente; realizar cualquier tipo de operaciones del tráfico bancario; capacidad para la contratación, rescisión y rescate de seguros de vida, salud, hogar, vehículos, fondos de pensiones, acciones, fondos de inversión, etc.; capacidad para otorgar poderes a favor de terceros; capacidad para conocer el alcance de préstamo, donaciones, cualesquiera actos de disposición patrimonial; y capacidad para la contratación y/o realización de declaraciones fiscales y tributarias.

Conforme al [art. 269.V CC \(LA LEY 1/1889\)](#), «En ningún caso podrá incluir la resolución judicial la mera privación de derechos».

En consecuencia, la SAP La Coruña (Sección 3ª) 20 octubre 2021, rec. n.º 267/2021 (LA LEY 242184/2021) (ECLI:ES:APC:2021:2304). ha revocado la sentencia recaída en un juicio de modificación de capacidad de obrar, que le había privado del manejo de armas, constatando que, tras la entrada en vigor de la [Ley 8/2021 \(LA LEY 12480/2021\)](#), la simple prohibición de manejo de armas no está permitida como medida de apoyo y salvaguardia.

4. La revisión periódica de las medidas de apoyo

También son garantía de respeto de los principios de necesidad y de proporcionalidad la revisión de las medidas previstas en el art. 268.II CC.

Según el precepto, «Las medidas de apoyo adoptadas judicialmente serán revisadas periódicamente en un plazo máximo de tres años. No obstante, la autoridad judicial podrá, de manera excepcional y motivada, en el procedimiento de provisión o, en su caso, de modificación de apoyos, establecer un plazo de revisión superior que no podrá exceder de seis años». «Sin perjuicio de lo anterior, las medidas de apoyo adoptadas judicialmente se revisarán, en todo caso, ante cualquier cambio en la situación de la persona que pueda requerir una modificación de dichas medidas (art. 268.III CC).

Ahora bien, los principios de necesidad y de proporcionalidad pueden llevar a que la resolución que establece las medidas de apoyo prevea plazos de revisión más breves, en atención a las circunstancias del caso.

Así lo ha hecho la [STS \(Sala 1ª\) 8 septiembre 2021, rec. n.º 4187/2019 \(LA LEY 147318/2021\)](#) (ECLI:ES:TS:2021:3276), la cual ha constituido una curatela en apoyo de una persona con el síndrome de Diógenes, pero estableciendo «la revisión cada seis meses del resultado de las medidas y la incidencia práctica que hayan podido tener»; y, precisando que, «A la hora de prestar el apoyo, la curadora debería esmerarse en conseguir la colaboración del interesado y sólo en los casos en que sea estrictamente necesario podrá

recabar el auxilio imprescindible para asegurar el tratamiento médico y asistencial de [la persona con discapacidad], así como realizar las tareas de limpieza e higiene necesarias».

VIII. La supresión de la patria potestad prorrogada y rehabilitada

La [Ley 8/2021 \(LA LEY 12480/2021\)](#) ha suprimido la patria potestad prorrogada y rehabilitada.

En la Exposición de Motivos se dice que «se eliminan del ámbito de la discapacidad no sólo la tutela, sino también la patria potestad prorrogada y la patria potestad rehabilitada, figuras demasiado rígidas y poco adaptadas al sistema de promoción de la autonomía de las personas adultas con discapacidad que ahora se propone. En este sentido, conviene recordar que las nuevas concepciones sobre la autonomía de las personas con discapacidad ponen en duda que los progenitores sean siempre las personas más adecuadas para favorecer que el hijo adulto con discapacidad logre adquirir el mayor grado de independencia posible y se prepare para vivir en el futuro sin la presencia de sus progenitores, dada la previsible supervivencia del hijo; a lo que se añade que cuando los progenitores se hacen mayores, a veces esa patria potestad prorrogada o rehabilitada puede convertirse en una carga demasiado gravosa. Es por ello que, en la nueva regulación, cuando el menor con discapacidad llegue a la mayoría de edad se le prestarán los apoyos que necesite del mismo modo y por el mismo medio que a cualquier adulto que los requiera».

La supresión es coherente con el nuevo tratamiento de la discapacidad, pues, suprimida la incapacitación, no es posible prorrogar o rehabilitar la patria potestad, que confiere a los progenitores la representación legal de los hijos y, por lo tanto, comporta una actuación sustitutiva en nombre de los mismos.

Así pues, en caso de existencia de hijos con discapacidad, partiendo del principio de razonable desjudicialización que inspira la [Ley 8/2021 \(LA LEY 12480/2021\)](#), parece que más pertinente es, en principio, acudir a la guarda de hecho. No obstante, es posible promover, cuando proceda, medidas de apoyo, pudiendo ser nombrados curadores los progenitores (solo excepcionalmente, con facultades de representación), teniendo en cuenta que el actual art. 91.II CC permite al juez establecer en la sentencia de nulidad, separación o divorcio medidas de apoyo en favor de los hijos comunes mayores de dieciséis años que, por razón de su discapacidad, «las necesitaren, previa audiencia de los mismos, las cuales entran en vigor, cuando alcancen la mayoría de edad».

La SAP Pontevedra (Sección 3ª) 21 septiembre 2021, rec. n.º 356/2021 (LA LEY 218433/2021) (ECLI:ES:APPO:2021:2086) ha sustituido la patria potestad rehabilitada,

establecida en la sentencia recurrida (dictada antes de la entrada en vigor de la [Ley 8/2021 \(LA LEY 12480/2021\)](#)), por una curatela asistencial con la anuencia de la persona con discapacidad, que, según el informe del Médico Forense, necesitaba supervisión y ayuda en gran parte de las tareas de su vida cotidiana, pero no una sustitución, recibiendo un tratamiento adecuado, y, si bien no era previsible una mejoría, tampoco un empeoramiento en los próximos diez años.

Se nombró como curadora asistencial a la madre, «quien explica la convivencia actual de ambas, la normalidad de su relación y el control efectivo que viene realizando sobre las actividades de su hija», asistiéndola en todas las actividades de disposición de dinero y de otorgamiento de actos jurídicos con contenido económico (sin perjuicio de que la madre siga entregando a la hija una cantidad periódica para los gastos cotidianos, sin que se fije una cifra concreta, al haber aceptado ésta dejarlo al buen criterio de aquélla), así como la supervisión de los controles médicos de su enfermedad y del seguimiento del tratamiento diario.

Cabe dudar de si, en este caso, no hubiera sido más procedente reconocer a la madre como guardadora de hecho, si bien consta el consentimiento de la persona con discapacidad a la constitución de la tutela, extremo este, al que los tribunales de instancia dan importante relevancia.

Por último, hay que tener en cuenta que la Disposición transitoria segunda, III, prevé que «Quienes ostenten la patria potestad prorrogada o rehabilitada continuarán ejerciéndola hasta que se produzca la revisión a la que se refiere la disposición transitoria quinta».

Conforme a dicha disposición, «los progenitores que ostenten la patria potestad prorrogada o rehabilitada», «podrán solicitar en cualquier momento de la autoridad judicial la revisión de las medidas que se hubiesen establecido con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley, para adaptarlas a esta». Dicha revisión «deberá producirse en el plazo máximo de un año desde dicha solicitud». Cuando no se presente dicha solicitud, «la revisión se realizará por parte de la autoridad judicial de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal en un plazo máximo de tres años».