

EL SISTEMA DE APOYOS A LAS PERSONAS CON
DISCAPACIDAD EN DERECHO ARAGONÉS

*THE SUPPORT SYSTEM FOR PERSONS WITH DISABILITIES IN
ARAGONESE LAW*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 17, ISSN: 2386-4567, pp. 48-79



Aurora LÓPEZ
AZCONA

ARTÍCULO RECIBIDO: 25 de marzo de 2022

ARTÍCULO APROBADO: 25 de abril de 2022

RESUMEN: Desde 2006 (Ley de Derecho de la Persona), la Comunidad Autónoma de Aragón cuenta con un régimen jurídico completo en materia de apoyos a las personas con discapacidad, al amparo de su competencia en materia de Derecho civil propio ex art. 149.1.8º CE y en línea con su tradición jurídica. Al examen de este sistema todavía no revisado se dedican las siguientes líneas, no sin detectar sus aciertos y déficits a la luz de la Convención UN sobre los derechos de las personas con discapacidad.

PALABRAS CLAVE: Derecho aragonés; discapacidad; sistema de apoyos.

ABSTRACT: *The Community of Aragon has had a complete legal regime on support for persons with disabilities since 2006 (Personal Law Act), based on their civil law competence of the art. 149.1.8º CE and following its legal tradition. In this work he analyses this as yet unrevised legal system, in order to detect its strengths and weaknesses with regard to the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities.*

KEY WORDS: *Aragonese Civil Law; disability; support system.*

SUMARIO.- I. PREVIO.- II. DISPOSICIONES GENERALES.- III. MODOS DE DELACIÓN.- I. Delación voluntaria.- A) Delación hecha por uno mismo.- B) Delación hecha por los titulares de la autoridad familiar.- C) Pluralidad de designados y delaciones incompatibles.- D) Vinculación de la delación voluntaria.- E) Mandato preventivo y con cláusula de subsistencia.- F) Publicidad de la delación voluntaria y de los mandatos de autoprotección.- 2. Delación dativa.- 3. Delación legal.- IV. PROMOCIÓN Y CONSTITUCIÓN.- V. CAPACIDAD, EXCUSA Y REMOCIÓN.- I. Capacidad e idoneidad. Las causas de inhabilidad.- 2. Excusa.- 3. Remoción.- VI. LA TUTELA.- I. Introducción.- 2. Estructura.- 3. Contenido.- A) Funciones de índole personal.- B) Funciones de índole patrimonial.- 4. Obligaciones del tutor antes de entrar en el ejercicio del cargo.- A) Prestación de fianza.- B) Formalización de inventario de los bienes del tutelado.- 5. Extinción de la tutela.- 6. Obligaciones del tutor al cese de sus funciones.- A) Rendición de la cuenta general.- B) Restitución de los bienes del tutelado.- VII. LA CURATELA.- VIII. EL DEFENSOR JUDICIAL.- IX. LA AUTORIDAD FAMILIAR PRORROGADA O REHABILITADA.- X. LA GUARDA DE HECHO.- XI. LA ADMINISTRACIÓN VOLUNTARIA.

I. PREVIO.

Desde 2006 el Derecho civil aragonés dispone de un régimen jurídico completo en materia de medidas de apoyo de personas con discapacidad. Esta regulación no carece de precedentes en Derecho histórico, toda vez que, como se indica en el propio Preámbulo de la Ley de Derecho de la persona 2006, el Cuerpo de Fueros y Observancias "contenía un sistema propio de instituciones tutelares, completado, como en otros países, con los principios del Derecho común europeo"¹. Sucede, sin embargo, que en el periodo codificador la Comisión General de Codificación entendió que la tutela debía regirse en Aragón por el Código civil de 1889, salvo dos especialidades que se recogieron en el Apéndice de 1925, referentes a la delación voluntaria hecha por los progenitores (art. 8) y la capacidad de la mujer para ser tutora (art. 9).

El mismo criterio se siguió en el texto de la Compilación de 1967 definitivamente aprobado, donde se suprimió en su práctica totalidad el sistema tutelar proyectado por el Seminario de la Comisión de Jurisconsultos aragoneses para dedicarle únicamente los arts. 15 a 19 al objeto de incluir ciertas singularidades (tales como la posibilidad de delación en virtud de instrumento público o la inclusión de unos criterios de resolución en caso de concurrencia de pluralidad de delaciones voluntarias) respecto del sistema del Código civil que, por lo demás, regía en su totalidad. De este modo, el régimen de la Compilación resultaba muy fragmentario, a la par que ofrecía no pocos problemas de interpretación y, sobre todo, de integración con el régimen del Código civil.

¹ Para profundizar en su estudio puede consultarse LACRUZ BERDEJO, J.L.: "Informe sobre la tutela", en Comisión Compiladora del Derecho foral aragonés, *Informes del Seminario (1954-1958)*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, vol. I, pp. 245-350.

• Aurora López Azcona

Profesora Titular de Derecho civil. Correo electrónico: alopaz@unizar.es.

Es por ello que el legislador aragonés en 2006 decidió regular con detalle las “instituciones tutelares” en virtud de la Ley de Derecho de la Persona (Título III: arts. 87 a 155). A tal efecto, según puede leerse en su propio Preámbulo, se inspiró en el sistema tutelar propio del Derecho histórico aragonés, si bien debidamente adecuado a los principios que en aquel momento regían en materia de protección de las personas con discapacidad. En general, el sistema no se aparta en sus rasgos esenciales del formulado en el Código civil desde 1983 hasta 2021, de tal manera que bien puede calificarse de tutela de autoridad, en cuanto que el nombramiento de los cargos tutelares sigue correspondiendo como regla al Juez, así como su vigilancia y control; esta última función compartida con el Ministerio Fiscal. No obstante, de una parte, se potencia la autonomía de los particulares a través de las figuras de la delación voluntaria y el mandato de autoprotección; y de otra, se refuerzan los rasgos familiares de los cargos tutelares (en particular, del tutor y curador), atribuyéndoles las funciones de los titulares de la autoridad familiar y dando entrada a la Junta de Parientes en caso de oposición de intereses con la persona con discapacidad.

En la actualidad, tras la refundición de las leyes civiles aragonesas en virtud del Decreto legislativo 1/2011, de 22 de marzo, el régimen de las relaciones tutelares se encuentra contenido en el Título III del Libro I del Código del Derecho Foral de Aragón (arts. 100 a 169).

Ahora bien, importa advertir el desfase actualmente existente en esta materia entre la legislación aragonesa y la estatal, tras la profunda modificación de que ha sido objeto esta última por la Ley 8/2021 al objeto de su debida adecuación a la Convención UN sobre los derechos de las personas con discapacidad.

Sucede así que el régimen aragonés actualmente vigente, en un planteamiento muy alejado al de la Convención UN 2006, sigue contemplando la posibilidad de privar o limitar la capacidad de las personas con discapacidad, a la par que configura un sistema de protección o apoyo a las mismas en el que prima el modelo de sustitución en la toma de decisiones (mediante la tutela ordinaria y administrativa) sobre el modelo de asistencia en la toma de decisiones (a través de la curatela). Urge, por tanto, que el legislador aragonés, de una parte, suprima toda referencia a la incapacitación, al objeto de su debida adecuación a la nueva legislación procesal; y, de otra, articule un nuevo sistema de apoyos a las personas con discapacidad acorde con los principios inspiradores de la Convención UN 2006, de tal manera que priorice el modelo asistencial y sólo muy excepcionalmente opte por figuras de apoyo de índole representativo. Parece oportuno, no obstante, que siga manteniendo la preferencia de las medidas voluntarias sobre las judiciales de apoyo, en cuanto resulta acorde, ya no sólo a uno de los principios inspiradores del Derecho civil aragonés como es el *standum est chartae* (art. 3 CDFA), sino, por

añadida, al principio de respeto a la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad consagrado por la Convención UN 2006.

No obstante, entre tanto no prospere la reforma del CDFA (en estos momentos, en estado incipiente), se impone un esfuerzo adicional por parte de los operadores jurídicos dirigido a su necesaria armonización con el nuevo tratamiento de la discapacidad que adopta la Convención. Ello pasa fundamentalmente por acudir a la tutela o, en su caso, a la curatela patrimonial representativa cuando sea estrictamente necesario por no poder la persona con discapacidad tomar sus propias decisiones en todos o buena parte de los asuntos de su incumbencia, pero sin que la discapacidad justifique, en todo caso, la sustitución en la toma de decisiones. Por añadidura, haciéndome eco de la certera doctrina acuñada por el Tribunal Supremo sobre el “traje a medida”, en este ínterin se intensifica la necesidad de adoptar en cada caso la concreta medida adoptada a la específica necesidad apoyo de la persona con discapacidad, eludiendo la rigidez resultante del art. 39 CDFA que equipara la situación jurídica del incapacitado sujeto a tutela a la del menor de 14 años y la del incapacitado sujeto a curatela a la del menor mayor de 14 años

II. DISPOSICIONES GENERALES.

El régimen del CDFA se inicia con una serie de previsiones de aplicación general, contenidas en el Capítulo I: los arts. 100 a 106.

El art. 100 se limita a enumerar las actuales instituciones tutelares y especifica la finalidad común a todas ellas. Así, de acuerdo con su ap. 1º, son instituciones tutelares la tutela (en sus dos modalidades, ordinaria y administrativa), la curatela y el defensor judicial. A todas ellas, con una visión exclusivamente asistencial, se les atribuye como finalidad la guarda y la protección de las personas con discapacidad, ya sea en el ámbito personal y/o patrimonial. Junto a las instituciones tutelares, el ap. 2º contempla adicionalmente otros instrumentos tuitivos como son la guarda de hecho (medida de apoyo meramente fáctico, sin investidura formal) y la guarda administrativa (guarda a asumir por la Administración en situaciones transitorias de inasistencia). A ello añadir las figuras de la autoridad familiar prorrogada y rehabilitada de los arts. 41 a 45 y del administrador voluntario del art. 107.

Ahora bien, por lo que hace a las personas con discapacidad esta finalidad exclusivamente protectora que atribuye el CDFA a las instituciones mencionadas debe ser modulada necesariamente con los nuevos principios inspiradores sobre la materia, tal y como se formulan en los arts. 3.a y 12.4 Convención UN 2006 como son el principio de no discriminación por razón de la discapacidad, el de respeto a la dignidad, el de respeto a la autonomía y las decisiones personales, el

de proporcionalidad, el de temporalidad, el de revisión necesaria y el de apoyo desinteresado y leal. Ello con base en la consideración por dicho texto internacional de las personas con discapacidad ya no como meros objetos de protección, sino como sujetos titulares de derechos, en coherencia con el modelo social de la discapacidad que acoge².

El art. 101 enuncia los caracteres comunes a las instituciones tutelares. Así, en su ap. 1º declara que las funciones tutelares constituyen un deber; lo que significa que, en principio, es obligatorio desempeñar el cargo tutelar y que sólo se admite la excusa de su ejercicio en los casos legalmente previstos que no son otros que los del art. 126 del mismo cuerpo legal. Su ap. 2º atribuye carácter personal a los cargos tutelares, excluyendo la posibilidad de delegación. Asimismo, se refiere al “interés de la persona protegida” como principio que ha de inspirar el ejercicio de las funciones tutelares; principio este cuya pervivencia creo que puede defenderse en una futura reforma del Derecho aragonés, si bien debidamente conjugado con el del respeto a la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad consagrado en la Convención UN 2006 (art. 3.a, en relación con art. 12.4). De acuerdo con su ap. 3º, otros de sus caracteres son, de una parte, su sujeción al control judicial que regula detalladamente el art. 103; y, de otra, la gratuidad, conforme a las reglas del art. 105.

El art. 102 enumera los modos de delación. Atribuye así prioridad a la delación voluntaria a no ser que se haya establecido expresamente su remuneración que puede realizar tanto el propio interesado (art. 108) como los titulares de su autoridad familiar (art. 110). A falta de delación voluntaria o para completarla, las funciones tutelares se defieren por resolución judicial, dando lugar a la delación dativa que es, por tanto, supletoria y complementaria de aquélla (art. 115). Para las personas con discapacidad en desamparo la propia ley la que atribuye su tutela a la Entidad pública competente en su “protección” (“promoción de su autonomía y asistencia”, en la Ley 8/2021), sin intervención judicial, dando lugar a la delación legal (art. 119).

El art. 103 resulta coherente con el sistema de tutela de autoridad que rige en Derecho civil aragonés, si bien exige una relectura acomodada a las previsiones de la LJV, aprobada posteriormente al CDFa. Así, de la lectura conjunta de su ap. 1º con los arts. 30 y 45 LJV resulta que el nombramiento tanto del tutor como del curador corresponde al Juez, mientras que el del defensor judicial es competencia, en principio, del Letrado de la Administración de Justicia³.

2 De acuerdo con ÁLVAREZ LATA, N. y SEONE, J.A.: “El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad. Una revisión de los modelos de representación y guarda a la luz de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad”, *DPyC*, núm. 24, 2010, p. 19.

3 De acuerdo con BONET NAVARRO, Á.: “La reforma de la jurisdicción voluntaria y el Derecho civil aragonés” y CALATAYUD SIERRA, A.: *La reforma de la jurisdicción voluntaria y el Derecho civil aragonés*, en AA.VV., *Actas*

Es, asimismo, competencia judicial la adopción de las medidas de vigilancia y control de los cargos tutelares. En concreto, según resulta del art. 103.2 CDFA interpretado conjuntamente con el art. 45.4 LJV, en la delación voluntaria el Juez se encuentra vinculado a las medidas de fiscalización previstas por el interesado o los titulares de la autoridad familiar, salvo que no las considere acordes a su interés, en cuyo caso podrá adoptar otras alternativas. En cambio, en la delación dativa tales medidas sólo se adoptarán si así lo decide el Juez en la propia resolución constitutiva de la tutela o curatela o en una resolución posterior, ya sea de oficio o instancia del Ministerio Fiscal o del propio interesado, y siempre en atención al concreto interés de este. Por añadidura, el art. 103.3 CDFA le faculta a exigir al titular del cargo tutelar, en cualquier momento o periódicamente, un informe sobre la situación de la persona protegida y/o sobre la gestión patrimonial realizada.

Junto al control judicial, el mismo precepto confiere al Ministerio Fiscal una vigilancia permanente del ejercicio de las funciones tutelares (ap. 4º), así como la facultad, compartida con el Juez, de requerir al cargo tutelar para que le informe sobre la situación de la persona protegida tanto a nivel personal como en lo concerniente a la gestión de su patrimonio (ap. 3º).

El art. 103 se cierra con una previsión contenida en su ap. 5º, que declara, en consonancia con lo dispuesto en el art. 73 LRC 2011 y los arts. 30.3 y 46.5 LJV, la obligatoriedad de la inscripción en el Registro Civil de todas aquellas resoluciones sobre cargos tutelares (entiéndase, provisión de apoyos) provenientes de la Administración de Justicia; esto es, las referidas a la tutela ordinaria, curatela y defensor judicial.

El art. 104.1 reconoce a los cargos tutelares un derecho de reembolso por los gastos derivados del ejercicio de sus funciones, de tal manera que, de haberlos abonado aquél, podrá imputarlos al patrimonio de la persona protegida. Complementariamente, el art. 104.2 les reconoce un derecho de indemnización con cargo a los bienes de la persona protegida por los daños y perjuicios que padezcan como consecuencia del ejercicio de la correspondiente función tutelar sin culpa por su parte.

El art. 105 extiende la posibilidad de retribución a todos los cargos tutelares, excepto aquéllos que sean desempeñados por personas jurídicas públicas (Instituto Aragonés de Servicios Sociales, órgano dependiente del Gobierno de Aragón). En caso de alteración sobrevenida de las circunstancias de la institución tutelar dicha retribución será susceptible de modificación por la Junta de Parientes o, en su defecto, el Juez (art. 105.2).

de los XXVII Encuentros del Foro de Derecho Aragonés (2017), *El Justicia de Aragón*, Zaragoza, 2018, pp. 154 y 164, respectivamente.

Una última disposición referente a los cargos tutelares es el art. 106 que establece su responsabilidad por los daños de índole personal o patrimonial que puedan ocasionar a la persona protegida por su actuación negligente durante el ejercicio de su función⁴.

III. MODOS DE DELACIÓN.

Como es sabido, la delación es el mero llamamiento o designación para el nombramiento del cargo tutelar. Ahora bien, el llamado no accede al mismo por su mera aceptación, desde el momento en que en el sistema aragonés, el nombramiento o constitución de los cargos tutelares (salvo la tutela administrativa que se atribuye *ex lege*) corresponde a la Administración de Justicia⁵. Conforme al art. 102.1 CDFA, esta delación puede ser voluntaria, dativa o legal, según la designación sea hecha por el propio interesado o los titulares de su autoridad familiar, el Juez o la ley.

I. Delación voluntaria.

De modo acorde con el principio *standum est chartae* que inspira el Ordenamiento jurídico aragonés, así como al principio de respeto a la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad que consagra la Convención UN 2006, el CDFA atribuye preferencia a la delación voluntaria frente a la delación dativa (arts. 102 y 115). A partir de ahí, se admiten dos modalidades de delación voluntaria: de una parte, la delación hecha por uno mismo a que se refiere el art. 108; y de otra, la delación hecha por los titulares de la autoridad familiar (ya sean los padres o personas distintas por este orden: padrastro/madrastra, abuelos y hermanos mayores), que contempla el art. 110.

A) *Delación hecha por uno mismo.*

El art. 108 CDFA reconoce a las personas con discapacidad, en previsión a su futura “incapacitación” (entiéndase, provisión de medidas judiciales de apoyo),

4 Este precepto ha sido aplicado por la STSJ de Aragón de 20 noviembre 2014 (CENDOJ, Roj STSJ AR 1606/2014) que declara la responsabilidad de una tutora por su actitud negligente en la formalización del inventario del tutelado (por no incluir un fondo de inversión), así como en la disolución de su régimen económico matrimonial (por atribuir a dicho fondo la condición de privativo de la esposa del tutelado, en vez de carácter consorcial), lo que tuvo como consecuencia que la mitad del fondo quedase excluido del patrimonio de la persona protegida. E, igualmente, por la SAP Zaragoza núm. 73 de 14 marzo 2019 (CENDOJ, Roj SAP Z SAP Z 1054/2019) para declarar responsable a un ex tutor (removido en un proceso anterior) por los daños causados en el patrimonio de su hermano, por cuanto durante el ejercicio de la tutela se apropió de su pensión sin abonar la residencia donde lo internó, negándose, por añadidura, a la rendición final de cuentas a que le obliga el art. 145 CDFA.

5 PARRA LUCÁN, M.A: “Las relaciones tutelares” (aptdo. 4)”, en AA.VV., *Manual de Derecho civil aragonés*, Delgado Echeverría (dir.), Parra Lucán (coord.), 4ª ed., El Justicia de Aragón-Ibercaja, Zaragoza, 2012, pp. 208-209.

la facultad no sólo de designar el cargo tutelar, sino de configurar un régimen de tutela/curatela diferente al previsto legalmente.

Ahora bien, ello no significa que el interesado puede configurar su régimen tutelar sin límite alguno. Por el contrario, el contenido de la autotutela/autocuratela está sujeto a ciertos límites, tanto los derivados del principio *standum est chartae* de acuerdo con el art. 3 CDFA, como los específicos que fija el art. 108 para aquella. Así, en aplicación de los límites genéricos del principio *standum est chartae* el interesado no podrá incluir en su autotutela disposiciones que sean de imposible cumplimiento, que vulneren la Constitución o que sean contrarias a norma imperativa aragonesa. Junto a estos límites genéricos, el art. 108 CDFA prohíbe específicamente a aquél que haga uso de la autodelación excluir la función de vigilancia y control atribuidas al Juez y Ministerio Fiscal, así como designar o excluir del cargo tutelar a la Entidad pública competente en la “protección” (promoción de la autonomía y asistencia, en la Ley 8/2021) de las personas con discapacidad

Por añadidura, su otorgamiento se condiciona a unos determinados requisitos de validez, tanto de forma como de capacidad. En lo que atañe a la forma, la autodelación sólo puede otorgarse en escritura pública, lo que permite una adecuada apreciación de la capacidad del otorgante por parte del notario autorizante, a la par que el correspondiente asesoramiento y es coherente con el sistema de publicidad diseñado por el art. 111 CDFA para la delación voluntaria⁶. En lo que atañe a la capacidad, sólo se permite su otorgamiento a “los mayores de edad con capacidad suficiente”, en vista a su futura “incapacitación” (entiéndase, provisión judicial de apoyos). Quedan excluidos, por consiguiente, los menores de edad aún mayores de catorce años y, asimismo, los mayores carentes de “capacidad suficiente”, esto es, aquellas personas que no estén en condiciones de entender y querer las implicaciones de la delación voluntaria. A partir de ahí, dado que la autodelación sólo puede constar en escritura pública, corresponderá al notario autorizante dar fe de que, a su juicio, el interesado tiene la capacidad legal requerida (art. 145 Reglamento Notarial).

B) Delación hecha por los titulares de la autoridad familiar.

Junto al interesado, el art. 110 CDFA faculta a los titulares de su autoridad familiar aun prorrogada o rehabilitada (arts. 41 y 42 CDFA), ya sean los progenitores (art. 63 CDFA) o personas distintas (padrastra/madrastra, abuelos o hermanos mayores ex art. 85 a 87 CDFA), para designar el cargo tutelar y, en general, configurar el régimen tutelar de las personas con discapacidad que sigan bajo su autoridad, cuando llegue el día que no puedan ocuparse de ellos y corresponda

6 GARCÍA CANO, T.: “Autotutela y poderes preventivos”, en AA.VV., *Actas de los XV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés (2005)*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2006, p. 119.

la constitución de la tutela o curatela. El contenido de esta modalidad de delación voluntaria se conforma con la misma amplitud que el de la autotutela, lo que puede llevar a cuestionar su conformidad con el principio de autonomía personal de la persona con discapacidad que consagra la Convención UN 2006 y más desde el momento en que se encuentra vinculada a las figuras en exceso rígidas de la autoridad familiar prorrogada (cuya vigencia actual, por lo demás, es discutible) y rehabilitada.

Tal delación está sujeta a ciertas formalidades, al igual que la hecha por el propio interesado, si bien, a diferencia de esta, puede otorgarse no sólo en escritura pública, sino, en general, mediante "instrumento público notarial", lo que incluye el testamento otorgado ante notario, ya sea abierto o cerrado (art. 110.1).

En cualquier caso, la eficacia de esta delación voluntaria se supedita al fallecimiento del causante, de haberse efectuado en testamento; y, adicionalmente, a la imposibilidad del otorgante de ejercer la autoridad familiar por "causa no culpable" en el supuesto de haberse realizado en virtud de escritura pública (art. 110.2).

C) Pluralidad de designados y delaciones incompatibles.

El art. 112 CDFA permite en la delación voluntaria la designación de una pluralidad de cargos tutelares (limitados a dos), para actuar bien de modo simultáneo (y, en este caso, solidaria o conjuntamente) siempre que las delaciones sean compatibles, bien sucesivamente. Asimismo, permite tanto al propio interesado como a los titulares de la autoridad familiar nombrar administradores de todo o parte del patrimonio de la persona con discapacidad, distintos de los tutores o curadores y sin límite de número.

Complementario del anterior, el art. 113 CDFA establece unos criterios de resolución para el caso de que concurran varias delaciones voluntarias, ya procedan del mismo o de diferentes otorgantes.

D) Vinculación de la delación voluntaria.

De acuerdo con el art. 114.1 CDFA, el Juez está vinculado, como regla, a la delación voluntaria, de tal manera que sólo puede nombrar como tutor o curador a persona distinta a la designada voluntariamente por el interesado o los titulares de la autoridad familiar o, en general, desvincularse de las disposiciones propias de aquella cuando motivadamente razone que se ha producido una alteración sustancial de las circunstancias existentes en el momento de la delación voluntaria y, por añadidura, el interés de la persona con discapacidad exija prescindir de la delación voluntaria. Tal previsión ha sido recogida en el nuevo art.

272 Cc relativo a la autocuratela, si bien incorporando una segunda excepción al carácter vinculante de la delación voluntaria como es la “existencia de circunstancias gravemente desconocidas por la persona que las estableció”.

E) *Mandato de autoprotección.*

Junto a la delación voluntaria el CDFA articula un instrumento dirigido complementariamente a proteger la voluntad anticipada de la persona para el caso de que en un futuro vea mermada su capacidad de autogobierno, de tal forma que no pueda tomar sus propias decisiones ni gestionar sus asuntos. Me refiero al mandato de autoprotección⁷ que contemplan muy fragmentariamente sus arts. 109 y 114.2. Se configura así una medida de apoyo desjudicializado de personas con discapacidad que deciden voluntariamente organizar quién y cómo debe gestionar sus asuntos en su nombre⁸, lo que resulta acorde ya no sólo al *principio standum est chartae*, sino también al principio de respeto a la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad consagrado por la Convención UN 2006. A partir de ahí, en los términos en que se expresa el art. 109 CDFA tal medida de apoyo voluntario puede configurarse de dos maneras diferentes, bien como mandato preventivo o como mandato con cláusula de subsistencia. Sólo en caso de que la persona con discapacidad sea “incapacitada” (entiéndase, provista judicialmente de apoyos), el art. 114.2 CDFA faculta al Juez a declarar la extinción de tal mandato, ya sea en el mismo proceso, ya sea en un momento posterior a instancia del cargo tutelar nombrado.

F) *Publicidad de la delación voluntaria y de los mandatos de autoprotección.*

El art. 111 CDFA fija el sistema de publicidad de los instrumentos públicos notariales referidos en los arts. 108 a 110 (las previsiones sobre delación voluntaria hechas por el propio interesado o los titulares de la autoridad familiar y el mandato de autoprotección). En particular, impone al notario autorizante el deber de comunicarlos de oficio al Registro civil (en el sentido de remitir copia autorizada de la correspondiente escritura), al objeto de su debida constancia en la “inscripción de nacimiento” del interesado (el “registro individual” del interesado, conforme al art. 77 LRC 2011).

Tal publicidad permitirá que el Juez, a la hora de constituir la institución tutelar, recabe certificación del Registro Civil al objeto de comprobar la existencia de disposiciones sobre delación voluntaria (art. 133.2 CDFA, en relación con el art. 84.1, 2ª parte LRC 2011), dado su carácter, en principio, vinculante conforme al art. 114.1 CDFA. De igual modo, le permitirá corroborar la existencia de un mandato

7 Entiéndase mandato representativo, con LLORENTE SANSEGUNDO, I.: “La autotutela y los mandatos de protección en el Derecho aragonés”, *Revista de Derecho privado*, núm. 1, 2010, p. 66.

8 De acuerdo con PARRA LUCÁN, M.A.: “Las relaciones”, cit., p. 212.

de autoprotección, para decidir si declara o no su extinción, ya sea cuando constituya tutela/curatela, ya sea posteriormente a instancia del nombrado cargo tutelar (art. 114.2 CDFA).

2. Delación dativa.

Conforme a lo dispuesto en los arts. 102.2 y 115 CDFA, la delación dativa es subsidiaria y complementaria de la delación voluntaria⁹. De ello resulta que sólo corresponde al Juez la designación del cargo tutelar en caso de inexistencia de delación voluntaria o, de existir, si carece de validez (p.e. por no cumplir los requisitos de forma o de capacidad exigidos legalmente) o de eficacia (p.e. cuando el progenitor que haya hecho la delación voluntaria sea designado tutor o curador por el Juez, por poder hacerse cargo de su hijo con discapacidad). En caso de que la delación voluntaria sea parcial o incompleta, corresponde al Juez exclusivamente complementar la institución tutelar; p.e. determinar las funciones del cargo tutelar y/o establecer órganos de fiscalización.

A partir de ahí, el art. 116 CDFA en su ap. 1º establece un orden de preferencia, atendiendo a razones de afectividad y aptitud, que vincula, en principio, al Juez a la hora de designar al titular del cargo tutelar: 1º.- el cónyuge¹⁰ o la pareja de hecho, siempre que tenga la condición de estable no casada, con arreglo a los arts. 303, 305 y 306; 2º.- los descendientes¹¹; 3º.- los progenitores¹²; 4º.- los padrastros, abuelos o hermanos mayores; 5º.- el administrador voluntario del art. 107 CDFA; 6º.- la persona -entiéndase, física- que el Juez estime más idónea por sus relaciones con el menor o incapacitado u otras circunstancias¹³; y 7º.- la persona jurídica que considere más idónea, ya sea una persona jurídica privada o la Entidad pública competente en "protección" ("promoción de la autonomía y asistencia", en la Ley 8/2021) de las personas con discapacidad. Con todo, el art. 116.2 CDFA, permite excepcionalmente al Juez alterar el referido orden de preferencia legal, pero sólo cuando el interés de la persona con discapacidad así lo requiera¹⁴; criterio este que

9 Tal es la lectura de dichos preceptos por parte de la SAP núm. 493 de Zaragoza de 28 septiembre 2012 (CENDOJ, Roj SAP Z 2237/2012).

10 Entiéndase cónyuge no separado legalmente ni de hecho, con arreglo a la SAP núm. 669 de Zaragoza 10 octubre 2017 (CENDOJ, Roj SAP Z 2081/2017).

11 Las SSAP de Zaragoza núm. 122 de 6 marzo 2013 (CENDOJ, Roj SAP Z 88/2013) y núm. 208 de 17 abril 2018 (CENDOJ, Roj 939/2018) sientan la doctrina según la cual, de haber varios hijos, se designará cargo tutelar al más idóneo, sin perjuicio de reconocer visitas al resto.

12 La SAP de Zaragoza núm. 306 de 11 junio 2013 (CENDOJ, Roj SAP Z 1344/2013) se desvincula del tenor literal del art. 116.1.c. CDFA que se refiere a "los padres", para interpretar que se podrá nombrar cargo tutelar a uno solo de ellos, en vez de a ambos, cuando el interés de la persona con discapacidad así lo requiera.

13 La jurisprudencia ha hecho uso de esta previsión para nombrar tutora respectivamente a una amiga que presta apoyo habitual a la persona con discapacidad (SAP de Zaragoza núm. 665 de 10 octubre de 2017, CENDOJ, Roj SAP Z 2144/2017) y a una sobrina (SAP de Zaragoza núm. 669 de 10 octubre 2017, CENDOJ, Roj SAP Z 2081/2017).

14 Sin que sea necesaria apreciar una causa de inhabilidad, según matizan las SSAP de Zaragoza núm. 493 de 28 de septiembre de 2012 (CENDOJ, Roj SAP Z 2237/2012), núm. 122 de 6 de marzo de 2013 (CENDOJ,

en la futura reforma del CDFA debería compaginarse necesariamente con el de respeto a la voluntad y preferencias de la persona afectada.

3. Delación legal.

La delación legal, esto es, la designación del cargo tutelar por imperativo legal se reserva exclusivamente a las personas con discapacidad declarados en desamparo (art. 102.l.c CDFA).

En este caso es la propia ley la que atribuye la tutela a la Entidad pública competente en materia de “protección” de personas con discapacidad (“promoción de la autonomía y asistencia”, en la Ley 8/2021) en la Comunidad Autónoma de Aragón que, como se ha indicado, es el IASS, ello previa declaración de desamparo por su parte, siempre que concurren los presupuestos del art. 118.l CDFA, esto es, una situación de falta de asistencia moral o material derivada del incumplimiento, voluntario o involuntario, de los deberes de protección correspondientes a los titulares de la autoridad familiar o institución tutelar. Esta modalidad de tutela recibe distintas denominaciones: administrativa, automática o *ex lege*. Con todo, según datos proporcionados por el IASS, en la práctica no se hace uso de la misma, optándose, en su lugar, por la tutela ordinaria a favor de la Comisión de Tutelas y Defensa Judicial de Adultos, cuando no haya ningún pariente y allegado idóneo para prestar apoyo a la persona con discapacidad y, por ende, está se encuentre en una situación de desamparo de “facto”.

IV. PROMOCIÓN Y CONSTITUCIÓN.

El CDFA pretende que la constitución de la tutela ordinaria o, en su caso, de la curatela de las personas con discapacidad sea lo más inmediata posible a la situación que la determina (“una enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma” conforme al vigente y parcialmente desfasado art. 38.2 CDFA) y, para ello, formula en su art. 131 la obligación de promover la constitución de la tutela o curatela de una serie de personas, así como la posible actuación del Ministerio Fiscal o del Juez, ya sea de oficio o en virtud de denuncia de cualquier persona que tenga conocimiento del hecho determinante de la tutela o curatela.

Complementariamente, el art. 132 CDFA atribuye provisionalmente al Ministerio Fiscal la representación y defensa de la persona a proteger en el lapso temporal comprendido desde que se tenga conocimiento del hecho determinante de la tutela hasta la sentencia constitutiva de la misma. Si, además, procede la gestión de su patrimonio, se faculta al Juez a nombrar un administrador (un

Roj SAP Z 88/2013) y núm. 718 de 7 de noviembre de 2017 (CENDOJ, Roj SAP Z 2435/2017).

defensor judicial, según el art. 27.1.c LJV) con la obligación de rendirle cuentas de su gestión una vez concluida.

En cualquier caso, la constitución de la tutela ordinaria y la curatela es competencia exclusiva del Juez, ya sea su delación voluntaria o dativa (art. 133.1, en relación con el art. 103.1 CDFA).

V. CAPACIDAD, EXCUSA Y REMOCIÓN.

Con carácter previo a la regulación individualizada de las diferentes instituciones tutelares, el CDFA dedica un capítulo separado, el Capítulo III, al tratamiento de la capacidad e idoneidad para ser titular de las funciones tutelares (arts. 123 a 125), para excusarse del desempeño del cargo tutelar (art. 126) o para ser removido del mismo (art. 127).

I. Capacidad e idoneidad. Las causas de inhabilidad.

De acuerdo con los arts. 123 a 125 CDFA, todo cargo tutelar requiere que la persona que lo ejercite reúna unas determinadas condiciones de capacidad y de idoneidad.

El régimen en materia de capacidad se encuentra recogido en los arts. 123 y 124 que distinguen a tal efecto entre las personas físicas y las personas jurídicas. Así, por lo que se refiere a las personas físicas, el art. 123 les exige un doble presupuesto de capacidad: de una parte, que sean “mayores de edad”; y de otra, que “se encuentren en el pleno ejercicio de sus derechos civiles”. Por su parte, el art. 124 condiciona el reconocimiento de capacidad a las personas jurídicas para desempeñar un cargo tutelar al cumplimiento de dos presupuestos: que “no tengan finalidad lucrativa y que “entre sus fines específicos figure la protección de menores o ‘incapacitados””.

A la idoneidad en el cargo tutelar se refieren los mismos arts. 123 y 124, al exigir, acto seguido, que la persona designada como titular de funciones tutelares no esté incurso en causa de inhabilidad. Tales causas se encuentran enunciadas en el art. 125.1, precepto según el cual no pueden ser titulares de funciones tutelares: 1º.- Las personas excluidas, privadas o suspendidas en el ejercicio de la autoridad familiar o total o parcialmente por resolución judicial o administrativa. 2º.- Las personas removidas de un cargo tutelar anterior. 3º.- Las personas condenadas a pena privativa de libertad, mientras estén cumpliendo la condena. 4º.- Las personas condenadas por cualquier delito que haga suponer fundadamente que no desempeñarán bien la tutela, piénsese p.e. en un delito de violencia doméstica o de género o en un delito de abusos sexuales. 5º.- Las personas que tengan

enemistad manifiesta con la persona protegida¹⁵; 6º.- Las personas que por su conducta puedan perjudicar a la formación de la persona protegida o que no dispongan de medios de vida conocidos; 7º.- Las personas que tengan importantes conflictos de intereses con la persona protegida; y 8º.- Las personas que hayan sido inhabilitadas como consecuencia de un proceso concursal, mientras dure la inhabilitación. Con todo, las causas 4, 6º, 7º y 8º son dispensables mediante la delación voluntaria (art. 125.2 CDFA).

2. Excusa.

El art. 126 CDFA admite ciertas excepciones a la obligatoriedad de los cargos tutelares mediante las excusas, distinguiendo a tal efecto según sean desempeñados por una persona física o jurídica.

De acuerdo con el art. 126.1, las personas físicas pueden excusarse del ejercicio del cargo tutelar cuando resulte excesivamente gravoso por razón de edad, enfermedad, ocupaciones personales o profesionales, falta de vínculos de cualquier clase -ya sean de parentesco o meramente afectivos- con la persona protegida o "por cualquier otra causa". Con esta última expresión se consagra un sistema de *numerus apertus*, de tal manera que cualquier excusa es susceptible de ser alegada, siendo el Juez el que habrá de apreciar su carácter excesivamente gravoso para el ejercicio del cargo tutelar¹⁶.

Por su parte, las personas jurídicas privadas sólo pueden excusarse cuando carezcan de medios (ya sea económicos, personales o materiales) suficientes para el adecuado desempeño del cargo tutelar, según dispone el art. 126.2¹⁷.

En cualquier caso, las excusas deben alegarse por el propio cargo tutelar, bien ante el Juez (tratándose de tutor o curador: art. 50 LJV), bien ante el Letrado de Administración de Justicia (tratándose de defensor judicial: art. 32 LJV) quienes, en su caso, las admitirán tras la tramitación del oportuno procedimiento a que se refiere el art. 50 LJV.

15 De acuerdo con la SAP de Zaragoza núm. 477 de 29 julio 2008 (CENDOJ, Roj SAP Z 2050/2008) y la SAP de Huesca núm. 233 de 30 de diciembre de 2014 (CENDOJ, SAP HU 399/2014), no es causa de inhabilitación la mera relación conflictiva entre el cargo tutelar y la persona protegida.

16 La SAP de Zaragoza núm. 504 de 9 de noviembre de 2018 (CENDOJ, Roj SAP Z 2139/2018) rechaza el domicilio en localidades distintas que alega el hermano de una persona declarada incapacitada total como causa que le permita excusarse del cargo de tutor para el que ha sido designado, dada la situación de la persona a proteger, que se encuentra interna en un centro de salud mental donde tiene cubiertas todas sus necesidades.

17 De acuerdo con la SAP de Huesca núm. 29 de 31 de enero de 2008 (CENDOJ, Roj SAP HU 36/2008), las personas jurídicas públicas no pueden excusarse de los cargos tutelares, ni aun alegando el principio de lealtad institucional, como pretende la Comisión de Tutelas y Defensa Judicial de Adultos en un supuesto en que la persona bajo su tutela se trata de un extranjero con una orden pendiente de expulsión de España; cuestión distinta será la posible extinción de la tutela por imposibilidad de cumplimiento, una vez ejecutada dicha orden.

Los efectos de la excusa se regulan en el art. 129 CDFA (de modo no totalmente coincidente con el art. 50 LJV), conjuntamente con los de la remoción, distinguiendo a tal objeto entre los efectos durante la tramitación del procedimiento y los efectos en caso de ser admitida. Así, mientras se sustancia el procedimiento de excusa (entiéndase, sobrevenida), el art. 129.1 faculta al Juez para suspender al titular del cargo tutelar de sus funciones y nombrar a la persona protegida un defensor judicial que ejercerá las funciones tutelares provisionalmente durante la tramitación del procedimiento. Una vez tramitado el procedimiento y en caso de prosperar la excusa alegada, el art. 129.2 establece que la misma resolución que admita la excusa deberá contener la designación del nuevo titular del cargo tutelar, que no podrá ocuparlo sino una vez firme aquella. Dicho cambio habrá de comunicarse, en todo caso, al Registro Civil, según especifica el preceptado procesal. Por último, el art. 129.3 contempla los efectos de la excusa cuando el titular del cargo tutelar haya recibido alguna atribución patrimonial en consideración a su nombramiento. En concreto, permite al Juez acordar, atendidas la voluntad del disponente y las circunstancias del caso, que la aceptación de la excusa conlleve la pérdida total o parcial de la referida atribución patrimonial.

3. Remoción.

Las causas de remoción encuentran enumeradas en el art. 127 CDFA, precepto según el cual será removido del cargo tutelar el que después de la toma de posesión se encuentre en alguna de las siguientes situaciones: 1ª.- incurra en causa de inhabilidad¹⁸; 2ª.- incumpla los deberes propios del cargo tutelar o lo ejerza con notoria ineptitud; 3ª.- cuando surjan problemas de convivencia graves y reiterados; y 4ª.- tratándose de una persona jurídica privada, cuando se convierta en una entidad con ánimo de lucro o entre sus fines ya no se encuentre la protección (promoción de la autonomía y asistencia) de las personas con discapacidad.

La remoción de los tutores y curadores corresponde al Juez (art.49 LJV) y la del defensor judicial al Letrado de la Administración de Justicia (art. 32 LJV). A partir de ahí, el procedimiento de remoción debe sustanciarse por los trámites de la jurisdicción voluntaria del art. 49 JLV con las especialidades previstas en el art. 128 CDFA.

Sus efectos se regulan en el art. 129 CDFA, conjuntamente con los de las excusas, distinguiendo a tal objeto entre los efectos durante la tramitación del procedimiento y los efectos en caso de ser admitida.

18 Aplica esta previsión la SAP de Teruel núm. 9 de 24 marzo 2015 (CENDOJ, Roj SAP TE 36/2015) para remover del cargo tutelar a dos tutores incurso en un proceso penal por supuestos abusos sexuales contra la persona protegida, ya que, al margen del resultado de las diligencias penales, en el proceso ocupan posiciones opuestas, lo que genera un manifiesto conflicto de interés que determina su inhabilidad sobrevenida para ejercer la tutela ex art. 125.1.h CDFA y, por ende, su remoción.

VI. LA TUTELA.

I. Introducción.

La tutela, tal y como se regula en el CDFa, se caracteriza por ser una institución tutelar estable, a la par que demasiado rígida, dirigida a prestar apoyo a las personas con discapacidad no sujetas a autoridad familiar prorrogada o rehabilitada. Por añadidura, se configura como un mecanismo sustitutorio de toma de decisiones, de tal manera que el tutor actúa en nombre del tutelado, en cuanto es su representante legal (arts. 12.1, 136 y 139 CDFa). La tutela incluye, como la autoridad familiar, el cuidado de la persona “incapacitada” (entiéndase, provista judicialmente de apoyos) (arts. 136, a 138 CDFa). Pero, además, corresponde al tutor, como parte intrínseca de su contenido (no como “función aneja”, como prevé el art. 9.2 CDFa respecto de la autoridad familiar de los progenitores) la gestión del patrimonio del tutelado (art. 139 CDFa).

Ciertamente, según establecen los arts. 38 y 130.1.b CDFa, para que una persona “incapacitada” (entiéndase, provista judicialmente de apoyos) esté sujeta a tutela es necesario que la resolución judicial que la constituya, así lo establezca en función de su capacidad de autogobierno, pudiendo optar, en su caso, por la curatela. Ello sin olvidar, además, que los arts. 136.1 y 139.1 CDFa facultan al Juez a modular el contenido de la tutela en atención a la concreta situación y las circunstancias de la persona con discapacidad.

Sucede, sin embargo, que, más allá de estas previsiones, el tratamiento que el texto legal aragonés dispensa a la tutela (con diecisiete preceptos referidos a la misma frente a los cinco dedicados a la curatela), permite presumir el carácter preferente de la tutela, en contravención, a mi entender, con el sistema de apoyos que propugna la Convención UN 2006. Es más, esta presunción se confirma con el análisis de la jurisprudencia aragonesa, al menos la vertida hasta bien entrado 2019, donde puede apreciarse que la tutela es con creces el resultado general de los procesos de incapacitación¹⁹. Sólo a partir de la segunda mitad de 2019 se observa una cierta flexibilización de esta jurisprudencia que se traduce en un incremento de las incapacidades parciales -en vez de totales- y, por ende, de las curatelas que alcanzan así el número de tutelas constituidas, aunque ciertamente la mayoría de las sentencias consultadas atribuyen a los curadores amplias facultades representativas²⁰. A partir de ahí, buena parte de los fallos de las sentencias constitutivas de tutela coinciden en declarar la “incapacidad total y permanente de

19 En total, 39 sentencias referidas a la tutela (36 provenientes de Audiencias provinciales y 3 de Juzgados de Primera Instancia con sede en Aragón) frente a 23 sentencias sobre curatela (17 provenientes de Audiencias Provinciales y 6 de Juzgados de Primera Instancia).

20 En total, 12 sentencias referidas a curatela y 12 constitutivas de tutela.

la persona para regir su persona y sus bienes” y su subsiguiente sujeción al régimen de tutela, siendo sustituida de modo absoluto en la toma de decisiones²¹.

2. Estructura.

El art. 134 CDFa configura, en principio, la tutela como un órgano unipersonal. No obstante, admite excepcionalmente la cotutela o pluralidad de tutores respecto de un mismo tutelado. Tales salvedades se examinan a continuación.

Primera, “cuando se haya separado la tutela de la persona y de los bienes” (art. 134.a). Se trata así de designar a dos tutores, encomendando a uno de ellos el cuidado de la persona del tutelado (tutor de la persona) y al otro, la gestión de su patrimonio (tutor real). De acuerdo con el art. 135.b y c CDFa, tal designación puede efectuarse bien por el propio interesado o los titulares de la autoridad familiar en la delación voluntaria, bien por el Juez en la delación dativa cuando lo estime conveniente o, una vez constituida la tutela, cualquiera que haya sido la modalidad de delación, siempre en este último caso que concurren circunstancias especiales en la persona o patrimonio del tutelado²².

Segunda, “cuando en la delación voluntaria se hayan designado a dos tutores para actuar simultáneamente” (art. 134.b). Este supuesto se encuentra regulado con mayor detalle, en sede de delación voluntaria, en el art. 112 CDFa, según el cual tanto el interesado como los titulares de la autoridad familiar pueden designar dos tutores para que actúen conjunta o solidariamente.

Tercera, “cuando la tutela corresponda a ambos padres o abuelos paternos o maternos” (art. 134.c, 1ª parte). Esta salvedad establece la tutela dual de los progenitores y de los abuelos de modo análogo a la autoridad familiar. No obstante, su ámbito de aplicación es muy limitado, toda vez que los padres y abuelos sólo serán tutores cuando no tengan la autoridad familiar prorrogada o rehabilitada (art. 43 CDFa) y así hayan sido designados por el propio interesado o por el Juez, alterando, en su caso, el orden de llamamientos del art. 116 CDFa.

21 Entre otras, SAP Huesca núm. 233 de 30 diciembre 2014 (CENDOJ, Roj SAP HU 399/2014); SSAP Zaragoza núm. 122 de 6 marzo 2013 (CENDOJ, Roj SAP Z SAP Z 88/2013), núm. 230 de 12 mayo 2015 (CENDOJ, Roj SAP Z 2630/2015), núm. 665 de 10 octubre 2017 (CENDOJ, Roj SAP Z 2144/2017), núm. 504 de 9 noviembre 2018 (CENDOJ, Roj SAP Z 2139/2018), núm. 365 de 4 noviembre 2019 (CENDOJ, Roj SAP Z 2482/2019), núm. 74 de 24 febrero 2020 (CENDOJ, Roj SAP Z 620/2020), núm. 290 de 9 julio 2021 (SAP Z SAP Z 1839/2021).

22 La lectura de la jurisprudencia revela, no obstante, que los órganos judiciales aragoneses hacen uso de esta facultad de modo muy limitado, permitiendo únicamente la separación de la tutela de la persona y de los bienes “cuando en el campo de los bienes nos encontremos con un gran patrimonio, bienes en lugares distintos o cuando se trate de bienes que tengan alguna especialidad, requieran conocimientos especializados o necesiten de una gestión independiente” (SAP de Huesca núm. 177 de 30 de julio de 2010 CENDOJ, Roj SAP HU 202/2010).

Cuarta y última, “cuando la tutela corresponde a una persona casada si el Juez considera conveniente que su cónyuge, mientras lo sea, también ejerza la tutela” (art. 134.c, 2ª parte). Ahora bien, tal facultad judicial encuentra una importante limitación en la voluntad de los particulares, toda vez que, en los términos en que se expresan los arts. 108 y 110 CDFA, resulta claro que tanto el propio interesado como los titulares de la autoridad familiar podrán excluir este nombramiento.

El régimen de la cotutela se completa con lo dispuesto en el art. 142 CDFA en orden a su régimen de funcionamiento. En concreto, su ap. 1º da preferencia a los criterios de actuación establecidos ya sea en la delación voluntaria o dativa; y, en su defecto, se remite a las reglas de funcionamiento de la autoridad familiar (arts. 71 y 74 CDFA). Por su parte, el art. 142.2 prevé que, en el caso de separación de la tutela personal y real, cada tutor actuará con plena independencia en el ámbito de su competencia. Finalmente, el art. 142.3 resuelve la cuestión relativa al cese de uno de los tutores en el caso de tutela plural. En concreto, dispone que, en caso de coexistir dos tutores personales y cesar uno de ellos, el otro continuará en el ejercicio de la tutela, siempre que no se haya dispuesto expresamente otra cosa en la delación voluntaria o dativa. La misma solución se prevé para el supuesto de dualidad de tutores reales sobre los mismos bienes.

3. Contenido.

A) *Funciones de índole personal.*

De la lectura conjunta de los arts. 39 y 136.2 CDFA, resulta que el contenido personal será el previsto en la sentencia de “incapacitación” (entiéndase, de provisión de apoyos). En su defecto, legalmente se le atribuye el contenido de la autoridad familiar sobre los hijos menores de catorce años, lo que incluye, en principio, los diversos derechos y deberes a que se refiere el art. 65.I CDFA. No obstante, según matiza el art. 138 CDFA, el tutor no tiene la obligación de convivir con el tutelado, si bien debe procurarle la prestación de la asistencia especializada que requiera, así como habrá de promover la adquisición o recuperación de su capacidad y su inserción en la sociedad. El texto foral aragonés opta así por un tratamiento de la discapacidad que responde al tradicional modelo médico, que contempla la discapacidad como un problema exclusivamente personal causado por una enfermedad o deficiencia y, por consiguiente, centra sus respuestas en las limitaciones del individuo para adoptar una posición meramente protectora centrada fundamentalmente en su curación; obviando, sin embargo, los factores sociales externos o sociales de la discapacidad, también presentes en la Convención UN 2006.

En cualquier caso, la remisión al contenido de la autoridad familiar debe entenderse sin perjuicio de la aplicación preferente de las especificidades previstas

para las relaciones tutelares en el Título III, tales como la sujeción a control judicial y del Ministerio fiscal ex art. 103, el derecho de reembolso por los gastos generados en ejercicio de la tutela ex art. 104.1, la responsabilidad recíproca tutor-tutelado por los daños causados negligentemente ex arts. 104.2 y 106, el posible derecho a remuneración ex 105 o la exigencia de fianza e inventario ex arts. 140 y 141. Adicionalmente, el art. 139.2 prescinde en todo caso del requisito de la subasta pública para la enajenación de los bienes o derechos del tutelado.

B) Funciones de índole patrimonial.

El art. 135 CDFA atribuye, en principio, al tutor la administración legal de los bienes del tutelado. No obstante, como excepción a esta regla general, el mismo precepto excluye de la administración del tutor aquellos bienes que el tutelado haya recibido a título gratuito con designación de un administrador *ad hoc* (art. 107 CDFA). Otro supuesto de exclusión o, más propiamente, de separación de funciones tutelares es el que resulta de la designación de un tutor de los bienes como figura independiente del tutor de la persona, ya sea en virtud de la delación voluntaria o dativa.

Junto a los supuestos contemplados expresamente en el art. 135, también deben excluirse de la administración del tutor, con base en el art. 153.a CDFA, aquellos concretos actos respecto a los bienes del tutelado en que haya oposición de intereses entre el tutor y el tutelado, procediéndose en tal caso al nombramiento de un defensor judicial. Asimismo, la administración del tutor ha de excluirse respecto de aquellos bienes o actos patrimoniales que la ley o la sentencia de "incapacitación" (entiéndase, de provisión de apoyos) permita al tutelado realizar por sí mismo (art. 39 CDFA).

El régimen en materia de gestión del patrimonio del tutelado se complementa con lo dispuesto en el art. 139.1, precepto que se remite a lo dispuesto en el propio CDFA para "la gestión de los bienes de un hijo de su edad y capacidad", en particular, a los arts. 12 a 19. Ello con las modificaciones previstas en el Título III, tales como la sujeción a control judicial y del Ministerio Fiscal ex art. 103, el derecho de reembolso por los gastos generados en ejercicio de la tutela ex art. 104.1, la responsabilidad recíproca tutor-tutelado por los daños causados negligentemente ex arts. 104.2 y 106, el posible derecho a remuneración ex 105 o la exigencia de fianza e inventario ex arts. 140 y 141. Adicionalmente, el art. 139.2 prescinde en todo caso del requisito de la subasta pública para la enajenación de los bienes o derechos del tutelado.

4. Obligaciones del tutor antes de entrar en el ejercicio del cargo.

A) Prestación de fianza.

El art. 140 CDFA impone al tutor el deber de prestar fianza si así lo exige la Junta de Parientes o, en su defecto, el Juez, este último conforme a los trámites del art. 46.1 y 2 LJV. Ahora bien, parece que el tutor podrá ser dispensado de dicho deber por el propio interesado o los titulares de la autoridad familiar en la delación voluntaria (arts. 108 y 109 CDFA); dispensa que vinculará a la Junta de Parientes o, en su caso, al Juez, sin perjuicio de que este último pueda exigir ulteriormente la prestación de fianza en caso de circunstancias sobrevenidas (art. 114.2 CDFA). Corresponde, asimismo, a la Junta de Parientes o al Juez, en caso de que se decidan a exigirla, determinar la concreta modalidad de fianza, así como su cuantía.

De cualquier modo, el término “fianza” que utiliza el art. 140 no parece que deba interpretarse en el sentido estricto del art. 1822 Cc relativo al contrato de fianza, sino en el sentido más amplio de garantía o caución real o personal que asegure el cumplimiento de las obligaciones del tutor, tanto las de índole personal como las de carácter patrimonial²³.

Por lo demás, la fianza puede exigirse, en principio, a cualquier persona que sea nombrada tutor. No obstante, como excepción a esta regla se excluye del deber de prestar fianza a la persona jurídica pública (entiéndase, el IASS) que asuma la tutela ya sea por ministerio de la ley (tutela administrativa del art. 119 CDFA) o por resolución judicial (tutela ordinaria en virtud de delación dativa del art. 116.l.g CDFA).

En lo que atañe al momento en que debe prestarse la fianza, interesa observar que, aunque lo normal es que se exija antes de que el tutor comience el ejercicio de sus funciones, excepcionalmente podrá reclamarse judicialmente en un momento ulterior en atención a la alteración de las circunstancias que llevaron a la Junta de Parientes o al Juez a no exigirla antes de la toma de posesión. Asimismo, se faculta al Juez a modificar en cualquier momento total o parcialmente la fianza ya constituida, ya sea cualitativa o cuantitativamente, e, incluso, a dejarla sin efecto, siempre que medie la correspondiente motivación.

B) Formalización de inventario de los bienes del tutelado.

Adicionalmente, el art. 141 CDFA impone al tutor el deber de hacer inventario del patrimonio del tutelado, debiendo incluir en el mismo los posibles derechos de crédito que tenga contra éste, ya que de omitirlos se entenderá que los renuncia.

²³ Opta, asimismo, por una interpretación amplia del término “fianza” la SAP de Zaragoza de 23 noviembre 2010 (CENDOJ, Roj SAP Z 2771/2010) para permitir su prestación al tutor en forma de aval bancario.

A diferencia de la prestación de fianza, tal deber es preceptivo en todo caso, salvo obviamente que se trate de un tutor de la persona o cuando el tutelado carezca de patrimonio. Por consiguiente, no es susceptible de dispensa por el interesado o los titulares de la autoridad familiar en la delación voluntaria ni por el Juez en la delación dativa.

El inventario deberá formalizarse en un plazo de sesenta días a contar desde la toma de posesión, prorrogable por el Juez en resolución motivada. Con todo, entiendo que el tutor puede desempeñar sus funciones desde que tome posesión de su cargo, aunque no haya formalizado el inventario, por resultar esta solución más acorde a los intereses del pupilo y ello sin perjuicio de que el Juez pueda adoptar las medidas que considere oportunas para asegurar sus intereses.

En orden a su modo de formalización, el art. 141 permite la forma tanto judicial como notarial. El inventario judicial ha de formarse conforme a los trámites del art. 47 LJV, con intervención del Ministerio Fiscal y todas aquellas personas que el Juez estime conveniente citar. En el inventario notarial se requiere la intervención de la Junta de Parientes.

Una vez formalizado el inventario por una u otra vía, se hará constar en el Registro civil su existencia mediante anotación, que están obligados a promover el propio tutor, el Juez o el Ministerio Fiscal (arts. 290.1º y 291 RRC 1958). Por añadidura, si ha sido formalizado notarialmente, el tutor deberá depositar una copia en el Juzgado que haya constituido la tutela, según prevé el art. 141.2, 2ª parte CDFA.

5. Extinción.

En atención a lo dispuesto en el art. 144 CDFA (debidamente reinterpretado conforme a la reforma procesal), cabe entender que la tutela de las personas con discapacidad se extingue por resolución judicial que, tras su oportuna revisión ex art. 761 LEC, ponga fin a la curatela. E, igualmente, por la muerte del sujeto a tutela; no así, en cambio, por su declaración de fallecimiento que sólo conllevará su suspensión por aplicación del art. 91.1.b *in fine* CDFA referido a la autoridad familiar.

6. Obligaciones del tutor al cese de sus funciones.

A) *Rendición de la cuenta general.*

Tras el cese de sus funciones, el tutor (o sus herederos, de haber fallecido) tiene la obligación de rendir cuentas de su gestión, conforme a lo dispuesto en el art. 145 CDFA. Tal obligación no es susceptible de dispensa por el propio interesado

o los titulares de la autoridad familiar en la delación voluntaria ni tampoco por el Juez en la delación dativa.

De cualquier modo, se trata de una cuenta general de su gestión del patrimonio del tutelado durante todo el tiempo que haya ejercido la tutela, con independencia de que haya cumplido con las rendiciones de cuentas que le hayan podido exigir anualmente el Juez y Ministerio Fiscal ex art. 103.3 CDFA y art. 51.1 LJV; y, además, justificada, entiéndase, mediante cualquier medio probatorio, no necesariamente documental.

El plazo para hacer la rendición general de cuentas es de tres meses prorrogables por periodos de la misma duración si media justa causa. La concesión o no de la prórroga y la apreciación de la existencia de justa causa es una cuestión que se deja al arbitrio judicial. Como inicio del cómputo se señala el día del cese de las funciones tutelares, salvo que corresponda efectuar la rendición a los herederos del tutor, en cuyo caso el plazo se computará desde la aceptación de la herencia (art. 145.1 CDFA, en relación con el art. 51.4 LJV). Transcurrido este plazo sin que el tutor haya realizado la rendición de cuentas, el art. 145.2 establece una acción para exigir su cumplimiento vía judicial.

La rendición de cuentas debe hacerse ante el Juez, a quien corresponde su aprobación o no (art. 145.1 CDFA). El procedimiento para esta aprobación debe sustanciarse por los trámites de la jurisdicción voluntaria a que se refiere el art. 51 LJV. En caso de ser aprobada la cuenta general, dicha aprobación no impedirá el ejercicio de las acciones que puedan corresponder entre sí al tutor y al tutelado o a sus causahabientes respectivos por razón de la tutela (art. 146.2 CDFA y art. 51.5 LJV). En particular, el tutelado podrá ejercitar la acción de indemnización por los daños sufridos por la actuación negligente del tutor (art. 106 CDFA). Por su parte, el tutor podrá ejercitar la acción de reembolso de los gastos derivados del ejercicio de la tutela (art. 104.1 CDFA), la de indemnización por los daños y perjuicios sufridos en el ejercicio de la función tutelar (art. 104.2 CDFA) y la del abono de su retribución (art. 105 CDFA).

Las cuentas rendidas por el tutor ante el Juez pueden presentar un saldo a favor o en contra del tutor. El importe del saldo debe abonarse en metálico a quien resulte ser acreedor del mismo, ya sea el tutor o el tutelado. Para el caso de retraso en el abono, el art. 147 CDFA dispone que el saldo devengará intereses legales, a la par que precisa la fecha de inicio del devengo, diferente según el saldo sea a favor o en contra del tutor. En concreto, cuando el saldo sea a favor del tutor, desde que el tutelado o, en su caso, su representante legal o herederos sean requeridos de pago, previa restitución de sus bienes por parte del tutor; en cambio, si es a favor del tutelado, desde la aprobación de la cuenta general.

En todo caso, los gastos derivados de la rendición de cuentas son a cargo del tutelado, según dispone el art. 145.3 CDFA.

B) Restitución de los bienes del tutelado.

Junto a la rendición de la cuenta general, el tutor tiene el deber de restituir los bienes del tutelado, que se rige por lo dispuesto en el art. 99.1 CDFA -precepto relativo a la gestión paterna de los bienes de los hijos-, al que se remite el art. 145.4. De ello resulta, en primer lugar, que los gastos de la restitución son de cuenta del tutelado y, en segundo lugar, que, en caso de extinción de la tutela por muerte del tutelado y si hubiese peligro de demora en la restitución, el tutor deberá seguir atendiendo los asuntos de éste para evitar perjuicios a los herederos.

VII. LA CURATELA.

En el CDFA la curatela de las personas con discapacidad se configura como una medida de apoyos estable, a la par que muy flexible y, por ende, acorde, a mi entender, con el sistema de que propugna la Convención UN 2006, toda vez que, junto a la asistencia, faculta al Juez a conceder al curador la representación para determinados actos de gestión del patrimonio de la persona con discapacidad, así como a limitarla al ámbito personal.

En particular, según prevé el art. 150 CDFA, el contenido de esta modalidad de curatela será, en principio, el que determine la sentencia de “incapacitación” (entiéndase, de provisión de apoyos). Así, la 1ª parte de su ap. 1 impone al Juez el deber de fijar los actos para los que la persona con discapacidad necesita la asistencia del curador. Adicionalmente, su ap. 2 permite al Juez atribuir al curador la representación del incapacitado para determinados actos de administración o disposición del patrimonio de la persona con discapacidad. El mismo precepto faculta a la autoridad judicial para dotar a esta curatela de contenido exclusivamente personal. Esta curatela de la persona se registrará por lo dispuesto en la sentencia de “incapacitación” (de provisión de medidas judiciales de apoyo) y, supletoriamente, por las normas relativas al contenido personal de la tutela.

A partir de ahí, el examen de la jurisprudencia revela que los órganos judiciales aragoneses configuran esta modalidad de curatela bien como medida exclusivamente de apoyo asistencial²⁴, bien adicionalmente con funciones

24 P.e. SSAP Huesca núm. 54 de 15 abril 2015 (CENDOJ, Roj SAP HU 100/2015) y núm. 112 de 11 octubre 2018 (CENDOJ, Roj SAP HU 184/2018), SSAP Teruel núm. 41 de 10 junio 2014 (CENDOJ, Roj SAP TE 94/2014), y SSAP Zaragoza núm. 718 de 7 noviembre 2017 (CENDOJ, Roj SAP Z 2435/2017), y núm. 22 de 22 enero 2020 (CENDOJ, Roj SAP Z 132/2020).

representativas de índole patrimonial²⁵. Aunque la mayor parte de las sentencias extienden la curatela tanto al ámbito personal como patrimonial, hay algunas resoluciones que la limitan al ámbito patrimonial²⁶ o, muy excepcionalmente, al ámbito personal²⁷. El contenido personal de la curatela se suele circunscribir a la supervisión del tratamiento médico a seguir por la persona con discapacidad²⁸ y, en su caso, de las gestiones administrativas²⁹. Por su parte, el contenido patrimonial se suele limitar a la asistencia³⁰ o representación³¹ en aquellos actos que excedan de los gastos de la vida cotidiana.

De no precisarse judicialmente el contenido de la curatela, el art. 150.I en su 2ª parte atribuye al curador la función de prestar asistencia en aquellos actos previstos legalmente y, en particular, con un planteamiento muy rígido, en aquellos otros que la requiere el menor mayor de catorce años de conformidad con el art. 23 CDFA.

En cualquier caso, el régimen jurídico de la asistencia del curador no es otro que el previsto en el CDFA para la asistencia del menor mayor de catorce años (arts. 24 a 29), al que se remite el art. 151. Con esta remisión se trata de perfilar y concretar la finalidad de esta medida de apoyo³² que no se dirige, como regla, a decidir “por” la persona con discapacidad, sino “con” ella. Ello no obsta para que se fije un régimen especial respecto de la anulabilidad de que adolecen los actos realizados por el sujeto a curatela sin la debida asistencia.

25 P.e. SSAP Zaragoza núm. 306 de 11 junio 2013 (CENDOJ, Roj SAP Z 1344/2013), núm. 706 de 11 noviembre 2016 (CENDOJ, Roj SAP Z 1851/2016), núm. 299 de 21 mayo 2018 (CENDOJ, Roj SAP Z 1202/2018), núm. 184 de 17 mayo 2019 (CENDOJ, Roj SAP Z 935/2019), y núm. 344 de 25 noviembre 2020 (CENDOJ, Roj SAP Z 2225/2020).

26 P.e. SAP Huesca núm. 104 de 19 septiembre 2018 (CENDOJ, Roj SAP HU 207/2018), SAP Teruel núm. 249 de 26 noviembre 2019 (CENDOJ Roj SAP TE 268/2019) y SAP Zaragoza núm. 184 de 17 mayo 2019 (CENDOJ, Roj SAP Z 935/2019).

27 P.e. SAP Zaragoza núm. 384 de 5 julio 2011 (CENDOJ, Roj SAP Z 1861/2011).

28 P.e. SAP Huesca núm. 112 de 11 octubre 2018 (CENDOJ, Roj SAP HU 184/2018), SAP Teruel núm. 249 de 26 noviembre 2019 (CENDOJ Roj SAP TE 268/2019), y SAP Zaragoza núm. 250 de 28 junio 2021 (CENDOJ, Roj SAP Z 1487/2021).

29 P.e. SSAP Zaragoza núm. 299 de 21 mayo 2018 (CENDOJ, Roj SAP Z 1202/2018), núm. 404 de 27 noviembre 2019 (ROJ SAP Z 2494/2019), núm. 344 de 25 noviembre 2020 (CENDOJ, Roj SAP Z 2225/2020) y núm. 57 de 15 febrero 2021 (CENDOJ Roj SAP Z 710/2021).

30 P.e. SAP Huesca núm. 104 de 19 septiembre 2018 (CENDOJ, Roj SAP HU 207/2018) y SAP Zaragoza núm. 250 de 28 junio 2021 (CENDOJ, Roj SAP Z 1487/2021).

31 P.e. SSAP Zaragoza núm. 706 de 11 noviembre 2016 (CENDOJ, Roj SAP Z 1851/2016), núm. 299 de 21 mayo 2018 (CENDOJ, Roj SAP Z 1202/2018), núm. 404 de 27 noviembre 2019 (CENDOJ Roj SAP Z 2494/2019), núm. 249 de 23 septiembre 2020 (CENDOJ, Roj SAP Z 1420/2020) y núm. 57 de 15 febrero 2021 (CENDOJ Roj SAP Z 710/2021).

32 LACRUZ MANTECÓN, M.: “Comentario al art. 151 CDFA”, en AA.VV., *Código del Derecho foral de Aragón: Concordancias, Doctrina y Jurisprudencia*, Delgado Echeverría (dir.), C. Bayod López y J.A. Serrano García (coords.), Gobierno de Aragón, Zaragoza, 2015, p. 299.

Por último, en orden a la extinción de la curatela, el CDFA renuncia a fijar unas causas específicas para, en su lugar, remitirse al régimen de la tutela (art. 144, en relación con el art. 150.4). De este modo, habrá que entender que la curatela de las personas con discapacidad se extinguirá por las mismas causas que la tutela, ya referidas en el epígrafe correspondiente. Una vez extinguida la curatela, el curador ha de presentar al Juez, al objeto de su debida aprobación, un informe general justificado de las actividades que ha desempeñado durante el ejercicio de su cargo (art. 152 CDFA, en relación con el art. 51.4 LJV). Por añadidura, parece razonable que el informe incluya una rendición final de cuentas si la autoridad judicial ha concedido al curador facultades representativas de índole patrimonial.

VIII. EL DEFENSOR JUDICIAL.

El defensor judicial se configura en el CDFA como una medida de apoyo dirigida a prestar protección puntual a las personas con discapacidad en suplencia de las personas que la ejercen habitualmente, ya sean el tutor, el curador o los titulares de la autoridad familiar prorrogada o rehabilitada.

En particular, de acuerdo con el art. 153 CDFA, se nombrará un defensor judicial que represente o, en su caso, asista a la persona con discapacidad que se encuentren en alguno de los supuestos que se enuncian a continuación.

Primero, “cuando en algún asunto exista oposición de intereses entre el “incapacitado” y quienes le representen o asistan y, conforme a lo previsto en la ley, corresponda intervenir a un defensor judicial”. Hay oposición de intereses cuando los intereses de la persona con discapacidad y los de quienes le representan o asisten son opuestos o contrarios en algún asunto concreto, de tal manera que el beneficio de uno puede comportar perjuicio para los otros³³. Tal oposición de intereses debe ser real, no meramente probable o futura y no necesariamente de tal entidad que haga a la persona inhábil para ejercer su función de representación o asistencia³⁴. En cualquier caso, en los términos tan amplios en que se expresa el CDFA (“algún asunto”) la oposición de intereses puede plantearse en asuntos de índole patrimonial, lo más habitual, o personal.

Segundo, “cuando por cualquier causa los titulares de la autoridad familiar, tutela o curatela no desempeñen sus funciones de asistencia o representación, hasta que cese la causa determinante o se designe por resolución firme otra persona para desempeñarlas”. Ello sucede, p.e. la tramitación del procedimiento de remoción

33 De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo: entre otras, SSTS 5 junio 2012 (CENDOJ, Roj STS 3800/2012) y 30 junio 2016 (CENDOJ, Roj STS 2995/2016).

34 De acuerdo con MORENO MARTÍNEZ, J.A.: “Problemática actual del defensor judicial: Hacia una nueva concepción de la institución”, *RDP*, núm. 5, 2018, p. 58.

del cargo tutelar, cuando el Juez suspenda en sus funciones al tutor o curador y el Letrado de la Administración de Justicia nombre al tutelado un defensor judicial (art. 129.I CDFA, reinterpretado con arreglo al art. 49.2 LJV). E, igualmente, durante la tramitación del procedimiento de excusa del cargo tutelar, cuando éste deje de ejercer sus funciones, en cuyo caso el Letrado de la Administración de Justicia habrá de nombrar un defensor judicial que le sustituya, quedando el cargo tutelar sustituido responsable de todos los gastos ocasionados por la excusa si ésta fuera rechazada (art. 129.I CDFA, reinterpretado con arreglo al art. 50.3 LJV).

Y, por último, “en todos los demás casos previstos en la ley”, como es el caso contemplado en el art. 46 CDFA, referido al defensor del desaparecido.

Tras la aprobación en 2015 de la LJV (art. 28.I), el nombramiento del defensor judicial ya no corresponde al Juez según dispone el art. 154 CDFA, sino, como regla, al Letrado de la Administración de Justicia, con arreglo al procedimiento previsto en su art. 30. No obstante, esta regla general tiene alguna salvedad, como la contemplada en los art. 87 y 88 LJV donde se permite el nombramiento de defensor judicial por el Juez en caso de ejercicio inadecuado de la potestad de guarda o administración de los bienes de la persona con discapacidad; y quizá también el supuesto de falta de desempeño de funciones de la autoridad familiar, tutela o curatela a que se refiere el art. 153.b CDFA³⁵.

En cualquier caso, el Letrado de la Administración de Justicia o, excepcionalmente, el Juez habrá de nombrar defensor judicial a quien estime “más idóneo” para el cargo (art. 154 CDFA, en relación con el art. 30.2 LJV). De ello resulta, por consiguiente, que el Letrado (o el Juez), a la hora de designar defensor judicial, no está vinculado a las pautas de la delación voluntaria ni al orden de preferencia que establece el art. 116.I CDFA para la delación dativa.

Por lo que respecta al régimen jurídico del defensor judicial, en su condición de cargo tutelar le son aplicables las disposiciones generales que, para las relaciones tutelares, contienen los arts. 103 (nombramiento, vigilancia y control), 104 (derecho de reembolso por los gastos derivados del ejercicio de la función tutelar e indemnización por los daños y perjuicios sufridos en el ejercicio de la función tutelar), 105 (remuneración) y 106 (responsabilidad por los daños ocasionados a la persona protegida). De igual modo, según prevé el art. 32 LJV, le son aplicables las disposiciones sobre excusa y remoción de los cargos tutelares (arts. 123 a 129 CDFA), así como las disposiciones establecidas para la formación de inventario de los tutores (art. 141 CDFA) y para su rendición de cuentas una vez concluida su

35 De acuerdo con BONET NAVARRO, Á.: “La reforma”, cit., p. 152; y CALATAYUD SIERRA, A.: “La reforma”, cit., p. 164.

gestión (arts. 145 a 147 CDFA), que se tramitarán y decidirán por el Letrado de la Administración de Justicia.

Por su parte, el art. 155.1 CDFA establece específicamente, en los mismos términos que el art. 30.2 LJV, que la actuación del defensor judicial vendrá delimitada por las atribuciones concretas que le haya concedido el Letrado de la Administración de Justicia (o el Juez) en el momento de su nombramiento. A partir de ahí, las concretas atribuciones atribuidas al defensor judicial dependerán de la causa determinante de su nombramiento³⁶. Añade el art. 155.2 que si el acto en que haya de intervenir el defensor judicial requiere autorización judicial (arts. 15 a 17 y 33 CDFA), ésta se entenderá implícita en el nombramiento si “el Juez” no dispone otra cosa. Ahora bien, tras la aprobación de la LJV tal previsión debe entenderse circunscrita a aquellos casos excepcionales de nombramiento judicial; en cambio, cuando el nombramiento corresponda al Letrado, la autorización judicial será ineludible en todo caso³⁷.

En todo caso, una vez finalizada su gestión, el defensor judicial deberá rendir cuentas de la misma al Letrado o al Juez, (art. 155.1 *in fine* CDFA, reinterpretado con el art. 32 LJV).

IX. LA AUTORIDAD FAMILIAR PRORROGADA O REHABILITADA.

Las medidas de apoyo hasta aquí analizadas se complementan con las figuras de la autoridad familiar prorrogada o rehabilitada, cuyo concreto alcance será asistencial o representativo, según la persona con discapacidad, una vez alcanzada la mayoría de edad y en el oportuno proceso (antes de incapacitación y ahora de provisión de medidas judiciales de apoyo), sea equiparado por el Juez al menor de edad mayor o menor de catorce años.

En particular, el art. 41 CDFA contempla la prórroga *ope legis* de la autoridad familiar (o, en su caso, de la tutela) respecto de aquellos “incapacitados” durante su minoría de edad, cuando alcanzan la mayoría de edad; previsión esta que, a mi juicio, actualmente resulta inaplicable en atención a la nueva legislación procesal que, además de impedir la incapacitación, parece restringir la provisión de medidas judiciales de apoyo a los mayores de edad.

Por su parte, el art. 42 CDFA permite la rehabilitación, también por ministerio de ley, de la autoridad familiar para aquellos “incapacitados” (entiéndase, provistos judicialmente de apoyos) tras su mayoría de edad, siempre que permanezcan

36 Según advierten PARRA LUCÁN, M.A.: “Las relaciones”, cit., p. 252; y LACRUZ MANTECÓN, M.: “Comentario al art. 151 CDFA”, en AA.VV., *Código*, cit., p. 305.

37 De acuerdo con CALATAYUD SIERRA, A.: “La reforma”, cit., p. 165.

solteros y convivan con alguno de los antiguos titulares de aquella (ya sean los progenitores o subsidiariamente el padrastro/madrastra, los abuelos o los hermanos mayores), y no hayan hecho uso de la delación voluntaria, en cuyo caso habrá de respetarse, como regla, a tenor de lo dispuesto en el art. 114.2 CDFA.

Ahora bien, en Derecho aragonés esta prórroga o rehabilitación de la autoridad familiar prevista legalmente no opera de modo absolutamente automático, toda vez que el art. 43 CDFA faculta al Juez a prescindir de la misma para, en su lugar, constituir la tutela o curatela, en atención a las circunstancias concretas del caso, tanto de la persona con discapacidad como de sus parientes a quienes correspondería ejercer la autoridad familiar prorrogada o rehabilitada³⁸.

X. LA GUARDA DE HECHO.

En Derecho aragonés, al igual que en Derecho estatal, la guarda de hecho se configura como una medida fáctica de apoyo de las personas con discapacidad, a diferencia de las instituciones hasta aquí examinadas. En concreto, según dispone el art. 156 CDFA, hay guarda de hecho cuando una persona (física o jurídica, precisa su Preámbulo) por su propia iniciativa y, por ende, sin previo nombramiento ni habilitación legal, se ocupa del cuidado de una persona con discapacidad.

Precisando más esta idea, el mismo art. 156 califica de guarda de hecho dos supuestos que habrán de revisarse *ad futurum*, dado que se vinculan a la “incapacitación”, bien como estado previo (cuando una persona se ocupa de hecho, del cuidado de una persona que “podría ser incapacitada”, pero no lo ha sido) o simultáneo a la misma (cuando una persona, sin estar obligada legalmente, se hace cargo de las funciones de protección/apoyo de una persona “incapacitada” en desamparo no declarado formalmente por la Administración).

Por añadidura, en el régimen aragonés vigente la guarda de hecho se contempla como una situación transitoria que debe cesar³⁹. En este sentido, el CDFA impone al guardador la obligación de comunicar el hecho de la guarda al Juez o al Ministerio Fiscal (art. 157), así como la obligación de promover la constitución de la tutela o curatela, so pena de incurrir en responsabilidad por los daños causados (art. 131.1).

En cualquier caso, el CDFA no deja la guarda de hecho al margen del control judicial. Así, su art. 158.1, de modo coincidente con el art. 52.1 LJV, impone al Juez la obligación de requerir al guardador para que le informe de la situación personal y patrimonial del sujeto a su guarda, así como de su concreta actuación al respecto.

38 Como pone de relieve BAYOD LÓPEZ, C.: “Comentario a los arts. 41 a 45 CDFA”, en AA.VV., *Código*, cit., p. 152.

39 Así lo entiende, igualmente, PARRA LUCAN, M.A.: “Las relaciones”, cit., p. 254.

Ahora bien, para ello será preciso que el Juez conozca de la existencia de la guarda de hecho y obviamente ello puede resultar difícil en la práctica si no se pone en su conocimiento ya sea por el propio guardador tal y como le exige el art. 157 del texto legal aragonés o a instancia del Ministerio Fiscal, del sometido a la guarda de hecho o de cualquiera que tenga un interés legítimo, de acuerdo con el art. 52.1 LJV. Por su parte, el art. 158.2 CDFA, en relación con el art. 52.2 LJV, faculta al Juez a establecer las medidas de vigilancia y control que estime oportunas, mientras se prolongue en el tiempo esta situación fáctica; ello sin perjuicio de promover la constitución de la curatela o, en su caso, tutela, de estimarse necesario.

En Derecho aragonés el ámbito de actuación del guardador de hecho se encuentra circunscrito al cuidado de la persona del guardado y a realizar actos necesarios de administración de su patrimonio. No se extiende, sin embargo, a los actos de administración extraordinarios ni de disposición del patrimonio de quien se encuentre bajo esta medida de apoyo. Dentro del ámbito de actuación referido, el CDFA le atribuye la representación legal y, es más, le permite acreditar tal condición mediante declaración de la Junta de Parientes (art. 159.1 y 2), sin necesidad de intervención judicial,

Ahora bien, más allá de esta previsión legal, lo cierto es que en la práctica existen muchas reticencias a admitir la actuación representativa de un guardador de hecho desde el momento que carece de un título que acredite su existencia, más allá de la posible declaración de la Junta de Parientes de la persona con discapacidad a que se refiere el art. 159.2. Este precepto, en particular, permite justificar la necesidad del acto de administración a desarrollar por el guardador de hecho, así como su condición mediante declaración de la Junta de Parientes constituida a tal efecto. Complementariamente, el art. 159.3 reconoce la validez de los actos declarados necesarios por la Junta. Los demás actos realizados por el guardador serán anulables, salvo que se acredite que han resultado útiles o beneficiosos para la persona con discapacidad.

XI. LA ADMINISTRACIÓN VOLUNTARIA.

No puede finalizarse el examen del vigente sistema de apoyos de las personas con discapacidad en Derecho aragonés sin reparar en la institución de la administración voluntaria. Bajo esta denominación, el art. 107 CDFA reconoce a quien disponga de bienes a título gratuito, ya sea *inter vivos* (en virtud de donación) o *mortis causa* (mediante testamento, pacto sucesorio o fiducia sucesoria), a favor de una persona "incapacitada" (entiéndase provista judicialmente de apoyo), la potestad de configurar el régimen jurídico de la gestión (ya sea la administración y/o disposición) de tales bienes. El disponente puede así establecer reglas de

gestión al margen de lo dispuesto legalmente, así como nombrar un administrador *ad hoc* para tales bienes.

Centrando nuestra atención en esta última posibilidad, el nombramiento de un administrador por parte del disponente da lugar a la administración voluntaria de los bienes que ha atribuido a la persona con discapacidad, con la consiguiente exclusión de la gestión del cargo tutelar (o, en su caso, de los progenitores titulares de la autoridad familiar rehabilitada).

El apoyo a prestar por el administrador voluntario a la persona con discapacidad se limitará a la administración y disposición de los bienes atribuidos a éste a título gratuito por quien lo ha designado. Dicho administrador tendrá todas las facultades propias para llevar a cabo una adecuada gestión de los bienes, salvo aquellas excluidas, en su caso, de su competencia por el disponente. Dentro de estas facultades deberá entenderse comprendida, bien la representación si se trata de una persona sujeta a tutela (art. 39 CDFA), bien la prestación de la asistencia cuando esté sujeto a curatela (art. 107.1, 2ª parte CDFA). A partir de ahí, el administrador voluntario deberá ejercer dicha función conforme a las reglas de gestión que haya previsto el propio disponente, entre las cuales, se incluye la posibilidad de excluir la necesidad de autorización de la Junta de Parientes o del Juez para los actos referidos en los arts. 14 y 15 CDFA (según se prevé expresamente en el art. 107.3 CDFA), así como de eludir los mecanismos previstos en el art. 13 CDFA para los supuestos de oposición de intereses.

Por añadidura, según clarifica el art. 107.2 CDFA su nombramiento será eficaz, sin necesidad de intervención judicial, desde la persona con discapacidad adquiera los bienes que le han sido transmitidos ya sea por donación, herencia o legado.

Cuando por cualquier causa, voluntaria o involuntaria, cese en su función el administrador, el art. 107.4 CDFA otorga, de nuevo, preferencia a la voluntad del disponente, contemplando la posibilidad de que le haya designado un sustituto. Sólo en defecto de tal “sustituto voluntario”, las funciones atribuidas a aquél por el disponente serán recuperadas por el tutor o curador.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ LATA, N. y SEOANE, J.A.: "El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad. Una revisión de los modelos de representación y guarda a la luz de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad", *DPyC*, núm. 24, 2010, pp. 11-66.

BAYOD LÓPEZ, C.: "Comentario a los arts. 41 a 45 CDFA", en AA.VV., *Código del Derecho foral de Aragón: Concordancias, Doctrina y Jurisprudencia*, Delgado Echeverría (dir.), C. Bayod López y J.A. Serrano García (coords.), Gobierno de Aragón, Zaragoza, 2015, pp. 150-162.

BONET NAVARRO, Á.: "La reforma de la jurisdicción voluntaria y el Derecho civil aragonés", en AA.VV., *Actas de los XXVII Encuentros del Foro de Derecho Aragonés (2017)*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, pp. 127-156.

CALATAYUD SIERRA, A.: "La reforma de la jurisdicción voluntaria y el Derecho civil aragonés", en AA.VV., *Actas de los XXVII Encuentros del Foro de Derecho Aragonés (2017)*, 2018, Zaragoza, pp. 157-168

GARCÍA CANO, T.: "Autotutela y poderes preventivos", *Actas de los XV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés (2005)*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2006, pp. 117-130.

LACRUZ BERDEJO, J.L.: "Informe sobre la tutela", en Comisión Compiladora del Derecho foral aragonés, *Informes del Seminario (1954-1958)*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, vol. I, pp. 245-350.

LACRUZ MANTECÓN, M.: "Comentario al art. 151 CDFA", en AA.VV., *Código del Derecho foral de Aragón: Concordancias, Doctrina y Jurisprudencia*, Delgado Echeverría (dir.), C. Bayod López y J.A. Serrano García (coords.), Gobierno de Aragón, Zaragoza, 2015, pp. 299-300.

MORENO MARTÍNEZ, J.A.: "Problemática actual del defensor judicial: Hacia una nueva concepción de la institución", *RDP*, núm. 5, 2018, pp. 43-72.

PARRA LUCÁN, M.A.: "Las relaciones tutelares" (aptdo. 4)", en AA.VV.: *Manual de Derecho civil aragonés*, Delgado Echeverría (dir.), Parra Lucán (coord.), 4ª ed., El Justicia de Aragón-Ibercaja, Zaragoza, 2012, pp. 208-221.