



Universidad de Oviedo
Universidá d'Uviéu
University of Oviedo

MÁSTER UNIVERSITARIO EN ABOGACÍA

TRABAJO FIN DE MÁSTER

«Las medidas de apoyo a las personas con discapacidad. Un análisis jurídico del
Título XI del Libro I del Código Civil»

Alumno: Adrián García Pacios

RESUMEN

La entrada en vigor de la Ley 8/2021 ha supuesto un cambio de paradigma sin precedentes para el Derecho civil español. La adaptación del Ordenamiento jurídico interno al artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha traído consigo una serie de consecuencias, entre las que destaca la unión en el término «capacidad jurídica» de la antigua disociación capacidad jurídica-de obrar, la abolición de la incapacitación como estado civil o la desaparición de la tutela del ámbito de las personas con discapacidad. En el momento actual, son cuatro las medidas que configuran el llamado «sistema de apoyos»: las medidas voluntarias, la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial. A lo largo de este Trabajo de Fin de Máster se pretende realizar un análisis crítico de todas estas instituciones y de sus principales características, así como estudiar las virtudes y flaquezas de la nueva regulación en materia de capacidad jurídica, todo ello con un ánimo constructivo y con el objetivo de mejorar, *lege ferenda*, la nueva regulación.

ABSTRACT

The new Law 8/2021 has supposed a paradigm change for the Spanish Civil Law. The adaptation of the Spanish legal system to the article 12 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities has caused some consequences, such as the union in the concept «legal capacity» of the terms «legal standing-legal agency», the abolition of incapacitation as a civil status or the disappearing of the guardianship for people with disabilities. Currently, there are four support measures: the voluntary measures, the guardian, the curatorship, and the judicial defender. Throughout this Trabajo de Fin de Máster, we pretend to make a critical analysis about these institutions and their main characteristics, as well as studying the virtues and weaknesses of the new legal capacity regulation. We have a constructive wish, and our objective is to improve the new legislation.

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

AA. VV.	Autores varios
Art.	Artículo
CC	Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil
CCCat	Código Civil de Cataluña
CCom	Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio
CDPD	Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, celebrada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006
CE	Constitución Española
Cfr.	Confróntese
Dir.	Director
EM	Exposición de Motivos
Etc.	Etcétera
FD	Fundamento de Derecho
FJ	Fundamento Jurídico
LAJ	Letrado de la Administración de Justicia
LAPD	Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
LH	Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria
LJV	Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria
LN	Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862
LO	Ley Orgánica

LPP	Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad
LRC	Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil
MF	Ministerio Fiscal
OGC	Observación General N.º 1 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2014)
Op. cit.	Obra citada
Pág.	Página
Págs.	Páginas
Rec.	Número de recurso
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TRLGDPD	Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social
TS	Tribunal Supremo

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN	1
2. LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, CELEBRADA EN NUEVA YORK EL 13 DE DICIEMBRE DE 2006	3
2.1. PROPÓSITO Y PRINCIPIOS.....	3
2.2. EL ARTÍCULO 12 COMO EJE CENTRAL DEL NUEVO PARADIGMA EN MATERIA DE CAPACIDAD JURÍDICA.....	5
3. LAS MEDIDAS DE APOYO EN EL CÓDIGO CIVIL	10
3.1. ESTUDIO DE LOS ANTECEDENTES.....	10
3.2. DISPOSICIONES GENERALES. CONCEPTO, CLASIFICACIÓN Y PRINCIPIOS	16
3.3. LAS MEDIDAS VOLUNTARIAS DE APOYO.....	21
3.4. LA GUARDA DE HECHO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.....	24
3.5. LA CURATELA Y LA AUTOCURATELA.....	27
3.5.1. CONCEPTO Y CARACTERES.....	27
3.5.2. NOMBRAMIENTO DEL CURADOR.....	32
3.5.3. EJERCICIO DE LA CURATELA Y EXTINCIÓN DE LA INSTITUCIÓN.....	35
3.6. EL DEFENSOR JUDICIAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.....	38
CONCLUSIONES	40
BIBLIOGRAFÍA	45
ÍNDICE JURISPRUDENCIAL	51

1. INTRODUCCIÓN

«*Igual reconocimiento como persona ante la Ley*». Así es como se rubrica el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, celebrada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (en adelante, CDPD). Este precepto ha supuesto un cambio de paradigma sin precedentes en el Derecho español, hasta el punto de que una institución clásica del Derecho privado patrio, como es la tutela, ha desaparecido del ámbito de las personas mayores de edad o menores emancipadas con discapacidad, quedando circunscrita a los menores de edad no emancipados en situación de desamparo o no sujetos a patria potestad (artículo 199 del Código Civil -CC-). De igual modo, la incapacitación ha desaparecido de nuestro Derecho civil como un estado civil, por lo que padecer una determinada discapacidad no puede ser motivo para modificar la capacidad de la persona.

La CDPD fue ratificada por España el 23 de noviembre de 2007 y publicada en el Boletín Oficial del Estado el 21 de abril de 2008 (BOE núm. 96), por lo que, en virtud de los artículos 10.2 y 96.1 de la Constitución Española (CE) y 1.5 CC, ha pasado a formar parte del Ordenamiento jurídico español de manera que todos los derechos fundamentales y libertades reconocidas por la CE en materia de discapacidad habrán de interpretarse de conformidad con dicho Texto Internacional.

Como consecuencia de esta circunstancia, y tras una serie de hitos jurisprudenciales y legislativos que se explicarán someramente a lo largo de estas líneas, hemos llegado a la reciente aprobación de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (LAPD), que entró en vigor el día 3 de septiembre de 2021.

La LAPD se estructura en ocho artículos que suponen sendas modificaciones de diversas normas del Derecho privado español. El primer artículo reforma la Ley del Notariado, de 28 de mayo de 1862 (LN). El segundo, que es el de mayor extensión y donde vamos a centrar nuestro estudio, modifica el CC. El tercero, la Ley Hipotecaria, aprobada por Decreto de 8 de febrero de 1946 (LH). El cuarto, la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC). El quinto, la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad (LPP). El sexto, la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (LRC), que ha entrado hace escasos meses en vigor tras una *vacatio legis* de diez años. El séptimo, la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (LJV). Y el octavo, que

fue acertadamente introducido durante la tramitación parlamentaria, garantizando así la armonía del nuevo sistema y su seguridad jurídica, que reforma tres preceptos del Código de Comercio (CCom).

No obstante, en este Trabajo de Fin de Máster, y dado el profundo calado de la reforma, no se pretende hacer un estudio exhaustivo de todos y cada uno de los preceptos referenciados, sino un análisis crítico de las llamadas «*medidas de apoyo*» que la Ley 8/2021 ha introducido en el novedoso Título XI del Libro Primero del CC. Nos centraremos en explicar la configuración de cada una de ellas en el nuevo sistema y sus características más destacadas.

Previamente, haremos una sucinta referencia al propósito y los principios consagrados por la CDPD, Texto que, como hemos indicado previamente, es la base de esta importante reforma, ciñéndonos principalmente a su artículo 12 y la Observación General N.º 1 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2014) -en adelante, OGC-, documento que interpreta cada uno de los apartados de dicho precepto e insta a los Estados Parte a adoptar las medidas necesarias para adaptar sus Ordenamientos jurídicos a este «*sistema de apoyos*» (reténgase e *infra*). No debemos olvidar que a la Convención le acompaña un Protocolo facultativo relativo al Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad cuya ratificación implica la aceptación por los Estados Parte de las competencias en esta materia de dicho Comité. España, al haber ratificado ambos instrumentos sin formular reservas, se encuentra plenamente vinculada por los dos.

Tras estudiar estos dos textos normativos (CDPD y LAPD), y concretamente las nuevas medidas de apoyo reguladas en el Título XI del Libro Primero del CC, haremos un profundo análisis crítico de este nuevo sistema, destacando sus virtudes pero también sus flaquezas, y expondremos nuestras impresiones acerca de las instituciones que lo componen.

Como se puede observar en las líneas precedentes, este tema de gran actualidad y calado guarda mucha relación con los contenidos impartidos en el Máster Universitario en Abogacía, concretamente con el estudio de la capacidad de la persona en el Módulo de Litigación Civil.

2. LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, CELEBRADA EN NUEVA YORK EL 13 DE DICIEMBRE DE 2006

2.1. PROPÓSITO Y PRINCIPIOS

A tenor del primer apartado del artículo 1 de la CDPD, su propósito es *«promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente»*.

Por otra parte, la CDPD ha supuesto un cambio fundamental de la concepción de la discapacidad. El artículo 1.2 de la CDPD ha modificado su significado, de tal manera que desde la entrada en vigor de dicha Convención debemos entender que las personas con discapacidad son aquellas *«que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás»*. Nótese el matiz: lo determinante para hablar de «persona con discapacidad» no es que una persona padezca un déficit físico, mental o sensorial, sino que una persona con esas deficiencias, al entrar en contacto con diversas barreras presentes en la sociedad, no puede participar plenamente en ella ni está en las mismas condiciones que las demás.

En otras palabras, la CDPD ha venido a consagrar lo que se conoce como *«modelo social de la discapacidad»*¹, sustituyendo al entonces vigente *«modelo médico o rehabilitador»*. La diferencia entre ambos es clara. Mientras el modelo médico consideraba persona con discapacidad a aquella con una deficiencia física, psíquica o sensorial a largo plazo que le impide gobernarse por sí misma (lo que coincide plenamente con la redacción del artículo 200 del CC anterior a la reforma)², el modelo social aboga por entender que el problema se encuentra en una sociedad que en su diseño no ha tenido en cuenta a las personas con discapacidad e

¹ En términos de CUENCA GÓMEZ *«Este modelo entiende que la discapacidad está originada no tanto por las limitaciones personales ocasionadas por el padecimiento de una deficiencia –como sostiene el modelo médico– sino por las limitaciones de una sociedad que no tiene presente en su diseño la situación de las personas con discapacidad generando barreras que las excluyen y discriminan. De este modo, no son las personas con discapacidad las que tienen que adaptarse y rehabilitarse para poder participar plenamente en la vida social, sino que es la sociedad la que debe re-diseñarse para garantizar su inclusión en igualdad de condiciones»* (MUNAR BERNAT P.A.: «La curatela: Principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad». *Revista de Derecho Civil*. Volumen V. Número 3. 2018. Pág. 122).

² Dicho precepto disponía que *«son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma»*.

impide su participación plena en igualdad de condiciones que las demás, por lo que ha de rediseñarse para tenerlas en cuenta. Esta definición consagrada por la CDPD ha sido acuñada por el artículo 4.1 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (TRLGDPD)³.

Especial mención merece asimismo el término «ajustes razonables». El artículo 2 de la CDPD los define como aquellas modificaciones y adaptaciones necesarias para garantizar a las personas con discapacidad el pleno goce de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones que las demás, pero con una limitación: siempre y cuando no impongan una carga desproporcionada o indebida. Al igual que ocurría con el término «persona con discapacidad», este concepto ha sido incluido por el TRLGDPD en su artículo 2.m) -si bien con un mayor nivel de detalle⁴- y ha inspirado la reforma operada por la LAPD, dando lugar a la incorporación de los artículos 7 bis en la LEC y en la LJV⁵, cuyo tenor literal es el mismo.

Para terminar con este primer apartado, hemos de destacar que los principios que inspiran la CDPD, según su artículo 3, son: (a) el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las

³ Igualmente, el artículo 2.a) del TRLGDPD define discapacidad como la «situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás».

⁴ Dice el artículo 2.m) del TRLGDPD que ajustes razonables son «las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas del ambiente físico, social y actitudinal a las necesidades específicas de las personas con discapacidad que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular de manera eficaz y práctica, para facilitar la accesibilidad y la participación y para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos».

⁵ «1. En los procesos en los que participen personas con discapacidad, se realizarán las adaptaciones y los ajustes que sean necesarios para garantizar su participación en condiciones de igualdad.

Dichas adaptaciones y ajustes se realizarán, tanto a petición de cualquiera de las partes o del Ministerio Fiscal, como de oficio por el propio Tribunal, y en todas las fases y actuaciones procesales en las que resulte necesario, incluyendo los actos de comunicación. Las adaptaciones podrán venir referidas a la comunicación, la comprensión y la interacción con el entorno.

2. Las personas con discapacidad tienen el derecho a entender y ser entendidas en cualquier actuación que deba llevarse a cabo. A tal fin:

a) Todas las comunicaciones con las personas con discapacidad, orales o escritas, se harán en un lenguaje claro, sencillo y accesible, de un modo que tenga en cuenta sus características personales y sus necesidades, haciendo uso de medios como la lectura fácil. Si fuera necesario, la comunicación también se hará a la persona que preste apoyo a la persona con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica.

b) Se facilitará a la persona con discapacidad la asistencia o apoyos necesarios para que pueda hacerse entender, lo que incluirá la interpretación en las lenguas de signos reconocidas legalmente y los medios de apoyo a la comunicación oral de personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas.

c) Se permitirá la participación de un profesional experto que a modo de facilitador realice tareas de adaptación y ajuste necesarias para que la persona con discapacidad pueda entender y ser entendida.

d) La persona con discapacidad podrá estar acompañada de una persona de su elección desde el primer contacto con las autoridades y funcionarios».

personas; (b) la no discriminación; (c) la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad; (d) el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas; (e) la igualdad de oportunidades; (f) la accesibilidad; (g) la igualdad entre el hombre y la mujer; y (h) el respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad. Todos estos principios figuran igualmente en el artículo 3 del TRLGDPD, a los que debemos añadir otros cuatro que no constan en el referenciado precepto de la CDPD: la normalización, el diseño universal, el diálogo civil y la transversalidad de las políticas en materia de discapacidad.

Todos ellos son de una inestimable importancia, si bien el respeto a la dignidad inherente, la autonomía individual, la libertad de tomar las propias decisiones y la independencia de las personas -artículo 3.a) de la CDPD y del TRLGDPD- quizá se erige como el principio que mayor influencia tiene en relación con el artículo 12 de la CDPD, que procedemos a estudiar a continuación.

2.2. EL ARTÍCULO 12 COMO EJE CENTRAL DEL NUEVO PARADIGMA EN MATERIA DE CAPACIDAD JURÍDICA

Si bien la CDPD se compone de un total de cincuenta artículos, muchos de ellos de una importancia primordial que han inspirado sendas reformas en nuestro Derecho (*infra*), creemos conveniente realizar un estudio detenido de este precepto dadas las trascendentales consecuencias que ha ocasionado la adaptación de nuestro Ordenamiento jurídico al mismo.

Comenzamos este Trabajo de Fin de Máster haciendo mención a la rúbrica de este precepto: «*Igual reconocimiento como persona ante la Ley*». Y es que el artículo 12 de la

CDPD⁶ es el que ha motivado la reforma emprendida por la Ley 8/2021⁷. No debemos olvidar en este punto el artículo 4.1.a) de la CDPD, que obliga a los Estados Parte a adoptar las medidas legislativas oportunas para hacer efectivos los derechos reconocidos en la Convención.

Resulta imposible realizar un análisis del artículo 12 de la CDPD sin estudiar la Observación general N° 1 (2014), en la que el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad realiza una interpretación detallada de cada uno de los párrafos del citado precepto.

El Comité parte de la consideración de que se ha producido un *«malentendido general acerca del alcance exacto de las obligaciones de los Estados partes»*⁸ e insta a los diferentes países signatarios de la CDPD a adaptar sus legislaciones nacionales a las disposiciones del precepto. Haciendo mención a nuestro país, dicho Organismo, en sus Observaciones finales sobre los informes periódicos segundo y tercero combinados de España, de fecha 9 de abril de 2019, se muestra preocupado por la redacción de la legislación civil española, en la que se contempla la privación de la capacidad jurídica por motivo de discapacidad y la sustitución en la toma de decisiones, e insta a nuestro país a derogar todas esas disposiciones para reconocer la plena capacidad jurídica de este colectivo, además de proceder a adaptar nuestro Ordenamiento jurídico y acuñar el llamado *«sistema de apoyos»* (párrafos 22 y 23).

⁶ «1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.

2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.

3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.

4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.

5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria».

⁷ La propia Exposición de Motivos de la Ley 8/2021 comienza diciendo: «La presente reforma de la legislación civil y procesal pretende dar un paso decisivo en la adecuación de nuestro ordenamiento jurídico a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, tratado internacional que en su artículo 12 proclama que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, y obliga a los Estados Partes a adoptar las medidas pertinentes para proporcionar a las personas con discapacidad acceso al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica».

⁸ Cfr. Párrafo 3 de la OGC.

Centrándonos ya en el contenido material del artículo 12, su primer apartado parte del reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas con discapacidad. Es más, la capacidad jurídica en condiciones de igualdad con las demás personas se torna en «*conditio sine qua non*» para el ejercicio de los derechos humanos de dicho colectivo⁹.

No obstante, quizá son dos los hitos que podemos destacar acerca de este precepto.

Por un lado, la CDPD rompe uno de los principios tradicionalmente básicos del Derecho privado patrio, como es la disociación entre capacidad jurídica (aptitud para ser titular de derechos y obligaciones) y capacidad de obrar (aptitud para ejercitar esos derechos y obligaciones en el tráfico jurídico). Así pues, el Comité considera la capacidad jurídica como un todo inseparable, es decir, toda persona, por el simple hecho de serlo, puede ser titular de derechos y obligaciones, y además está legitimada para ejercitarlos. La discapacidad no puede ser una causa que justifique la privación o la modificación de la capacidad jurídica de las personas, sino que ambas facetas convergen en el término «*capacidad jurídica*»¹⁰¹¹. Si una persona con discapacidad no puede tomar una determinada decisión *per se*, el Estado debe garantizarle un «*apoyo*», es decir, contar con un tercero que le coadyuve a tomarla y que respete siempre la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad (reténgase).

Esto último lo debemos relacionar con otro detalle muy importante, y es que la CDPD supone un cambio de paradigma sin precedentes. Efectivamente, la propia OGC dispone que deben superarse los llamados «*sistemas de sustitución*», que habrán de ser reemplazados por los denominados «*sistemas de apoyo en la toma de decisiones*»¹². El propio nombre de ambos sistemas nos puede dar una certera idea de en qué puede consistir cada uno de ellos.

⁹ «El derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley entraña que la capacidad jurídica es un atributo universal inherente a todas las personas en razón de su condición humana y debe mantenerse para las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás» (párrafo 8 de la OGC).

¹⁰ «La capacidad jurídica incluye la capacidad de ser titular de derechos y la de actuar en derecho. La capacidad jurídica de ser titular de derechos concede a la persona la protección plena de sus derechos por el ordenamiento jurídico. La capacidad jurídica de actuar en derecho reconoce a esa persona como actor facultado para realizar transacciones y para crear relaciones jurídicas, modificarlas o ponerles fin. El derecho al reconocimiento como actor jurídico está establecido en el artículo 12, párrafo 5, de la Convención, en el que se expone la obligación de los Estados partes de tomar "todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y [velar] por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria» (párrafo 12 de la OGC).

¹¹ Recordemos que la redacción anterior a la reforma de los artículos 756 y siguientes de la LEC tenía por objeto la incapacidad, es decir, la modificación de la capacidad de obrar de la persona.

¹² En palabras del párrafo 26 de la OGC, «En sus observaciones finales sobre los informes iniciales de los Estados partes, en relación con el artículo 12, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha declarado en repetidas ocasiones que los Estados partes deben "examinar las leyes que regulan la guarda y la tutela y tomar medidas para elaborar leyes y políticas por las que se reemplacen los regímenes basados en la

En el primero de ellos, se considera que la persona con discapacidad no tiene la suficiente capacidad para tomar decisiones por sí misma y, por ende, ha de ser sustituida por una tercera persona que la represente, que la sustituya en la toma de decisiones atendiendo a su interés superior. En cambio, el sistema de apoyos en la toma de decisiones¹³, que es el vigente hoy en día tras la reforma operada por la Ley 8/2021, entiende que toda persona tiene capacidad jurídica por el simple hecho de serlo, que nadie puede ser privado de ella como consecuencia de su discapacidad y que, en caso de no poder tomar una decisión por sí misma, se le prestará un apoyo por un tercero que le asistirá en atención a su voluntad, deseos y preferencias¹⁴. Ese apoyo en ningún caso puede consistir en decidir por la persona con discapacidad, sino que el poder de decisión le corresponde exclusivamente a ésta, reconociéndosele incluso el derecho a equivocarse como cualquier otra persona¹⁵.

Asimismo, el Comité señala expresamente que debe suprimirse toda referencia a un «interés superior objetivo». Considera dicho Organismo que lo que ha de primar es exclusivamente la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, aunque ello suponga un riesgo o una equivocación a la hora de tomar la decisión. Ahora bien, cabe plantearse qué solución adoptar cuando quien preste el apoyo no pueda conocer esa voluntad, deseos y preferencias. En este supuesto, la Observación considera que debemos sustituir ese interés superior por la «*mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias*». Una de las críticas que nos plantea *prima facie* esta afirmación es qué ocurre en esos supuestos en que la discapacidad cognitiva de la persona es tan grave que ni siquiera se pueda atisbar esa interpretación. No es lo mismo tener una discapacidad intelectual leve, que más bien poco afecta

sustitución en la adopción de decisiones por un apoyo para la adopción de decisiones que respete la autonomía, la voluntad y las preferencias de la persona».

¹³ Dice LÓPEZ SAN LUIS que «*en el sistema de apoyos interviene un tercero, como sucede en los sistemas de sustitución, pero su papel es muy distinto, pues de lo que trata es de ayudar a decidir a la persona con discapacidad por sí misma; por eso, las medidas de apoyo tienen que ser entendidas como medidas promocionales de la autonomía y de la capacidad tratando de potenciar al máximo la posibilidad de ejercicio de los derechos por parte de la persona con discapacidad. En tal sentido, el concepto de autonomía que se deduce de la Convención es mucho más amplio que el de la autonomía de la voluntad, como manifestación de poder de autorregulación que asiste a los particulares, relacionándose con la autonomía de la persona que sufre discapacidad para tomar sus propias decisiones, omnicompreensivo de otros conceptos como la independencia, la dignidad o, en definitiva, el respeto al protagonismo de la persona*». (LÓPEZ SAN LUIS, R.: «El principio de respeto a la voluntad de la persona con discapacidad en la Convención de Nueva York (2006), y su reflejo en el anteproyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad». *InDret Derecho Privado*. Número 2.20. 2020. Pág. 120).

¹⁴ «*El artículo 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, en cambio, deja en claro que el "desequilibrio mental" y otras denominaciones discriminatorias no son razones legítimas para denegar la capacidad jurídica (ni la capacidad legal ni la legitimación para actuar). En virtud del artículo 12 de la Convención, los déficits en la capacidad mental, ya sean supuestos o reales, no deben utilizarse como justificación para negar la capacidad jurídica*» (párrafo 13 de la OGC).

¹⁵ En términos del párrafo 22 de la OGC, «*...la protección debe respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, incluido el derecho a asumir riesgos y a cometer errores*».

a la toma de decisiones, que tener una discapacidad cognitiva grave desde edades tempranas¹⁶. En una situación así, quien preste el apoyo tiene muy difícil conocer esa voluntad de la persona o esa mejor interpretación. Consideramos que el legislador español ha sido más prudente, como se explica *infra*, al prever la posibilidad de nombrar un «curador con facultades representativas»¹⁷. No obstante, ello puede chocar frontalmente con una interpretación estricta del artículo 12 de la CDPD como la conferida por el Comité, ya que dicho Organismo ha dejado claro que no cabe de ninguna manera la sustitución en la toma de decisiones.

De otro lado, conviene precisar también que el artículo 12 de la CDPD dispone que deberán adoptarse las salvaguardias adecuadas para evitar abusos e influencias indebidas¹⁸ y asegurar el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad. Es importante destacar que esas medidas habrán de adaptarse a los principios de necesidad y proporcionalidad y deberán ser revisadas periódicamente por una autoridad judicial independiente e imparcial (apartado 4º del artículo 12 de la CDPD), conceptos que iremos explicando a lo largo de las posteriores líneas.

¹⁶ En estas situaciones podría ser interesante explorar la posibilidad de que el criterio del «interés superior» rigiera con carácter subsidiario, aunque la interpretación del artículo 12 de la CDPD por parte del Comité excluye aparentemente tal posibilidad. Es decir, en primer lugar acudiríamos a la «voluntad, deseos y preferencias» y, cuando no sea posible determinar esa voluntad, se podrían adoptar aquellas medidas que respondan al interés superior de la persona con discapacidad. Es lo que PETIT SÁNCHEZ ha denominado «posición integradora»: «Desde esta posición integradora, la consideración al interés de la persona protegida tiene una doble función: en primer lugar, como criterio secundario de actuación en los supuestos en donde no es fácil ni evidente determinar cuáles son los deseos y preferencias de la persona, ni siquiera intuir qué decisión sería la más ajustada a sus valores y estilo de vida, o la persona manifiesta voluntades contradictorias o cambiantes; en segundo lugar, como criterio moderador de la voluntad libremente manifestada por la persona cuando ésta genera un grave perjuicio, ya sea personal o patrimonial». Y prosigue diciendo más adelante «En suma, para esta tesis, el interés superior de la persona junto a la manifestación de su voluntad, sus deseos y preferencias, expresadas libremente, deben servir como guía que dirija la adopción y determinación de cualquier medida de apoyo a la persona con discapacidad. Esta opción es, desde nuestro punto de vista, la más adecuada en cuanto que combina la importancia que para las personas con discapacidad reviste su autonomía e independencia individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones – principio general declarado en la Convención en el artículo 3, letra a)– con la necesaria guarda y protección de su persona. Es por ello, por lo que estimamos se ha de tener en cuenta su voluntad, preferencias y deseos en primer lugar y de manera prioritaria, y, de forma secundaria y sin perder de vista el objetivo de su protección, su mejor o superior interés» (PETIT SÁNCHEZ, M.: «La adopción de medidas de apoyo para las personas con discapacidad: armonización entre la autonomía de la voluntad y el mejor interés». *Revista de Derecho Civil*. Volumen VII. Número 5. 2020. Pág. 285).

¹⁷ Según el artículo 269.3 del CC, «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». Igualmente, el artículo 249.3 del CC especifica que «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».

¹⁸ El articulado de la CDPD no define «influencia indebida», pero el párrafo 22 de la OGC considera que ésta se produce cuando «la calidad de la interacción entre la persona que presta el apoyo y la que lo recibe presenta señales de miedo, agresión, amenaza, engaño o manipulación».

3. LAS MEDIDAS DE APOYO EN EL CÓDIGO CIVIL

3.1. ESTUDIO DE LOS ANTECEDENTES

Antes de comenzar a explicar las diferentes medidas de apoyo, conviene hacer un breve repaso de la evolución que ha experimentado el llamado «Derecho de la Discapacidad» en nuestro país. Lógicamente no es posible realizar una explicación exhaustiva de todos estos antecedentes, pero sí creemos conveniente hacer una mención somera de los mismos para poder contextualizar el sistema actual.

En primer lugar, en cuanto a los antecedentes legislativos, la protección de la discapacidad no es en absoluto extraña para el legislador español. Prueba de ello es que el artículo 49 de la CE dirige un mandato a los poderes públicos para realizar *«una política de previsión, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos»*. Como se puede apreciar, el término «disminuidos» choca con la legislación vigente en materia de discapacidad y resulta bastante peyorativo. Por esa razón, en el momento actual se encuentra en tramitación el Proyecto de Reforma Constitucional del artículo 49 de la Constitución Española¹⁹, cuya Exposición de Motivos señala expresamente que dicho precepto *«precisa de una actualización en cuanto a su lenguaje y contenido»*²⁰. La redacción proyectada es mucho más extensa que la

¹⁹ La redacción proyectada es la siguiente: *«1. Las personas con discapacidad son titulares de los derechos y deberes previstos en este Título en condiciones de libertad e igualdad real y efectiva, sin que pueda producirse discriminación.*

2. Los poderes públicos realizarán las políticas necesarias para garantizar la plena autonomía personal e inclusión social de las personas con discapacidad. Estas políticas respetarán su libertad de elección y preferencias, y serán adoptadas con la participación de las organizaciones representativas de personas con discapacidad en los términos que establezcan las leyes. Se atenderán particularmente las necesidades específicas de las mujeres y niñas con discapacidad.

3. Se regulará la especial protección de las personas con discapacidad para el pleno ejercicio de sus derechos y deberes.

4. Las personas con discapacidad gozan de la protección prevista en los tratados internacionales ratificados por España que velan por sus derechos».

²⁰La Exposición de Motivos del Proyecto de Reforma Constitucional dice expresamente que *«Paralelamente a todo este proceso de cambio normativo, se producía una demanda sostenida de la sociedad civil articulada en torno a las personas con discapacidad, que venía planteando a los poderes públicos una modificación sustancial del artículo 49 de la Constitución, para acomodarlo a la realidad social y para sentar las bases de una acción pública más vigorosa y eficaz en el futuro.*

En el contexto descrito, resulta patente que la redacción original del artículo 49 de la Constitución Española de 1978, que plasmó el compromiso del constituyente con los derechos y libertades de las personas con discapacidad, precisa de una actualización en cuanto a su lenguaje y contenido. Por un lado, la terminología que emplea no refleja ya los valores que inspiran la protección de este colectivo, tanto en el ámbito nacional como internacional. Por otro, su contenido se basa en una concepción médico-rehabilitadora de la discapacidad, coherente en el momento de su redacción, pero hoy completamente superada por un modelo social de corte igualitario.

actual, todo ello en consonancia con este cambio de paradigma que ha consagrado la CDPD²¹. Este precepto hemos de relacionarlo con el principio de igualdad (artículos 1.1 y 14 de la CE), con el respeto a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 de la CE) y con la obligación de los poderes públicos de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social (artículo 9.2 de la CE).

Una vez referenciado el marco constitucional, resulta imprescindible hacer mención a las diferentes leyes ordinarias que se han ido aprobando desde la entrada en vigor de nuestra Carta Magna. Así, una de las grandes reformas en materia de capacidad vino de la mano de la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de Reforma del Código Civil en materia de tutela. Este texto supuso un hito precisamente por incluir una de las medidas que hoy constituye la piedra angular del nuevo sistema, la curatela, además de reforzar legalmente la figura del guardador de hecho.

Otros cambios trascendentales tuvieron lugar en el año 2003 con la aprobación de las Leyes 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad; y 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (esta última actualmente derogada). La primera de las leyes mencionadas fue especialmente significativa dada la inclusión en nuestro Ordenamiento jurídico de tres figuras novedosas: el patrimonio protegido²² (cuyas previsiones se ven reformadas por el artículo 5 de la Ley 8/2021, aunque no será objeto de desarrollo en este Trabajo), la autotutela (hoy suprimida y sustituida por la

Por todo ello, resulta necesario proceder a la reforma del artículo 49 de la Constitución, de manera que este precepto vuelva a ser referencia para la protección y promoción de los derechos de las personas con discapacidad en España».

²¹ El primer apartado de la Exposición de Motivos del Proyecto de Reforma Constitucional dispone que *«hoy en día, la protección de este colectivo tiene como eje central el contenido de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad [...]. Esta Convención contiene un amplio reconocimiento de los derechos de estas personas y articula mecanismos para promoverlos y protegerlos de forma integral, con el objetivo de paliar su desventaja social. Además, establece los cauces para asegurar su participación, con igualdad de oportunidades, en los ámbitos civil, político, económico, social y cultural».*

²² En términos del artículo 1.1 de la Ley 41/2003, que no ha sido modificado por la Ley 8/2021, *«el objeto de esta ley es favorecer la aportación a título gratuito de bienes y derechos al patrimonio de las personas con discapacidad y establecer mecanismos adecuados para garantizar la afición de tales bienes y derechos, así como de los frutos, productos y rendimientos de éstos, a la satisfacción de las necesidades vitales de sus titulares».* Lo que sí ha sido objeto de reforma es el artículo 3, relativo a la constitución del patrimonio protegido, pudiendo constituirlo tanto la persona con discapacidad beneficiaria, como la persona que preste el apoyo como la persona comisaria o titular de la fiducia sucesoria, cuando esté prevista en la legislación civil, autorizada al respecto por el constituyente de la misma.

autocuratela) y los poderes preventivos, que han sido objeto de incentivo y desarrollo en la reforma.

En el año 2011, como consecuencia de la ratificación y entrada en vigor de la CDPD en España, el legislador nacional aprobó la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Si bien modificó varios textos legales, dejó intactos tanto el CC como la LEC, por lo que España seguía sin ajustar su Ordenamiento jurídico al artículo 12 de la CDPD. No obstante, un aspecto a destacar es que la Disposición Adicional 7ª de la Ley 26/2011 dirigió un mandato al Gobierno para que en el plazo de un año remitiera a las Cortes Generales un proyecto de ley de adaptación normativa del Ordenamiento jurídico para dar cumplimiento al artículo 12 de la CDPD. Este plazo de un año, como se puede apreciar, ha sido manifiestamente incumplido, ya que no ha sido hasta diez años después de la entrada en vigor de la Ley 26/2011 cuando dicha modificación ha tenido lugar.

Otro de los grandes hitos ha sido también el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. Su objetivo consistió en aglutinar una serie de disposiciones relativas a los derechos de las personas con discapacidad, recogiendo, como ya hemos expresado, varios términos acuñados por la CDPD. Resulta especialmente señero su artículo 6, en virtud del cual se consagra el respeto a la autonomía de las personas con discapacidad²³.

Con posterioridad al referenciado Texto refundido, se han aprobado otras disposiciones realmente relevantes con el objeto que garantizar dentro del Ordenamiento jurídico español varios derechos de las personas con discapacidad consagrados en la CDPD, a saber: la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal²⁴; la Ley 4/2017, de 28 de junio, que modificó la Ley 15/2015, de

²³ «1. El ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad se realizará de acuerdo con el principio de libertad en la toma de decisiones.

2. Las personas con discapacidad tienen derecho a la libre toma de decisiones, para lo cual la información y el consentimiento deberán efectuarse en formatos adecuados y de acuerdo con las circunstancias personales, siguiendo las reglas marcadas por el principio de diseño universal o diseño para todas las personas, de manera que les resulten accesibles y comprensibles.

En todo caso, se deberá tener en cuenta las circunstancias personales del individuo, su capacidad para tomar el tipo de decisión en concreto y asegurar la prestación de apoyo para la toma de decisiones».

²⁴ No obstante, dicha reforma ha supuesto básicamente una adaptación de términos. Así, el apartado XXVII de la Exposición de Motivos dispone que «es preciso llevar a cabo una adecuación de la referida Convención a nuestro Código Penal, y ello exige una actualización de los términos empleados para referirse a las personas con discapacidad».

2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria para garantizar el derecho a contraer matrimonio de este colectivo (artículo 23 de la CDPD); la Ley Orgánica 1/2017, de 13 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, para preservar la participación de las personas con discapacidad sin exclusiones (artículos 5, 12, 13 y 29 de la CDPD)²⁵; y la Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, para la modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General en orden a garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad (artículo 29 de la CDPD)²⁶. Finalmente, arribamos a la Ley 8/2021, que ha terminado por adaptar nuestro Derecho al previamente analizado artículo 12 de la CDPD.

Paralelamente, dentro de la doctrina jurisprudencial de nuestro Tribunal Supremo se estaban produciendo nuevas interpretaciones relevantes. El punto de inflexión lo marcó la Sentencia de la Sala Primera del Alto Tribunal, N° 282/2009, de 29 de abril (Rec. 1259/2006). En este supuesto, el Ministerio Fiscal (MF), trayendo a colación los criterios de la CDPD, entendía que la incapacitación era una medida discriminatoria y que la institución más acorde a la Convención era la curatela *«desde el modelo de apoyo y asistencia y el principio del superior interés de la persona con discapacidad»*, al tratarse de una medida más graduable y abierta. Consideró asimismo que la incapacitación vulneraba la dignidad del incapaz y su derecho a la igualdad, dado que le privaba de su capacidad de obrar.

El Tribunal Supremo, tras realizar un breve resumen de la doctrina jurisprudencial sentada por el órgano jurisdiccional desde la Sentencia de 5 de marzo de 1947, entendió que la incapacitación no cambiaba la titularidad de los derechos fundamentales, puesto que toda persona es titular de éstos por el mero hecho del nacimiento (cfr. artículos 29 y 30 del CC), sino que simplemente determinaba la forma de ejercitarlos. Estima asimismo el Tribunal Supremo que la incapacitación no vulneraba el principio de igualdad sino que estaba justificada por la

²⁵ La Exposición de Motivos de esta Ley Orgánica señala que *«el 3 de mayo de 2008 entró en vigor en España la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad que recoge el derecho de igualdad, en su artículo 5; el derecho a la igualdad ante la ley en su artículo 12; el derecho de acceso a la justicia, incluido el ajuste de los procedimientos para facilitar su desempeño de las funciones efectivas como participantes directos e indirectos, en su artículo 13; y el derecho de participación en asuntos públicos, en su artículo 29»*.

²⁶ *«A este respecto, el ejercicio del derecho de sufragio en igualdad de condiciones supone la máxima expresión de participación política de los miembros de una sociedad democrática. Así lo recoge el artículo 29 del Tratado citado, que conmina al Estado a garantizar el derecho al voto en igualdad de condiciones para todas las personas con discapacidad, entre otras formas de participación política y pública»* (Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 2/2018). Cabe precisar que la citada reforma introdujo una Disposición Adicional 8ª a la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General que dispuso que *«las personas a las que se les hubiere limitado o anulado su derecho de sufragio por razón de discapacidad quedan reintegradas plenamente en el mismo por ministerio de la ley»*.

necesidad de protección de la persona por su falta de entendimiento y voluntad²⁷; puesto que sólo era un medio de protección y no una medida discriminatoria porque la situación merecedora de protección tiene características específicas y propias²⁸. No obstante, dejó entrever que la identificación de las diferentes medidas no era una labor que le competía al Tribunal sino que correspondía a nuestro legislador²⁹.

Otra sentencia especialmente destacable en la materia, sin ánimo de exhaustividad, fue la Sentencia Nº 341/2014, de 1 de junio (Rec. 1365/2012), que incide en la necesidad de hacer un «*traje a medida*» para la persona con discapacidad, esto es, conocer la situación de la persona, cómo desarrolla su vida cotidiana, en qué medida puede cuidarse... a la hora de

²⁷ «No es argumento para considerar esta institución como contraria a los principios establecidos en la Convención el que la incapacitación pueda constituir una violación del principio de igualdad consagrado en el artículo 14 CE, al tratar de forma distinta a los que tienen capacidad para regir su personas y bienes y aquellas otras personas que por sus condiciones no pueden gobernarse por sí mismas. La razón se encuentra en que el término de comparación es diferente: al enfermo psíquico al que se refiere el caso concreto se le proporciona un sistema de protección, no de exclusión. Esto está de acuerdo con el principio de tutela de la persona, tal como impone, por otra parte, el artículo 49 CE. Por tanto, en principio, el Código civil no sería contrario a los valores de la Convención porque la adopción de medidas específicas para este grupo de persona está justificado, dada la necesidad de protección de la persona por su falta de entendimiento y voluntad» (Fundamento Jurídico Quinto).

²⁸ Me parece acertado traer a colación los argumentos de dicha Sentencia en su Fundamento Jurídico Séptimo para entender la postura del Alto Tribunal al respecto: «La STC 174/2002, de 9 octubre dice que "En el plano de la constitucionalidad que nos corresponde hemos de declarar que el derecho a la personalidad jurídica del ser humano, consagrado en el art. 6 de la Declaración universal de los derechos humanos de 10 de diciembre de 1948, lleva implícito el reconocimiento del derecho a la capacidad jurídica de la persona, por lo que toda restricción o limitación de su capacidad de obrar afecta a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes, así como al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE). En consecuencia, la declaración de incapacitación de una persona sólo puede acordarse por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley (art. 199 CC), mediante un procedimiento en el que se respeten escrupulosamente los trámites o diligencias que exigía el art. 208 CC (y que en la actualidad se imponen en el vigente art. 759 LECiv) que, en la medida en que van dirigidas a asegurar el pleno conocimiento por el órgano judicial de la existencia y gravedad de las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que concurren en el presunto incapaz y que le inhabilitan para gobernarse por sí mismo, que son la causa y fundamento de su incapacitación (arts. 199 y 200 CC), se erigen en garantías esenciales del proceso de incapacitación [...]. La incapacitación total sólo deberá adoptarse cuando sea necesario para asegurar la adecuada protección de la persona del enfermo mental permanente, pero deberá determinar la extensión y límites de la medida y deberá ser siempre revisable".

De este modo, sólo esta interpretación hace adecuada la regulación actual con la Convención, por lo que el sistema de protección establecido en el Código civil sigue vigente, aunque con la lectura que se propone:

1º Que se tenga siempre en cuenta que el incapaz sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que la incapacitación es sólo una forma de protección. Esta es la única posible interpretación del artículo 200 CC y del artículo 760.1 LEC.

2º La incapacitación no es una medida discriminatoria porque la situación merecedora de la protección tiene características específicas y propias. Estamos hablando de una persona cuyas facultades intelectivas y volitivas no le permiten ejercer sus derechos como persona porque le impiden autogobernarse. Por tanto no se trata de un sistema de protección de la familia, sino única y exclusivamente de la persona afectada».

²⁹ «Será el poder legislativo quien va a tener que fijar las normas para su nominación, porque esta Sala no tiene la competencia para juzgar sobre los términos más adecuados para identificar las instituciones de protección» (Fundamento Jurídico Quinto).

graduar esa incapacitación y adecuarla a la concreta necesidad de protección de la persona con discapacidad³⁰.

Esta última sentencia fue igualmente subrayable habida cuenta que dispuso que la tutela debía quedar reservada para supuestos de «*incapacitación total*», optando en estas circunstancias por la representación legal, pero atendiendo siempre a las preferencias de la persona y quedando a salvo aquellos actos que pudiere realizar *per se*. En cambio, para supuestos de «*incapacitación parcial*», el Alto Tribunal optaba por la curatela. En estas situaciones no cabría hablar de representación, ya que el curador no suplía la voluntad del curatelado, sino que la reforzaba complementando ese déficit de capacidad.

Nos parece realmente útil mencionar la Sentencia N° 373/2016, de 3 de junio (Rec. 2367/2015). Efectivamente, la CDPD no enumera las medidas de apoyo que deben prever las distintas legislaciones nacionales, pero destaca el Alto Tribunal que hemos de pasar de un régimen de «*sustitución*» en la toma de decisiones a otro basado en el «*apoyo*» para tomarlas³¹. Para que estos sistemas funcionen, se precisa una valoración concreta e individualizada de cada persona, huyendo de formalismos y soluciones genéricas, globalizantes o meramente protocolarias, precisamente para hacer ese «*traje a medida*» que ha predefinido la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo español.

Como decimos, a partir de la Sentencia de 29 de abril de 2009 ha sido abundante la doctrina jurisprudencial en esta línea. Para culminar con estos antecedentes jurisprudenciales

³⁰ En palabras de su Fundamento Jurídico Sexto, «*es necesario que el tribunal de instancia que deba decidir adquiera una convicción clara de cuál es la situación de esa persona, cómo se desarrolla su vida ordinaria, qué necesidades tiene, cuáles son sus intereses personales y patrimoniales, y en qué medida precisa una protección y ayuda. Entre las pruebas legales previstas para ello, la exploración judicial juega un papel determinante para conformar esa convicción del tribunal de instancia. Hasta tal punto, que un tribunal de instancia no puede juzgar sobre la capacidad sin que, teniendo presente al presunto incapaz, haya explorado sus facultades cognitivas y volitivas (superando las preguntas estereotipadas), para poder hacerse una idea sobre el autogobierno de esta persona*».

³¹ «*Hay una jurisprudencia reiterada de esta sala en la aplicación de la Convención de Nueva York de 13 diciembre 2006, ratificada por España en 23 noviembre 2007 (BOE el 21 abril 2008), sobre derecho de las personas con discapacidad, y las medidas de apoyo que pueden adoptarse cuando, como ocurre en este caso, se toma conocimiento de una persona que necesita de estos apoyos que complementen su capacidad jurídica; apoyos que la Convención, como dijo la sentencia de 27 de noviembre 2014, no enumera ni acota pero que se podrán tomar en todos los aspectos de la vida, tanto personales como económicos y sociales para, en definitiva, procurar una normalización de la vida de las personas con discapacidad, evitar una vulneración sistemática de sus derechos y procurar una participación efectiva en la sociedad, pasando de un régimen de sustitución en la adopción de decisiones a otro basado en el apoyo para tomarlas, que sigue reconociendo a estas personas iguales ante la ley, con personalidad y capacidad jurídica en todos los aspectos de la vida, y en igualdad de condiciones con los demás, como se ha dicho en el informe del Comité sobre los Derechos de las personas con discapacidad (11º período de sesiones. 31 de marzo a 11 de abril de 2014), sobre el contenido normativo del artículo 12 de la Convención, y se reitera en el informe final de la Unión Europea de 4 de septiembre de 2015» (Fundamento Jurídico Tercero).*

es conveniente destacar dos sentencias más que han introducido argumentos realmente interesantes.

La Sentencia N° 298/2017, de 16 de mayo (Rec. 2759/2016) incluía dentro del término «*sistema de apoyos*» la tutela, la curatela, la guarda de hecho y al defensor judicial. Según el Alto Tribunal, estas instituciones, reinterpretadas conforme a los principios de la CDPD, no serían en absoluto discriminatorias. Además, vuelve a insistir en la idea de reservar la tutela a supuestos de «*incapacitación total*», cuando la persona no pueda tomar decisiones por sí misma ni con los apoyos necesarios, mientras que circunscribe la curatela para casos de «*incapacidad parcial*», como complemento de la capacidad y sin sustituir a la persona con discapacidad³². Para completar esta última idea, se cita la Sentencia N° 124/2018, de 7 de marzo (Rec. 4192/2016), que expone expresamente que el Código Civil en ningún momento limita la curatela a la esfera patrimonial, sino que el curador puede desempeñar sus funciones también en relación con la esfera personal del curatelado³³.

3.2. DISPOSICIONES GENERALES. CONCEPTO, CLASIFICACIÓN Y PRINCIPIOS

La Ley 8/2021, como llevamos indicando a lo largo de estas líneas, ha supuesto una modificación sin precedentes en nuestra legislación.

En primer lugar, ha implicado la abolición de la incapacitación como estado civil y la desaparición de la tutela entre las personas mayores de edad o menores emancipadas con discapacidad. El nuevo artículo 199 CC circunscribe la tutela a los menores no emancipados en situación de desamparo o no sujetos a patria potestad. Esto es consecuencia de la supresión de

³² «*El sistema de apoyos a que alude la Convención está integrado en el Derecho español por la tutela y la curatela, junto a otras figuras, como la guarda de hecho y el defensor judicial, que también pueden resultar eficaces para la protección de la persona en muchos supuestos. Todas ellas deben interpretarse conforme a los principios de la Convención. Así lo ha venido declarando la jurisprudencia de esta sala en los últimos tiempos tras descartar que el «procedimiento de modificación de la capacidad» y la constitución de tutela o curatela sean discriminatorias y contrarias a los principios de la Convención (así, en sentencia 716/2015, de 15 de julio)*» (Fundamento Jurídico Quinto).

³³ «*La tutela está reservada para la incapacitación total y la curatela se concibe en términos más flexibles y está pensada para incapacitaciones parciales (STS 1 de julio de 2014), si bien la jurisprudencia, salvo supuestos de patente incapacidad total, se viene inclinando, a la luz de la interpretación recogida de la Convención, por la curatela (SSTS de 20 octubre 2014 ; 11 de octubre de 2011 ; 30 de junio de 2014 ; 13 de mayo de 2015 , entre otras), en el entendimiento (STS 27 noviembre de 2014) que en el Código Civil no se circunscribe expresamente la curatela a la asistencia en la esfera patrimonial, por lo que el amparo de lo previsto en el artículo 289 CC , podría atribuirse al curador funciones asistenciales en la esfera personal, como pudiera ser la supervisión del sometimiento del discapaz a un tratamiento médico, muy adecuado cuando carece de conciencia de enfermedad*» (Fundamento Jurídico Tercero).

los regímenes de sustitución y el paso a los sistemas de apoyo en la toma de decisiones, como ya instó el Comité en la OGC previamente desarrollada. La Exposición de Motivos de la LAPD señala que no se trata de un mero cambio de terminología, sino de un nuevo enfoque de la realidad³⁴.

No son las únicas instituciones que desaparecen. La prodigalidad también ha sido derogada, aunque en un principio se había mantenido en la nueva regulación. No obstante, se decidió eliminarla como institución autónoma durante la tramitación parlamentaria ya que, en términos de la Exposición de Motivos, *«los supuestos contemplados por ella encuentran encaje en las normas sobre medidas de apoyo aprobadas con la reforma»*.

También se pone fin a la patria potestad prorroga y a la rehabilitada por entender que se trata de instituciones demasiado rígidas y poco adaptadas al nuevo sistema³⁵.

Hechas estas primeras anotaciones, consideramos adecuado conceptualizar el término *«medidas de apoyo»*. La nueva regulación del CC no define dicho vocablo, ni tampoco las causas que justifican su adopción. No obstante, consideramos apropiada la definición utilizada por SEIJAS QUINTANA. Las medidas de apoyo vendrían a ser aquellas *«que se ponen a disposición de las personas mayores de edad o emancipadas que las precisen para que, en adecuado ejercicio de su capacidad jurídica, puedan desarrollar plenamente su personalidad y desenvolverse en condiciones de igualdad»*³⁶. En cuanto a las causas, entendemos que, aunque no se mencionen expresamente, a diferencia de lo que ocurría en la regulación anterior (las causas de incapacitación estaban reguladas en el artículo 200 del CC), estas medidas están

³⁴ *«No se trata, pues, de un mero cambio de terminología que relegue los términos tradicionales de «incapacidad» e «incapacitación» por otros más precisos y respetuosos, sino de un nuevo y más acertado enfoque de la realidad, que advierta algo que ha pasado durante mucho tiempo desapercibido: que las personas con discapacidad son titulares del derecho a la toma de sus propias decisiones, derecho que ha de ser respetado; se trata, por tanto, de una cuestión de derechos humanos. Y es que muchas limitaciones vinculadas tradicionalmente a la discapacidad no han procedido de las personas afectadas por ella, sino de su entorno: barreras físicas, comunicacionales, cognitivas, actitudinales y jurídicas que han cercenado sus derechos y la posibilidad de su ejercicio»*.

³⁵ En términos de la Exposición de Motivos de la LAPD, *«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»*.

³⁶ SEIJAS QUINTANA, J.A.: «La modificación de la capacidad de obrar de las personas con discapacidad: posturas de nuestro tribunales y perspectivas de futuro». *Práctica de Tribunales*. Número 145. Wolters Kluwer. Madrid. 2020. Pág. 5.

previstas para aquellas personas con discapacidad que precisen de un tercero que les asista o apoye para el correcto ejercicio de su capacidad jurídica³⁷³⁸. Habría sido interesante que el legislador previera dentro de las disposiciones generales las causas que justifiquen la adopción de tales medidas por mor del principio de seguridad jurídica³⁹.

Las medidas de apoyo se encuentran reguladas en el Título XI del Libro I del Código Civil (artículos 249 y siguientes). Podemos clasificarlas en medidas voluntarias o autorregulatorias, como serían los poderes y mandatos preventivos y la autotutela, y en medidas judiciales, legales o heterorregulatorias, como son la tutela, la guarda de hecho y el defensor judicial (artículo 250.1 del CC)⁴⁰. Las medidas voluntarias tienen clara preferencia

³⁷ Esta afirmación puede intuirse de la redacción actual del artículo 249.1 del CC: «Las medidas de apoyo a las personas mayores de edad o menores emancipadas 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».

³⁸ A juicio de MARTÍNEZ DE AGUIRRE acerca de la reforma cuando aún era Anteproyecto «A diferencia de la regulación vigente, el Anteproyecto no identifica claramente las causas que pueden conducir al nombramiento de un curador con funciones de apoyo a la toma de decisiones de una persona (es decir, por qué una persona precisa de apoyos en la toma de decisiones)». Y prosigue afirmando: «Resumidamente, la propuesta de reforma del Cc no aclara ni de que discapacidad se está hablando (física, sensorial, psíquica...), ni la razón por la que una persona con esa discapacidad necesita de unos apoyos tipificados legalmente y que incluyen reglas sobre toma de decisiones, apoyos que consisten precisamente en la guarda de hecho, la tutela (con o sin facultades representativas, pero en todo caso con facultades ligadas a la toma de decisiones legalmente válidas) y el defensor judicial. De hecho, llama la atención que la reforma hable de “personas necesitadas de medidas de apoyo”, en muchas ocasiones, pero sin llegar a hablar claramente de una discapacidad, y mucho menos de una discapacidad que afecte a sus facultades cognitivas y volitivas: todo ello, se apunta, y se presupone. Esto, como digo, me parece un error, porque si no es posible identificar legalmente el problema que se quiere afrontar y resolver, difícilmente será posible diseñar una solución adecuada, lo que normalmente acaba desembocando en problemas a la hora de interpretar y aplicar las normas» (MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: «Tutela y representación: cinco tesis heterodoxas y un estrambote”. AA. VV. DE SALAS MURILLO, S. MAYOR DEL HOYO, M.V. (Dir.). «Claves para la adaptación del Ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad”. Tirant lo Blanch. Valencia. 2019. Págs. 258 y 259).

³⁹ GONZÁLEZ GRANDA hace unas reflexiones interesantes sobre este punto. Entiende que se produce un automatismo en la nueva regulación entre el establecimiento de la situación de discapacidad en vía administrativa y el sistema judicial de apoyos a las personas con discapacidad: «Lo cierto es que si atendemos a la regulación del objeto del proceso, de la prueba y de la sentencia del Proceso proyectado en la LEC —y a los mismos extremos del Expediente proyectado en la LJV— observamos cómo el abandono de la declaración judicial de la incapacidad no es sustituida de forma explícita por declaración alguna referida a la situación de discapacidad como determinante de las medidas de apoyo que puede estimar o no como petición propia de este proceso.[...] Ni observamos tampoco actuación judicial alguna tendente a comprobar la situación de discapacidad previa a la provisión de las medidas de apoyo necesarias. A la vista de lo expuesto, la respuesta a la pregunta planteada —¿cabe afirmar en consecuencia que la reforma parte del automatismo entre el establecimiento de la situación de discapacidad por vía administrativa y el sistema judicial de apoyos a las personas con discapacidad?— no puede sino ser afirmativa, resultando razonable, por ende, en este punto la petición del CGPJ (n.o 130.a) de que reconsidere el prelegislador dicho automatismo, por más que la declaración de discapacidad a efectos administrativos y la determinación de su grado pueda constituir un elemento a tomar en consideración para valorar la situación y las necesidades de la persona con discapacidad y para configurar judicialmente el régimen y las concretas medidas de apoyo que precisa» (GONZÁLEZ GRANDA, P.: «Articulación del sistema procesal de provisión de apoyos y salvaguardas en el Anteproyecto de Ley de reforma de la legislación civil y procesal en materia de discapacidad». *Práctica de los Tribunales*. Número 141. Wolters Kluwer. Madrid. 2019. Págs. 6 y 7).

⁴⁰ Como cita la Exposición de Motivos de la Ley 8/2021 «siguiendo los precedentes de otros ordenamientos europeos y las directrices del Consejo de Europa, a la hora de concretar los apoyos la nueva regulación otorga preferencia a las medidas voluntarias, esto es, a las que puede tomar la propia persona con discapacidad. Dentro

sobre éstas últimas, lo que es lógico teniendo en cuenta que el nuevo sistema consagra la «*voluntad, deseos y preferencias de la persona*» como uno de los principios máximos a tener en cuenta. Las medidas legales o judiciales sólo regirán en defecto o insuficiencia de medidas voluntarias (artículo 249.1 del CC), lo que se ha denominado principio de subsidiariedad. De la redacción del artículo 250 del CC podemos intuir que se trata de una enumeración *numerus clausus*⁴¹. Igualmente, las medidas judiciales o legales de apoyo podemos dividir las, en términos del último precepto reseñado, en formales (curatela y defensor judicial) e informales (guarda de hecho).

Es además relevante referenciar los principios o caracteres que han de regir estas medidas de apoyo, aparte del ya mencionado principio de subsidiariedad. El primero de todos es el citado respeto por la voluntad, deseos y preferencias de la persona. Sin duda alguna, este es el eje central sobre el que pivota todo este nuevo sistema. Debemos desprendernos de todo interés superior y regirnos sólo y exclusivamente por lo que dispongan la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, aunque ello le lleve a tomar decisiones erróneas o incluso a rechazar el apoyo. La voluntad, deseos y preferencias se mencionan en reiteradas ocasiones a lo largo de la LAPD y han de regir la constitución de la medida, su contenido y alcance, la actuación del prestador del apoyo (artículo 249.2 del CC), etc.

Asimismo, el artículo 249.1 *in fine* dispone que las medidas de apoyo deberán ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad, lo que supone la transposición a nuestro Derecho del apartado 4º del artículo 12 de la CDPD. En palabras de GARCÍA RUBIO, el primero implica que las medidas de apoyo «*no podrán exceder de lo que precisa la persona con discapacidad*», mientras que el segundo supone que «*han de ser suficientes para que con ese apoyo pueda ejercer su capacidad jurídica en plenitud de condiciones*»⁴².

Como decimos, quien preste el apoyo deberá «*asistir a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica en los ámbitos en los que sea preciso, respetando su voluntad, deseos y preferencias*». La nueva redacción del CC recoge una serie de prohibiciones en relación con dicho prestador. Así, no podrá (a) prestar servicios asistenciales, residenciales

de las medidas voluntarias adquieren especial importancia los poderes y mandatos preventivos, así como la posibilidad de la autocratela».

⁴¹ Así lo ha entendido también el CGPJ en el apartado 179.c) de su Informe sobre el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad: «*El artículo 249 [actual artículo 250 del CC tras la tramitación parlamentaria] enumera las instituciones de apoyo a la persona con discapacidad de forma cerrada (guardador de hecho, curatela y defensor judicial)*».

⁴² GARCÍA RUBIO, M.P.: «Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio». *Revista de Derecho Civil*. Volumen V. Número 3. 2018. Pág. 34.

o similares a la persona a quien presta el apoyo en virtud de un relación contractual -artículo 250 *in fine*-, (b) recibir liberalidades de la persona con discapacidad o sus causahabientes mientras no se apruebe definitivamente su gestión, salvo que se trate de regalos de costumbre o bienes de escaso valor -artículo 251.1.1º-, (c) prestar medidas de apoyo cuando en el mismo acto intervenga en nombre propio o de un tercero y exista conflicto de intereses -artículo 251.1.2º, siendo procedente en este supuesto el nombramiento de un defensor judicial *ex* artículo 295.1.2º-, (d) adquirir a título oneroso bienes de la persona con discapacidad o transmitirle por su parte bienes a título oneroso. La primera de estas prohibiciones tiene carácter imperativo para todas las medidas de apoyo, tanto voluntarias como judiciales. No obstante, las tres últimas sólo tienen carácter imperativo respecto a las medidas judiciales, puesto que el artículo 251.2 del CC dispone que, en caso de medidas voluntarias, no regirán esas prohibiciones si el otorgante las hubiere excluido expresamente en la escritura de constitución.

Si una persona dispone a título gratuito de bienes en favor de una persona que precise estos apoyos, podrá establecer (nótese, carácter dispositivo, por lo que el disponente no está obligado a hacer ninguna de estas previsiones si no lo desea) reglas de administración y disposición, así como la persona que debe llevar a cabo estas funciones o los órganos de control o supervisión. Si no se indica esa persona, dichas facultades corresponderán a quien preste el apoyo a la persona con discapacidad (artículo 252 del CC).

Por último, cabe destacar que en casos de urgencia, si una persona con discapacidad no tiene un apoyo encomendado y carece de guardador de hecho, dichas funciones las llevará a cabo provisionalmente la Entidad pública competente en el territorio de su residencia habitual. No obstante, la Entidad comunicará esta circunstancia en un plazo de veinticuatro horas al Ministerio Fiscal (artículo 253 del CC) para que inste el correspondiente expediente de provisión de apoyos -artículos 42 bis a) y b) de la LJV-.

Si bien en este Trabajo no pretendemos hacer un estudio procesal de la reforma, sino únicamente de su vertiente sustantiva, conviene apuntar someramente que la Ley 8/2021 ha consagrado una bifurcación procedimental. Así, el cauce preferente es el expediente de jurisdicción voluntaria inserto en los artículos antedichos. Sin embargo, en caso de suscitarse oposición durante la tramitación del expediente o si éste no puede resolverse, devendrá contencioso y habrá que seguir el proceso de provisión de medidas judiciales de apoyo previsto en los artículos 756 y siguientes de la LEC.

3.3. LAS MEDIDAS VOLUNTARIAS DE APOYO

Las llamadas medidas voluntarias se encuentran reguladas en los artículos 254 y siguientes del CC. Como hemos indicado, por mor del principio de subsidiariedad, estas medidas voluntarias gozan de preferencia absoluta sobre las medidas judiciales o legales, que sólo regirán en defecto o insuficiencia de las primeras (artículos 249.1 y 255 *in fine* del CC).

En términos del artículo 250.3 del CC, «*son las establecidas por la persona con discapacidad, en las que designa quién debe prestarle apoyo y con qué alcance*», pudiendo ir acompañadas de las salvaguardias que se estimen necesarias para garantizar el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad.

La Exposición de Motivos distingue como medidas voluntarias los poderes y mandatos preventivos y la autotutela. No obstante, dado que ésta última es una modalidad de la tutela y comparte muchas características con esta institución, creemos conveniente explicar aquélla más adelante en el epígrafe correspondiente. Por esta razón, en este apartado nos centraremos en analizar la primera figura mencionada.

En primer lugar, siguiendo la definición de ESCARTÍN IPIÉNS, hemos de conceptualizar los poderes preventivos como aquellas «*declaraciones de voluntad que despliegan todos sus efectos como un negocio jurídico, sin más que acreditar el hecho que los motiva*»⁴³. Se trata, en definitiva, de actos unilaterales del poderdante. Estos habrán de constar en escritura pública y podrán ser otorgados por cualquier persona mayor de edad o menor emancipada en previsión de verse afectada en un futuro en el ejercicio de su capacidad jurídica (artículo 255 del CC)⁴⁴. Además, no van a estar sujetas a ningún control judicial previo⁴⁶.

En dicho instrumento podrá el poderdante (nótese que la reforma implanta el carácter dispositivo de esta previsión) regular el régimen de actuación, el alcance de las facultades de la

⁴³ ESCARTÍN IPIÉNS, J.A.: «La autotutela en el Anteproyecto de Ley sobre modificación del Código Civil y otras leyes complementarias en materia de discapacidad». *Revista de Derecho Civil*. Volumen V. Número 3. 2018. Pág. 88.

⁴⁴ Aunque no se diga expresamente, entendemos que esta facultad corresponderá también al menor que cuente con el beneficio de la mayor edad, puesto que *ex* artículo 246 del CC puede realizar todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones contenidas en el Código (entre las que no figura la constitución de medidas voluntarias de apoyo). En términos del artículo 245 del CC, la autoridad judicial, previo informe del MF, puede conceder el beneficio de la mayor edad «*al sujeto a tutela mayor de dieciséis años que lo solicitare*».

⁴⁵ Igualmente entendemos que podrán hacer uso de este instrumento aquellas personas con discapacidad que cuenten con las oportunas medidas de apoyo, ya que la solución contraria supondría privar a este colectivo del ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones que los demás.

⁴⁶ PAU PEDRÓN analiza como una de las características de la reforma el «*no sometimiento de la autorregulación a control judicial previo, sino sólo a la posibilidad de control judicial posterior*». (PAU PEDRÓN, A.: «De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de discapacidad intelectual en el Código Civil». *Revista de Derecho Civil*. Volumen V. Número 3. 2018. Pág. 12).

persona que deba prestar el apoyo tanto en el plano personal como patrimonial, su forma de ejercicio, órganos de fiscalización de su actuación, las salvaguardias necesarias para evitar abusos e influencias indebidas, plazos de revisión, etc. En otras palabras, el poderdante puede prever en la escritura pública todas estas cuestiones, algunas de ellas o incluso ninguna; lo que puede ser especialmente peligroso para la persona con discapacidad, sobre todo cuando el otorgante no establezca en dicho documento medidas u órganos de control (artículos 255 y 258.3 del CC). No obstante lo anterior, si el poder comprende todos los negocios del otorgante, el apoderado, cuando sobrevenga la necesidad de apoyo, quedará sujeto a las reglas de la curatela en lo no previsto en el documento, salvo que el poderdante haya determinado lo contrario (artículo 259 del CC).

Una vez otorgado, el Notario autorizante comunicará de oficio el instrumento al Registro Civil para su inscripción (artículos 255.4, 260 y 300 del CC y 77 de la LRC)⁴⁷⁴⁸.

Por otro lado, cuando se considere que un menor sujeto a patria potestad o tutela pueda precisar un apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica cuando alcance la mayoría de edad, la autoridad judicial podrá acordar, en los dos años inmediatamente anteriores a alcanzarla, la medida de apoyo que estime conveniente para cuando concluya la minoría de edad (artículo 254 del CC). Están legitimados para instar la adopción de medidas en este supuesto el propio menor, los progenitores, el tutor o el MF. Ahora bien, en previsión del citado principio de subsidiariedad, lo dispuesto en dicho precepto sólo tendrá lugar cuando el mayor de dieciséis años no hubiere hecho sus propias previsiones para cuando alcance la mayoría de edad.

Si bien la LAPD no consagra expresamente varias clases de poderes preventivos, del contenido material de la reforma podemos inducir la existencia de dos modalidades en cuanto a la producción de efectos: los poderes preventivos en sentido estricto y los poderes preventivos con cláusula de subsistencia. Los primeros son aquellos previstos exclusivamente para el

⁴⁷ Según el artículo 77 LRC «*es inscribible en el registro individual del interesado el documento público que contenga las medidas de apoyo previstas por una persona respecto de sí misma o de sus bienes*».

⁴⁸ Si bien el artículo 73 LRC dispone que las resoluciones judiciales de provisión de apoyos y de declaración de concurso de persona física son oponibles *erga omnes* desde la práctica de las oportunas inscripciones en el Registro Civil, no tenemos una previsión similar para las medidas voluntarias. Dicho esto, entendemos que el principio de oponibilidad desde el momento de la inscripción en el Registro sólo es predicable respecto de dichas resoluciones, pero no de los documentos públicos mencionados en el artículo 77 LRC. En esta línea, cuando la Ley 8/2021 todavía era Anteproyecto, ESCARTÍN IPIÉNS planteó la siguiente reflexión: «*tal oponibilidad frente a terceros, solo será cuando se hayan practicado las oportunas inscripciones. Pero solo está referida a los supuestos del artículo 72 que se propone*». Más adelante, en este mismo texto, continúa diciendo: «*Es decir, conforme a estos dos artículos 72 y 73 de la LRC según el Anteproyecto, la oponibilidad a terceros solo es para los supuestos (contenciosos), que se resuelvan por sentencia, de acuerdo con el procedimiento establecido en la LEC, pero no entraría tal efecto de inoponibilidad, ni para los mandatos y poderes preventivos, ni para los casos de autocuratela*». (ESCARTÍN IPIÉNS, J.A.: «La autocuratela...», *op. cit.*, pág. 113).

momento futuro en que se produzca la situación de discapacidad, debiendo estar en todo ello a las previsiones del poderdante, y se otorgará si fuera preciso acta notarial y un informe pericial en este sentido (artículo 257 del CC). Los segundos, en cambio, producen efectos desde el momento de otorgamiento, como si fueran poderes ordinarios, pero tienen la particularidad de que incluyen una cláusula que permite la subsistencia del mismo cuando el otorgante precise apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica (artículo 256 del CC)⁴⁹⁵⁰. En otras palabras, los poderes preventivos en sentido estricto no despliegan sus efectos hasta el advenimiento de la situación de discapacidad, mientras que aquellos poderes que contengan una cláusula de subsistencia producirán sus efectos desde el otorgamiento de la escritura pública, manteniendo su vigencia durante la necesidad de apoyo del poderdante.

Ambos tipos de poder mantendrán su vigencia aunque se constituyan otras medidas de apoyo en favor del poderdante, sean autorregulatorias o heterorregulatorias (artículo 258.1 del CC). Cabe destacar además que el cese de la convivencia producirá la extinción automática de aquellos poderes otorgados a favor del cónyuge o pareja de hecho del poderdante, salvo disposición en contrario o internamiento del otorgante (artículo 258.2 del CC).

Por otro lado, en el artículo 261 del CC se prevé la posibilidad de que el apoderado pueda llevar a cabo actuaciones representativas que deberá ejecutar personalmente, previsión que puede chocar con el artículo 12 de la CDPD en la interpretación conferida por la OGC, como previamente hemos analizado. El mencionado artículo deja entrever otra circunstancia relevante en relación con esta institución, y es que parece dar a entender que el apoderado puede

⁴⁹ CALAZA LÓPEZ ha apuntado unas reflexiones interesantes acerca de los poderes con cláusula de subsistencia: «Este modelo despliega su eficacia en dos escenarios bien diferenciados, el primero tiene lugar mientras no se desencadena la causa discapacitante y funciona, en la práctica, como un poder ordinario, de manera que el nombrado no se encuentra, en puridad, obligado, sus facultades vienen delimitadas en el propio mandato y el poderdante puede revocarlo. Esta situación cambiará radicalmente si llega a una ulterior fase de discapacidad, pues no obstante conservar su naturaleza de apoderamiento personal y voluntario, el apoderado ya necesitará autorización judicial para realizar actos de administración extraordinaria y de disposición, razón por la cual, presupuesta la buena fe del apoderado, se vacía de contenido el acto de apoderamiento personal y voluntario, y por tanto la finalidad preventiva». (CALAZA LÓPEZ, C.A.: «La asistencia personalizada de las personas dependientes y los discapacitados». *Práctica de Tribunales*. Número 145. Wolters Kluwer. Madrid. 2020. Pág. 6).

⁵⁰ MAGARIÑOS BLANCO, por otro lado, entiende que en el momento en que sobrevenga la situación de discapacidad, en los poderes con cláusula de subsistencia se precisa aceptación del apoderado. Así, «la causa del poder en este caso es el mandato de apoyo, y, en consecuencia, requiere la aceptación por el mandatario, pues para su efectividad debe quedar vinculado; bastando que ejercite el poder una vez conocida la causa de discapacidad para entender que ha aceptado el mandato». Igualmente interesantes son las reflexiones que apunta a continuación: «En esta segunda fase, el poderdante mandante pierde el control del ejercicio del poder. No puede revocarlo, ni dar instrucciones, ni recibir del apoderado las explicaciones para el uso en un sentido o en otro del poder conferido. Lo que hace de esta medida voluntaria un instrumento no tan «voluntario», eficaz y seguro como idealmente se pretende desde la Exposición de Motivos» (MAGARIÑOS BLANCO, V.: «Comentarios al Anteproyecto de Ley para la reforma del Código Civil sobre discapacidad». *Revista de Derecho Civil*. Volumen V. Número 3. 2018. Pág. 207).

delegar algún acto patrimonial en terceras personas, mientras que los actos de índole personal son en todo caso indelegables.

En cuanto a la extinción de los poderes preventivos, la única causa que se menciona en el artículo 258 del CC es la concurrencia en la figura del apoderado de los motivos previstos para la remoción del curador, pudiendo el poderdante excluir tal posibilidad en documento público (nótese la máxima autonomía de la voluntad que permite el legislador en esta institución). Asimismo, dispone el citado precepto que el otorgante podrá prever causas de extinción específicas en la escritura. En cuanto a la legitimación activa para dicho expediente de jurisdicción voluntaria, corresponderá a todas las personas legitimadas para instar el procedimiento de provisión de apoyos⁵¹ y al curador si lo hubiere (artículos 258 *in fine* del CC y 51 bis de la LJV).

3.4. LA GUARDA DE HECHO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Esta medida de apoyo se ha visto profundamente reforzada gracias a la Ley 8/2021⁵². Si bien tiene reconocimiento legal desde la reforma del CC operada por la Ley 13/1983, no formaba parte de las instituciones contenidas en el anterior artículo 215 CC⁵³.

⁵¹ La citada legitimación se regula en el artículo 42 bis a).3 de la LJV y se atribuye al MF, a la persona con discapacidad, al cónyuge no separado legalmente o de hecho o quien se encuentre en situación de hecho asimilable y sus descendientes, ascendientes o hermanos. Si bien es una cuestión de índole procesal que, como hemos dicho, no constituye el objeto del presente Trabajo, debemos dejar apuntado que en este expediente de jurisdicción voluntaria la legitimación del MF es directa. No obstante, si se suscita oposición durante la tramitación del mismo y deviene contencioso, la legitimación del ministerio público será subsidiaria, esto es, sólo podrá instar el proceso de provisión de apoyos si los restantes legitimados no existieran o no hubieren formulado demanda, salvo que considere que existen otras vías para obtener los apoyos necesarios (artículo 757.2 de la LEC).

⁵² «...conviene destacar el reforzamiento de la figura de la guarda de hecho, que se transforma en una propia institución jurídica de apoyo, al dejar de ser una situación provisional cuando se manifiesta como suficiente y adecuada para la salvaguarda de los derechos de la persona con discapacidad. 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. 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» (Exposición de Motivos de la Ley 8/2021).

⁵³ «La guarda y protección de la persona y bienes o solamente de la persona o de los bienes de los menores o incapacitados se realizará, en los casos que proceda, mediante:

1. La tutela.
2. La curatela.
3. El defensor judicial».

La guarda de hecho se ha definido tradicionalmente como una situación fáctica transitoria y provisional⁵⁴. Nunca ha sido necesaria una investidura judicial formal del guardador de hecho, sino que se trataba de una situación al margen del Derecho. PÉREZ MONGE la conceptuaba como «*el ejercicio, con respecto a menores o personas que pudieran precisar de una institución de protección y apoyo, de funciones propias de instituciones tutelares, con carácter de generalidad y permanencia, de su custodia o protección, o de administración de su patrimonio o gestión de sus intereses por personas que no son tutores, curadores ni defensores judiciales*»⁵⁶.

En la actualidad, encuentra su regulación en los artículos 263 a 267 del CC. Desde el 3 de septiembre de 2021 la guarda de hecho se configura como una medida de apoyo informal, puesto que tampoco a día de hoy es necesaria su constitución por resolución judicial, que existirá cuando no haya medidas voluntarias (principio de subsidiariedad) o judiciales que se estén aplicando eficazmente (artículos 250.4 y 263 del CC). Es decir, si la autoridad judicial ha constituido una curatela en relación con una determinada persona con discapacidad y el curador no cumple con sus funciones, procederá la guarda de hecho si esta se manifiesta suficiente para ese supuesto concreto. Ahora bien, si el curador designado cumple correctamente sus funciones, el guardador debe cesar en su función por mandato de los preceptos previamente destacados⁵⁷.

⁵⁴ BERROCAL LANZAROT entendió antes de la aprobación de la Ley 8/2021 que «...*la guarda de hecho ya no se contempla como una situación transitoria y provisional como ahora, sino que se le dota permanencia o estabilidad, cuando se manifiesta como suficiente y adecuada para la salvaguarda de los derechos de la persona con discapacidad, y, asimismo, mientras opere, la persona con discapacidad, no ha de ser sometida a un procedimiento judicial de provisión de apoyos*». (BERROCAL LANZAROT, A.I.: «La guarda de hecho como medida de apoyo a las personas con discapacidad en el proyecto de ley 121/000027». *LA LEY Derecho de Familia*. Número 29. Wolters Kluwer. Madrid. 2021. Pág. 19).

⁵⁵ TOLDRÀ ROCA entiende que una de las características del nuevo sistema es la «*desaparición de la situación de provisionalidad, transformándola en una institución estable cuando cumpla un presupuesto fundamental como es la eficacia de la misma para la persona que necesita de apoyo*» (TOLDRÀ ROCA, D.: «El apoyo solidario: la guarda de hecho». AA. VV. DE SALAS MURILLO, S. MAYOR DEL HOYO, M.V. (Dir.): «*Claves para la adaptación del Ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*». Tirant lo Blanch. Valencia. 2019. Pág. 353).

⁵⁶ PÉREZ MONGE, M. «La guarda de hecho: de la transitoriedad a la estabilidad». AA. VV. DE SALAS MURILLO, S. MAYOR DEL HOYO, M.V. (Dir.). «*Claves para la adaptación del Ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*». Tirant lo Blanch. Valencia. 2019. Pág. 322.

⁵⁷ A juicio de PEREÑA VICENTE «*el principio de subsidiariedad está presente desde la primera línea del articulado que se refiere a la guarda de hecho de las personas mayores ya que, según el artículo 261 (actual 263) no procederán «cuando existan medidas de apoyo de naturaleza voluntaria o judicial que se estén aplicando eficazmente». Es decir, que es subsidiaria respecto de la curatela y los mandatos preventivos, si estos son eficaces. Pero la subsidiariedad también se puede leer en sentido inverso: no procederá una curatela si existe una guarda de hecho que funciona adecuadamente. Así lo confirma el artículo 267 (hoy 268) del Anteproyecto que determina que la autoridad judicial constituirá la tutela «cuando no exista otra medida de apoyo suficiente». Esta doble interacción que produce la aplicación combinada de los principios de subsidiariedad, necesidad y proporcionalidad, plantea un problema, no menor, de interpretación de conceptos jurídicos indeterminados. ¿Qué significa que la guarda de hecho funcione adecuadamente? ¿Y que sea suficiente? ¿Y que la curatela sea eficaz? ¿Quién lo valora? ¿En qué momento? La idea central en la que se sustenta la perennidad de una guarda de hecho es que ha de ser «suficiente». Pero el Anteproyecto no explica qué entiende por suficiente» (PEREÑA VICENTE,*

La LAPD ha consagrado además una distinción entre el guardador de hecho de los menores de edad y de las personas con discapacidad, al igual que ocurre con el defensor judicial (*infra*). Con todo, como hemos dicho previamente, en este Trabajo únicamente pretendemos abordar el estudio de las medidas de apoyo para las personas con discapacidad, por lo que las medidas relativas a los menores no van a ser objeto de análisis. Simplemente conviene dejar apuntado que las normas que vamos a estudiar a continuación se aplicarán supletoriamente a la guarda de hecho del menor *ex* artículo 238 del CC.

Con carácter general, el guardador de hecho realizará funciones asistenciales. No obstante, cabe la posibilidad de que excepcionalmente lleve a cabo actuaciones representativas, si bien en este último caso precisará autorización judicial⁵⁸⁵⁹ en expediente de jurisdicción voluntaria (artículos 61 y siguientes de la LJV) para uno o varios actos necesarios para el desarrollo de la función de apoyo y teniendo en cuenta la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad (artículo 264.1 del CC). Será necesaria autorización judicial en los supuestos del artículo 287 del CC, aplicable al curador con facultades representativas, como se detallará *infra*⁶⁰. En caso de que haya un conflicto de intereses entre guardador y guardado, será perentorio el nombramiento de un defensor judicial *ex* artículos 264 *in fine* y 295.1.2º del CC.

M.: «La transformación de la guarda de hecho en el Anteproyecto de Ley». *Revista de Derecho Civil*. Volumen V. Número 3. 2018. Pág. 68).

⁵⁸ PAU PEDRÓN considera que «*la esencia de la guarda de hecho debe ser la libre actuación del guardador, salvo que se requiera autorización judicial para realizar actos jurídicos representativos. En esos casos de actos representativos, el guardador deberá obtener la autorización correspondiente, pero sin que pueda exigirse la incoación un procedimiento general de provisión de apoyos*» (PAU PEDRÓN, A.: «De la incapacitación...», *op. cit.*, pág. 20).

⁵⁹ Al tratarse de una medida de apoyo que no requiere investidura judicial, lógicamente la guarda de hecho no va a tener entrada en el Registro Civil. No obstante, la autorización judicial para realizar actos que excedan de la administración ordinaria sí podrían tener acceso a los Registros públicos. Dice LECIÑENA IBARRA que «*...hay que reparar en que la reforma, pese a reconocer a la guarda de hecho como una institución de apoyo a la persona con discapacidad, no le dispensa el mismo tratamiento desde el punto de vista de su publicidad que se le ofrece a la curatela. La LJV contempla específicamente la comunicación del nombramiento de tutor o curador al Registro Civil (arts. 46.5, 49,3 y 50.4) pero no se hace lo propio con la guarda de hecho, quizás porque como ya he explicado la guarda, al contrario que los otros apoyos, no nace ex novo de ninguna resolución judicial [...]* En este sentido, véase el art. 2.4 Lh en su redacción dada por el Anteproyecto que reconoce que la inscripción de las resoluciones judiciales que establezcan medidas de apoyo, entendiéndose por tal la autorización para representar, junto con el artículo 300 AT que establece que “*cuando las resoluciones judiciales afecten a las facultades de administración y disposición de bienes inmuebles, se inscribirán en el Registro de la Propiedad de conformidad con la legislación registral*”. Entiendo que nada obsta a que también pudieran inscribirse en otros registros públicos cuando la actuación precise la publicidad que los mismos ofrecen» (LECIÑENA IBARRA, A.: «La guarda de hecho como institución de apoyo a las personas con discapacidad». AA. VV. DE SALAS MURILLO, S. MAYOR DEL HOYO, M.V. (Dir.). «*Claves para la adaptación del Ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*». Tirant lo Blanch. Valencia. 2019. Págs. 307 y 308).

⁶⁰ En este punto nos debemos preguntar qué ocurriría si el guardador de hecho realiza alguno de los actos enumerados en el artículo 287 del CC sin contar con la preceptiva autorización judicial. Desde nuestro punto de vista, entendemos que cabría aplicar supletoriamente el artículo 1291.1º del CC, de tal manera que procedería el ejercicio de la acción de rescisión cuando la persona con discapacidad haya sufrido lesión en más de la cuarta parte del valor de las cosas que hubieren sido objeto de tales contratos. BERROCAL LANZAROT entiende que «*...en sede contratos y relativo a la rescisión de los mismos, en esta reforma se da una nueva redacción al ordinal 1º*

Aun así, no será necesaria autorización judicial en dos supuestos, a saber: i) cuando el guardador solicite una prestación económica a favor de la persona con discapacidad siempre que no suponga un cambio significativo en la forma de vida de dicha persona, o ii) se trate de actos sobre bienes de escasa relevancia económica y sin especial significado personal o familiar. En este último supuesto va a desempeñar una labor realmente importante la jurisprudencia que se genere, puesto que el legislador no ha incluido ninguna cuantía en la redacción del precepto ni ha dado una definición de qué debemos entender por «*escasa relevancia económica*» o «*especial significado personal o familiar*»⁶¹.

El guardador tendrá derecho al reembolso de los gastos justificados y a la indemnización por los daños que haya sufrido en ejercicio de su función, siempre a cargo de los bienes del guardado (artículo 266 del CC).

Cabe destacar que a través de un expediente de jurisdicción voluntaria regulado en el artículo 52 de la LJV, la autoridad judicial podrá requerir al guardador de oficio, a solicitud del MF o a instancia de cualquier interesado, i) para que informe de su actuación, ii) establecer las salvaguardias necesarias o iii) rendir cuentas de su actuación (artículo 265 del CC).

En cuanto a la extinción de esta institución, se producirá, según el artículo 267, cuando (a) el guardado solicite que se organice de otra forma, (b) desaparezca la causa que lo motivó, (c) desista el guardador, debiendo ponerlo en conocimiento de la Entidad pública, que asumirá provisionalmente la guarda *ex* artículo 253 del CC, o (d) la autoridad judicial lo considere conveniente, a solicitud del MF u otro interesado en ejercer el apoyo.

3.5. LA CURATELA Y LA AUTOCURATELA

3.5.1. CONCEPTO Y CARACTERES

Sin duda la curatela se ha convertido en la pieza básica del nuevo sistema. Esta institución ya se ha visto reforzada en los últimos años gracias a la labor de la doctrina

del artículo 1291 del Código Civil y aunque no menciona a los guardadores, entendemos que, podrán ser rescindibles los actos que hayan causado una lesión en más de la cuarta parte del valor de las cosas que hubiesen sido objeto de aquéllos». (BERROCAL LANZAROT, A.I.: «La guarda de hecho...», *op. cit.*, pág 28).

⁶¹ Creemos que habría sido conveniente que el legislador previera una cuantía a partir de la cual sería necesaria autorización judicial, como por ejemplo los 50.000 euros que señala el artículo 222-44 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia (CCCat).

jurisprudencial del Tribunal Supremo (véase *supra*) y la reforma operada por la Ley 8/2021 ha terminado por reforzar aún más su papel⁶².

En palabras del artículo 250.4 del CC la curatela *«es una medida formal de apoyo que se aplicará a quienes precisen el apoyo de modo continuado. Su extensión vendrá determinada en la correspondiente resolución judicial en armonía con la situación y circunstancias de la persona con discapacidad y con sus necesidades de apoyo»*.

La nueva regulación estructura la curatela en cuatro Secciones: La primera desarrolla una serie de disposiciones generales comunes tanto a la curatela como a la autocuratela (es decir, a la autocuratela se le aplicarán las disposiciones generales de las medidas de apoyo – artículos 249 a 253 del CC-, las disposiciones generales de la curatela –artículos 268 a 270 del CC- y también las disposiciones generales de las medidas voluntarias de apoyo –artículos 254 y 255 del CC-). La segunda se refiere a la autocuratela y al nombramiento del curador. La tercera se ocupa del ejercicio de esta institución. La cuarta regula su régimen de extinción.

Antes de comenzar a analizar con detenimiento esta renovada figura, conviene precisar los principios que la inspiran. En primer lugar, resulta vital el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad como piedra angular del sistema de apoyos. Igualmente destacados son los principios de necesidad y proporcionalidad, es decir, que sean convenientes para procurar el correcto ejercicio de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad y respeten su máxima autonomía (artículo 268.1 del CC), sin exceder de lo estrictamente necesario.

No debemos olvidar el principio de revisión periódica. El artículo 268.2 del CC establece varios plazos de revisión. Con carácter general, este será de tres años. No obstante, de forma excepcional y motivada, la autoridad judicial podrá establecer un plazo superior siempre y cuando no exceda de los seis años. Ahora bien, debemos tener en cuenta que en caso de que se produzca un cambio de la situación de la persona, será necesaria una modificación de tales medidas (apartado 3º del artículo 268 del CC).

⁶² Dice la Exposición de Motivos de la Ley 8/2021 que *«la institución objeto de una regulación más detenida es la curatela, principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad. El propio significado de la palabra curatela –cuidado–, revela la finalidad de la institución: asistencia, apoyo, ayuda en el ejercicio de la capacidad jurídica; por tanto, como principio de actuación y en la línea de excluir en lo posible las actuaciones de naturaleza representativa, la curatela será, primordialmente, de naturaleza asistencial. No obstante, en los casos en los que sea preciso, y solo de manera excepcional, podrá atribuirse al curador funciones representativas»*.

Asimismo, es destacable el principio de subsidiariedad contenido en el artículo 269.1 del CC, y es que la curatela sólo deberá adoptarse «*mediante resolución motivada cuando no exista otra medida de apoyo suficiente para la persona con discapacidad*»⁶³. A sensu contrario, si existe otra medida de apoyo que permita a la persona con discapacidad el correcto ejercicio de su capacidad jurídica, no se podrá iniciar el expediente de jurisdicción voluntaria correspondiente ni, por ende, constituir una curatela.

Por otro lado, aunque el CC no establezca expresamente distintos tipos de curatela, si analizamos el contenido material de estas disposiciones podemos atisbar dos modalidades distintas: la que podríamos denominar «curatela asistencial» y la que deberíamos llamar «curatela representativa». Con carácter general, el curador realizará labores asistenciales, esto es, deberá asistir a la persona a la que preste apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica respetando su voluntad, deseos y preferencias (artículo 282.3 del CC), procurará que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones (artículo 282.4 del CC) y procurará fomentar las aptitudes de la persona a la que preste apoyo, de modo que pueda ejercer su capacidad con menos apoyo en el futuro (artículo 282.5 del CC). Sin embargo, en el supuesto excepcional en que la persona con discapacidad tenga un déficit cognitivo tan grave que no pueda conocerse esa voluntad, deseos o preferencias, el artículo 269 del CC articula la vía del curador representativo. En este supuesto, se deberá tener en cuenta «*la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación*» (artículo 249.3 del CC)⁶⁴.

⁶³ CAMPO IZQUIERDO considera que «*con esta reforma, siguiendo las directrices de la Convención y la doctrina del TS, la curatela viene a ocupar la posición de la tutela en relación a las personas mayores de edad o emancipados con discapacidad. Y si bien se regula de una forma más extensa que en la actualidad, llama la atención de que se le da un valor residual, pues como señala el art. 267 (artículo 268 tras la tramitación parlamentaria), solo se acudirá a este apoyo cuando no existan otros apoyos adecuados. Apoyo, curatela, que no conllevará por regla general la facultad de representar al curatelado*» (CAMPO IZQUIERDO, A.: «Anteproyecto de Ley de reforma civil y procesal en materia de discapacidad». *Actualidad Civil*. Número 9. Wolters Kluwer. Madrid. 2020. Pág. 13).

⁶⁴ Estamos de acuerdo completamente con las reflexiones apuntadas por SÁNCHEZ GÓMEZ en relación con la dificultad de concretar esos supuestos excepcionales, así como de interpretación la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad cuando nunca ha podido manifestar su capacidad: «*Reiterar, que se echa en falta una regulación de las causas que pueden determinar el nombramiento de un curador con funciones de apoyo en la toma de decisiones de una persona, a diferencia de lo que el todavía vigente artículo 200 del Código civil hace cuando se trata de la incapacitación puesto que ahí sí establece las causas. La indeterminación del Proyecto es criticable, por mucho que pensemos o intuyamos que se está refiriendo a las personas con discapacidad psíquica o intelectual. Igualmente es criticable que cuando regula la curatela representativa no se clarifiquen con más detalle los casos en que puede proceder por la variedad ínsita que comporta la discapacidad, salvo que pensemos que la norma con vocación de generalidad no puede entrar en la determinación de esos supuestos límite y por ende excepcionales. A este problema se añade el de la imposibilidad de atender a la voluntad de la persona con discapacidad si ésta nunca ha tenido capacidad de formar su voluntad y adoptar decisiones*» (SÁNCHEZ GÓMEZ, A.: «Hacia un nuevo tratamiento jurídico de la discapacidad. Reflexiones a propósito del Proyecto de

La resolución judicial que constituya la curatela o la autocuratela deberá precisar aquellos actos que el curatelado pueda realizar *per se*, aquellos en que requerirá la asistencia de su curador y aquellos en que precise representación, sin que en ningún caso pueda suponer una mera privación de derechos (artículo 269.5 del CC)⁶⁵. En esa misma resolución, o en otra posterior, la autoridad judicial establecerá las medidas necesarias para garantizar el respeto a la voluntad, deseos y preferencias del curatelado y aquellas que resulten precisas para evitar abusos, conflictos de intereses o influencias indebidas (lo que supone la adaptación de nuestro Derecho al artículo 12.4 de la CDPD). Además, podrá exigir al curador que informe de la situación personal y patrimonial del sometido a curatela (nótese el carácter dispositivo de esta última previsión). Todo ello se regula en el artículo 270 del CC.

En cuanto a la autocuratela, ESCARTÍN IPIÉNS la conceptúa como la «*declaración de voluntad del mismo potencial beneficiario, una persona física, mayor de edad, menor emancipado (artículo 269 CC) o habilitado de edad (artículo 244 CC), que en previsión de que se produzca una eventual y futura situación de discapacidad (artículo 248 CC) que requiera un apoyo continuado (artículo 249 CC), propone la curatela como medida de apoyo necesaria para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica, desarrollo pleno de su personalidad y en condiciones de igualdad (artículo 248 CC)*»⁶⁶. Igualmente relevante nos parece la definición acuñada por GARCÍA RUBIO al referirse a ella como una «*medida voluntaria, anticipatoria o preventiva establecida por una persona en previsión de su futura discapacidad por la que nombra a una o varias personas para que, llegado el momento y por el procedimiento que se establezca, ejerza o ejerzan las funciones de apoyo en su condición de curador o curadores y dispone, en su caso, sobre sus reglas de actuación*»⁶⁷.

Al igual que las medidas voluntarias, la autocuratela habrá de constar en escritura pública, en la que el otorgante podrá incluir el nombramiento o la exclusión de una o varias personas, e incluso disposiciones relativas al funcionamiento y contenido de la curatela, reglas de administración y disposición, obligación de hacer inventario o su dispensa, medidas y

Ley de 17 de julio de 2020 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». *Revista de Derecho Civil*. Volumen VII. Número 5. 2020. Págs. 422 y 423).

⁶⁵ PAU PEDRÓN entiende que «*el contenido de la resolución que pone fin a un procedimiento de prestación de apoyos puede ser muy heterogéneo, puesto que puede determinar actos en los que la persona con discapacidad pueda actuar por sí misma, actos para los que requiera la asistencia de curador y actos para los que requiera la representación por curador. Tanto unos casos como otros «deberán fijarse de manera precisa», como dice el párrafo penúltimo del artículo 267 proyectado (hoy artículo 268 CC)*». (PAU PEDRÓN, A.: «De la incapacitación...», *op. cit.*, pág. 25).

⁶⁶ ESCARTÍN IPIÉNS, J.A.: «La autocuratela...», *op. cit.*, pág. 87.

⁶⁷ GARCÍA RUBIO, M.P.: «Las medidas de apoyo...», *op. cit.*, pág. 44.

órganos de control, etc. (artículo 271 del CC). De la misma forma que ocurría con los poderes preventivos, hay una autonomía de la voluntad absoluta en este punto, por lo que el otorgante podrá incluir todas estas previsiones, algunas de ellas, o incluso ninguna. E igualmente, dicha escritura pública habrá de ser comunicada al Registro Civil para la correspondiente inscripción (artículos 255 y 300 del CC y 77 de la LRC).

Otro rasgo a destacar de la autocuratela es que es una medida personalísima, esto es, sólo podrá constituirla la persona interesada. No debemos confundir esto con la posibilidad que tiene el interesado de delegar en otra persona la elección del curador de entre los relacionados en la escritura pública prevista en el artículo 274 del CC. La constitución de la autocuratela corresponde exclusivamente a la persona con discapacidad, pero ésta podrá delegar el nombramiento de un curador de entre los designados previamente por ella en el documento público.

Esta escritura vinculará a la autoridad judicial (artículo 272.1 del CC). No obstante, tal regla general no tiene carácter absoluto puesto que la autoridad judicial puede apartarse de ella mediante resolución motivada en dos supuestos: i) cuando existan circunstancias graves desconocidas por la persona con discapacidad o ii) cuando haya una alteración de las causas expresadas por ella o que presumiblemente tuvo en cuenta en sus disposiciones. Esta excepcionalidad puede instarla el Juez de oficio, el MF o las personas llamadas por ley a ejercer la curatela (artículo 272.2 del CC)⁶⁸.

⁶⁸ Sobre este particular se ha pronunciado recientemente la STS, Sala Primera, N° 706/2021, de 19 de octubre (Rec. 305/2021). Se trata de un asunto en que una mujer, que padecía un deterioro cognitivo leve-moderado por demencia senil y síndrome depresivo, había fijado un orden de prelación sobre una futura tutela en testamento abierto otorgado en 2015, no habiendo sido respetado al advenir la situación de discapacidad por considerar inidónea en el informe del equipo técnico psicosocial a la primera de las llamadas a ejercer la tutela. El Alto Tribunal finalmente prescribió lo siguiente: «El artículo 271 del CC, en su nueva redacción, regula la autocuratela, confiriendo a cualquier persona mayor de edad o menor emancipado, en previsión a la concurrencia de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con lo demás, el nombramiento o la exclusión de una o varias personas determinadas para el ejercicio de la función de curador. Una propuesta de nombramiento de tal clase vinculará a la autoridad judicial al constituir la curatela (art. 272 I CC). No obstante, la autoridad judicial podrá prescindir total o parcialmente de esas disposiciones voluntarias, de oficio o a instancia de las personas llamadas por ley a ejercer la curatela o del Ministerio Fiscal y, 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). Pues bien, en el caso presente, 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, ya que D.ª Virginia convivía y sigue conviviendo con su hija D.ª Virginia , 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» (FD 4º). Con todo, dispone en su FD 6º que no concurren los requisitos exigidos por el CC para prescindir de la voluntad de la persona con discapacidad, que debe ser respetada.

En este punto, estimamos altamente conveniente traer a colación la reciente Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, N° 734/2021, de 2 de noviembre (Rec. 1201/2021), que en su Fundamento Jurídico Tercero realiza un análisis detallado de las características que inspiran esta novedosa figura. Así, nuestro Alto Tribunal subraya que se trata de un negocio jurídico i) de familia, ii) unilateral, dado que proviene exclusivamente de una persona mayor de edad o menor emancipada; iii) personalísimo, iv) inter vivos, ya que desencadena sus efectos en vida de la persona con discapacidad; v) solemne, puesto que ha de constar en escritura pública preceptivamente; vi) vinculante con carácter general -recuérdense las excepciones a tal regla general consagradas en el artículo 272 del CC-, vii) revocable, viii) inscribible en el Registro Civil *ex* artículo 4.10° de la LRC e ix) disponible en cuanto a su contenido, dado que es la propia persona la que configura las condiciones de funcionamiento y ejercicio del cargo.

3.5.2. NOMBRAMIENTO DEL CURADOR

Es obligado comenzar este epígrafe haciendo referencia a la aptitud para ser nombrado curador. Pueden serlo tanto i) las personas físicas mayores de edad aptas a juicio de la autoridad judicial para el desempeño de la tal función (artículo 275.1 del CC), como ii) las fundaciones y personas jurídicas sin ánimo de lucro, sean públicas o privadas, que tengan como uno de sus fines la promoción de la autonomía y asistencia a las personas con discapacidad (artículo 275.2 del CC).

En este punto, el artículo 276 obliga a la autoridad judicial a designar al curador propuesto por la persona con discapacidad o persona en quien ésta haya delegado esta facultad de nombramiento, pero al igual que todas las reglas generales que llevamos tratando a lo largo de estas líneas no es una norma de carácter absoluto, sino que el propio precepto prevé una serie de excepciones. El curador propuesto no será designado por la autoridad judicial cuando i) concurren circunstancias graves desconocidas por la persona con discapacidad -artículo 272.2-, ii) se produzca una alteración de las causas expresadas o que presumiblemente pudo tener en cuenta -artículo 272.2-, iii) haya sido excluido por la persona que precisa apoyo -artículo 275.2.1°-, iv) esté privado o suspendido en el ejercicio de la patria potestad o de los derechos de guarda y protección por resolución firme -artículo 275.2.2°-, v) hubiere sido removido de una tutela, curatela o guarda anterior -artículo 275.2.3°-, vi) hubiere sido condenado por cualquier delito que haga suponer fundadamente que no va a desempeñar correctamente la curatela -artículo 275.3.1°-, vii) haya conflicto de intereses -artículo 275.3.2°-, viii) haya sido

administrador sustituido en un procedimiento concursal –artículo 275.3.3º- o ix) se le impute la declaración de un concurso como culpable, salvo que la curatela lo sea únicamente respecto a la persona –artículo 275.3.4º-. Sin embargo, conviene tener en cuenta que estas últimas cuatro previsiones, las reguladas en el artículo 275.3, pueden ser obviadas por la autoridad judicial cuando concurran «*circunstancias excepcionales debidamente motivadas*», pudiendo por ende ser designados curadores tales sujetos en esos supuestos excepcionales. Volvemos a insistir en este punto que va a resultar imprescindible la labor de Juzgados y Tribunales a la hora de interpretar y dar aplicación a estos preceptos.

Cuando concurra alguna de las circunstancias descritas en el apartado anterior o directamente la persona con discapacidad no haya realizado ninguna propuesta, la autoridad judicial deberá tener en cuenta la prelación prevista en el artículo 276.2 del CC. No obstante, vuelve a ocurrir lo mismo que en anteriores ocasiones: es una regla general que tiene varias excepciones. Concretamente podrá ser alterado este orden legal por dos motivos: i) cuando así resulte conveniente tras oír al interesado, o ii) cuando no resulte clara la voluntad de la persona con discapacidad y la autoridad judicial considere más conveniente a otra persona para interpretar su voluntad, deseos y preferencias.

Es conveniente reseñar que puede ser nombrada más de una persona como curador. Es más, la ley permite incluso nombrar un curador para la esfera patrimonial y otro para la esfera personal.

En cuanto al modo de ejercicio de la curatela en estos casos debemos estar a lo dispuesto por la autoridad judicial en la correspondiente resolución judicial, respetando siempre la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad (artículo 277 del CC).

No podemos analizar la nueva curatela sin estudiar el régimen de remoción y excusa, que en ningún caso pueden causar desprotección o indefensión de la persona que precise el apoyo (artículo 281.3 del CC)⁶⁹.

En cuanto a la remoción, el artículo 278.1 regula una serie de causas que justifican su adopción, a saber: i) que concurra una causa legal de inhabilidad, esto es, alguna de las enumeradas en el artículo 275, ii) incumplimiento de los deberes propios del cargo, iii) notoria ineptitud, iv) problemas de convivencia graves y continuados o v) cuando concurran otras circunstancias que comprometan el correcto desempeño -278.2-.

⁶⁹ En estos casos, el citado precepto dispone que la autoridad judicial debe actuar de oficio «*mediante la colaboración necesaria de los llamados a ello, o bien, de no poder contar con estos, con la inexcusable colaboración de los organismos o entidades públicas competentes y del Ministerio Fiscal*».

Pues bien, la remoción habrá de ser acordada en su caso por la autoridad judicial a través de un expediente de jurisdicción voluntaria regulado en el artículo 49 de la LJV. Reténgase que en caso de devenir contencioso dicho expediente, se celebrará vista y se sustanciará por los cauces del juicio verbal (artículo 49.1.II de la LJV). Dicho expediente podrán instarlo la autoridad judicial de oficio, el interesado o el MF, bien *motu proprio*, bien por conocimiento de cualquier interesado. Una vez decretada la remoción, se nombrará nuevo curador salvo que se estime conveniente otra medida (artículos 278.4 del CC y 49.3 de la LJV). La comunicación será remitida al Registro Civil para su inscripción.

En cuanto a la excusa, debemos acudir a los artículos 279 y 280 del CC. Será acordada por la autoridad judicial a través de un expediente de jurisdicción voluntaria regulado en el artículo 50 de la LJV. Si es admitida, se nombrará un nuevo curador, debiendo remitir la comunicación al Registro Civil (artículos 279 *in fine* y 300 del CC y 50.4 de la LJV).

Son varios los motivos de excusa, debiendo distinguir según se trate de curador-persona física o curador-persona jurídica. En cuanto al primero, podrá invocar que i) el desempeño del cargo le resulta excesivamente gravoso o entraña grave dificultad o ii) han sobrevenido motivos de excusa (artículo 279.1 del CC). En cambio, si es una persona jurídica podrá alegar que i) carece de medios suficientes para ello o ii) que el contenido del ejercicio de la curatela no es acorde con sus fines estatutarios (artículo 279.2 del CC). No obstante, es importante reseñar que si el curador-persona jurídica es una Entidad pública no podrá excusarse en ningún caso (artículo 281 *in fine*).

Otro aspecto relevante a analizar en relación con la excusa es el plazo para instarla, distinguiendo el Código dos momentos bien diferenciados. Si la causa concurre antes del desempeño del cargo, el interesado dispondrá de quince días desde que conozca el nombramiento para instarla. Ahora bien, si la causa sobreviene durante el ejercicio de la curatela, podrá alegarla en cualquier momento (artículo 279.3 del CC). Con todo, el artículo 50.1 de la LJV incluye al respecto dos cuestiones no contenidas en el CC: en primer lugar, la LJV excluye al curador-persona jurídica de invocar causas sobrevenidas de excusa (*a sensu contrario*, sólo podrá instar el expediente de excusa con anterioridad al desempeño del cargo). En segundo lugar, la LJV parece introducir una limitación a la posibilidad de instar la excusa por causas sobrevenidas, puesto que permite invocarla en cualquier momento «*siempre que hubiera persona de parecidas condiciones para sustituirle*». Por último, conviene precisar que el curador nombrado en disposición testamentaria que se excuse, sea por causa originaria o sobrevenida, perderá lo que le hubiere dejado el testador (artículo 280 del CC).

Son, por tanto, tres las diferencias existentes entre remoción y excusa. La primera es que la excusa habrá de ser instada exclusivamente por el curador, sea persona física o jurídica, mientras que la remoción es un expediente que habrá de ser instado por otros sujetos enumerados *supra*. La segunda distinción consiste en que, en el caso de la remoción, el Juez podrá suspender al curador durante la tramitación y nombrarle un defensor judicial (artículos 278.3 del CC y 49.3 de la LJV), mientras que en la excusa el curador debe seguir desempeñando el cargo mientras el Juez resuelve (caso de no hacerlo, se nombrará un defensor judicial y el sustituido será responsable de todos los gastos si la excusa es rechazada –artículos 279.4 del CC y 50.3 de la LJV-). Finalmente, la tercera implica que si el curador fuese nombrado en testamento, perderá todo lo que le hubiere dejado el testador si se excusa (artículo 280 del CC), pero el CC no prevé disposición similar en relación con el curador removido.

3.5.3. EJERCICIO DE LA CURATELA Y EXTINCIÓN DE LA INSTITUCIÓN

Una vez designado el curador por la autoridad judicial, el siguiente paso es la toma de posesión del cargo, que deberá tener lugar ante el Letrado de la Administración de Justicia (LAJ). Si la autoridad judicial lo estima conveniente, podrá exigir al curador que constituya fianza que asegure el cumplimiento de las obligaciones (artículo 284 del CC), determinando su modalidad y cuantía. La autoridad judicial podrá modificar o dejar sin efecto la garantía en cualquier momento.

El Código Civil consagra una serie de derechos y deberes que le competen al curador en el ejercicio de su cargo.

En cuanto a los derechos, conviene precisar que el artículo 281 del CC regula el derecho del curador a ser retribuido si el patrimonio de la persona con discapacidad lo permite. También tendrá derecho al reembolso de los gastos justificados y a la indemnización de los daños sufridos en el ejercicio del cargo, siempre que no haya mediado culpa de su parte. Todas estas partidas serán abonadas con cargo al patrimonio de la persona con discapacidad.

En cuanto a los deberes, conviene recordar que el curador, como hemos analizado *supra*, deberá asistir a la persona a la que preste apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica respetando su voluntad, deseos y preferencias (artículo 282.3 del CC), procurará que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones (artículo 282.4 del CC) y se asegurará de fomentar las aptitudes de la persona a la que preste apoyo, de modo que pueda ejercer su capacidad con menos apoyo en el futuro (artículo 282.5 del CC).

El precepto enunciado en el apartado anterior regula las funciones que debe llevar a cabo el curador asistencial. Conforme hemos acotado, aunque expresamente el Código no regule diversos tipos de curatela, del tenor literal del articulado se pueden desprender dos modalidades: la «asistencial» y la «representativa». La primera es la regla general, pero en aquellos supuestos en que bajo ningún concepto pueda conocerse la voluntad, deseos y preferencias de la persona será necesario nombrarle, en casos excepcionales y por resolución motivada, un curador que le represente e interprete esa voluntad, deseos y preferencias. Para ello, tal y como dice el artículo 249.3 del CC, *«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»*.

Eso sí, esta última circunstancia excepcional impone al curador representativo una serie de obligaciones que no competen al curador asistencial. Así, el curador representativo deberá obtener autorización judicial para realizar los actos enumerados en la resolución judicial y en el artículo 287 CC⁷⁰ (muy similar al antiguo artículo 271 del CC para los tutores) y estará obligado a hacer inventario en el plazo de sesenta días desde que hubiere tomado posesión de su cargo ante el LAJ (artículo 285 del CC), obligación de la que puede ser dispensado el curador asistencial.

⁷⁰ *«El curador que ejerza funciones de representación de la persona que precisa el apoyo necesita autorización judicial para los actos que determine la resolución y, en todo caso, para los siguientes:*

1.º Realizar actos de trascendencia personal o familiar cuando la persona afectada no pueda hacerlo por sí misma, todo ello a salvo lo dispuesto legalmente en materia de internamiento, consentimiento informado en el ámbito de la salud o en otras leyes especiales.

2.º Enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, bienes o derechos de especial significado personal o familiar, bienes muebles de extraordinario valor, objetos preciosos y valores mobiliarios no cotizados en mercados oficiales de la persona con medidas de apoyo, dar inmuebles en arrendamiento por término inicial que exceda de seis años, o celebrar contratos o realizar actos que tengan carácter dispositivo y sean susceptibles de inscripción. Se exceptúa la venta del derecho de suscripción preferente de acciones. La enajenación de los bienes mencionados en este párrafo se realizará mediante venta directa salvo que el Tribunal considere que es necesaria la enajenación en subasta judicial para mejor y plena garantía de los derechos e intereses de su titular.

3.º Disponer a título gratuito de bienes o derechos de la persona con medidas de apoyo, salvo los que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar.

4.º Renunciar derechos, así como transigir o someter a arbitraje cuestiones relativas a los intereses de la persona cuya curatela ostenta, salvo que sean de escasa relevancia económica. No se precisará la autorización judicial para el arbitraje de consumo.

5.º Aceptar sin beneficio de inventario cualquier herencia o repudiar esta o las liberalidades.

6.º Hacer gastos extraordinarios en los bienes de la persona a la que presta apoyo.

7.º Interponer demanda en nombre de la persona a la que presta apoyo, salvo en los asuntos urgentes o de escasa cuantía. No será precisa la autorización judicial cuando la persona con discapacidad inste la revisión de la resolución judicial en que previamente se le hubiesen determinado los apoyos.

8.º Dar y tomar dinero a préstamo y prestar aval o fianza.

9.º Celebrar contratos de seguro de vida, renta vitalicia y otros análogos, cuando estos requieran de inversiones o aportaciones de cuantía extraordinaria».

El curador representativo no necesitará autorización judicial pero sí aprobación judicial para la partición de la herencia o la división de la cosa común una vez practicadas por éste (artículo 289 del CC).

Ahora bien, conviene dejar apuntado que antes de autorizar o aprobar todos estos actos, la autoridad judicial deberá oír al MF y a la persona con medidas de apoyo, recabando los informes solicitados o pertinentes (artículo 290 del CC).

Puede ocurrir que durante el desempeño de la curatela sobrevengan impedimentos o conflictos de intereses con la persona que precisa medidas de apoyo. El artículo 283 del CC los distingue entre ocasionales y prolongados. En el primer caso, la forma de proceder dependerá de si es un único curador o varios. Si es uno, el LAJ nombrará un defensor judicial a la persona con discapacidad. Si son varios, aquel o aquellos no afectados deberán prestar el apoyo hasta que cese el impedimento o conflicto. Si el impedimento o conflicto fuere prolongado, la autoridad judicial tiene dos opciones: bien reorganizar la curatela, bien nombrar un nuevo curador. En esta última situación están legitimados al efecto el Juez de oficio, el MF, las personas legitimadas para instar el procedimiento de provisión de apoyos y cualquiera que esté desempeñando la curatela. Deberá oírse en todo caso a la persona con discapacidad y al MF.

En cuanto a la extinción de esta figura, puede tener lugar por la muerte o declaración de fallecimiento de la persona con discapacidad (artículo 291.1 del CC) o por resolución judicial que acuerde que no sea precisa una medida de apoyo o cuando se adopte otra más adecuada (artículo 291.2 del CC).

Una vez haya cesado en su función, según el artículo 292 del CC, el curador deberá rendir cuenta general justificada en el plazo prorrogable de tres meses. Ésta deberá ser aprobada por la autoridad judicial, debiendo oír previamente al nuevo curador, a la persona con discapacidad o a sus herederos. Todos los gastos que genere la rendición de cuentas serán de cargo del patrimonio de la persona con discapacidad (artículo 293.1 del CC)⁷¹.

La acción para exigir la rendición de cuentas prescribe a los cinco años desde la terminación del plazo para realizarla (recordemos, tres meses prorrogables cuando haya justa causa). Ahora bien, resulta aquí trascendental lo dispuesto en el artículo 292 *in fine*, y es que la

⁷¹ Dispone el artículo 293.2 del CC que «*el saldo de la cuenta general devengará el interés legal, a favor o en contra del curador. Si el saldo es a favor del curador, el interés legal se devengará desde el requerimiento para el pago, previa restitución de los bienes a su titular. Si es en contra del curador, devengará el interés legal una vez transcurridos los tres meses siguientes a la aprobación de la cuenta*».

aprobación judicial de la cuenta general justificada no impide el ejercicio *ex post facto* de cualesquiera acciones relacionadas con la curatela.

Finalmente, conviene destacar que el curador, una vez cesado en el cargo, ha de responder de los daños ocasionados a la persona con discapacidad por su culpa o negligencia. Esta acción, no obstante, prescribe a los tres años desde la rendición final de cuentas (artículo 294 del CC).

3.6. EL DEFENSOR JUDICIAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Esta figura encuentra su regulación en los artículos 295 a 298 del CC. No obstante, al igual que ocurría con todas las medidas anteriores, se le aplican también las disposiciones generales de los artículos 249 a 253 del mismo Cuerpo legal.

En términos del artículo 250.6 del CC, el defensor judicial es considerado una medida formal de apoyo (al igual que la curatela) pero con el matiz de que sólo se acordará su activación cuando el apoyo se necesite de forma ocasional, aunque sea recurrente (al igual que dispone el artículo 295.1.5º del CC). En otras palabras, si lo que precisa la persona con discapacidad es una medida de apoyo más bien continuado, entonces habrá que instar el expediente de provisión judicial de apoyos para que se le nombre un curador. En realidad, el defensor judicial sólo será nombrado cuando concorra alguna de las circunstancias previstas en el artículo 295.1 del CC: i) cuando el prestador del apoyo no pueda desempeñar su cargo, hasta que cese la causa determinante o se designe a otra persona, ii) cuando exista conflicto de intereses entre persona con discapacidad y prestador del apoyo⁷²⁷³, iii) cuando la autoridad judicial lo estime necesario

⁷² Nuestro Alto Tribunal entiende que el conflicto de intereses existe cuando «*en la realización de los actos de guarda y protección la actuación de los representantes pone en peligro el beneficio del menor e incapaz al ser contrario al interés subjetivo o personal de aquéllos*» (STS, Sala Primera, Nº 21/2003, de 17 de enero -Rec. 2083/1997-).

⁷³ Nos parece conveniente traer a colación unas reflexiones de SÁNCHEZ-VENTURA MORER: «*En una primera aproximación, el conflicto de intereses se ha descrito como aquella situación en la que la actuación de los representantes, en la realización de los actos de guarda y protección, pone en peligro el beneficio del menor e incapaz al ser contrario al interés subjetivo o personal de aquéllos (fundamento jurídico segundo de la STS núm. 21/2003, de 17 de enero [RJ 2003/433]). Dicho de otra forma, “el conflicto de intereses puede estar presente cuando los intereses y derechos de uno (titular o titulares de la patria potestad) y otro (el hijo) son contrarios u opuestos en un asunto determinado, de modo que el beneficio de uno puede comportar el perjuicio para el otro” (fundamento jurídico quinto de la STS núm. 339/2012, de 5 de junio [RJ 2012/6700]). Por otro lado, teniendo en cuenta la expresión legal “algún asunto” (ex art. 299 CC), el conflicto de intereses puede plantearse tanto en relación a temas de carácter patrimonial, como a temas de carácter extrapatrimonial con trascendencia jurídica» (SÁNCHEZ-VENTURA MORER, I.: «Supuestos en los que interviene el defensor judicial: mención especial a la situación de conflicto de intereses». AA. VV. DE SALAS MURILLO, S. MAYOR DEL HOYO, M.V. (Dir.).*

durante la tramitación de la excusa alegada por el curador, iv) cuando se hubiere promovido la provisión de medidas judiciales de apoyo y la autoridad judicial estime conveniente proveer a la administración de los bienes hasta que recaiga resolución judicial, y v) cuando la persona con discapacidad requiera una medida de apoyo de carácter ocasional, aunque sea recurrente. También se nombrará un defensor judicial, como indicamos previamente, cuando la autoridad judicial tenga por conveniente suspender al curador en sus funciones durante la tramitación del expediente de remoción⁷⁴ o cuando durante el expediente de excusa el curador no esté dispuesto a desempeñar sus funciones⁷⁵.

Al igual que ocurría con la guarda de hecho, el nuevo sistema bifurca la regulación del nombramiento del defensor judicial para menores y para personas con discapacidad. A pesar de ello, las normas reguladoras del defensor judicial para éstas últimas se aplicarán supletoriamente para los menores de edad (artículo 236 del CC).

En el nombramiento del defensor judicial deberá ser oída la persona con discapacidad. Realizado este trámite, la autoridad judicial nombrará para el ejercicio de tal función a quien sea más idóneo para respetar e interpretar la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad (artículo 295.2 del CC). Nótese que el legislador, inspirándose en el espíritu del artículo 12 de la CDPD, ha prescindido completamente de cualquier interés superior de la persona con discapacidad, criterio que sigue manteniendo para los menores *ex* artículo 236 *in fine* del CC.

Como hemos dicho previamente, es posible que varias personas presten apoyo a una misma persona con discapacidad. En este supuesto, sólo procederá el nombramiento de un defensor judicial si ninguno de esos sujetos nombrados puede actuar o cuando la autoridad judicial lo considere conveniente (artículo 296 del CC *a sensu contrario*). Por ejemplo, si una persona con discapacidad tiene dos curadores que le asisten en el ejercicio de su capacidad jurídica pero sólo uno de ellos se encuentra inmerso en una situación de conflicto de intereses para un acto jurídico concreto con su curatelado, no procederá el nombramiento de un defensor judicial, sino que el apoyo en ese acto deberá prestarlo la persona que no tiene un interés contrapuesto. Si ambos estuvieran incurso en un conflicto de intereses con la persona con

«Claves para la adaptación del Ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad». Tirant lo Blanch. Valencia. 2019. Pág. 275).

⁷⁴ Si esta previsión no consta en el artículo 295 del CC la podemos encontrar en los artículos 278.3 del CC y 49.2 de la LJV.

⁷⁵ Cfr. artículos 279.4 del CC y 50.3 de la LJV.

discapacidad, entonces sí habría que designar un defensor judicial (artículo 295.1.2º, junto con el artículo 296 interpretado *contrario sensu*).

Si hubiese sido nombrado un defensor judicial para la partición de herencia deberá obtener aprobación judicial, salvo que se hubiera dispuesto otra cosa al hacer el nombramiento (artículo 289 del CC).

Conviene subrayar que al defensor judicial se le aplicarán las causas de inhabilidad, excusa y remoción del curador, así como las obligaciones de este de respetar la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad (artículo 297 del CC), auténtica idea que preside toda esta nueva regulación. Igualmente importante es el artículo 298 del mismo Texto, que dispone que *«en el nombramiento se podrá dispensar al defensor judicial de la venta en subasta pública, fijando un precio mínimo, y de la aprobación judicial posterior de los actos. El defensor judicial, una vez realizada su gestión, deberá rendir cuentas de ella»*.

En cuanto a las causas de extinción, si bien no se regulan unas «causas de extinción» *stricto sensu* en un único precepto, podemos encontrarlas en diversos artículos del CC. Por ejemplo, cuando en el defensor judicial concurra alguna causa de inhabilidad, excusa o remoción del curador (artículo 297 del CC), cuando cese el supuesto del artículo 295 que motivó su nombramiento, o cuando el conflicto de intereses entre la persona que presta el apoyo y quien precise tales medidas sea permanente (en cuyo caso tal vez sea conveniente reconfigurar la medida de apoyo existente, nombrar a una nueva persona para prestar el apoyo o proveer otra medida distinta).

CONCLUSIONES

Una vez desarrolladas cada una de las medidas de apoyo, hemos de decir que a nuestro parecer es positivo este cambio de paradigma y la implementación en nuestro Ordenamiento jurídico del modelo social de discapacidad. También nos parece especialmente relevante que la voluntad, deseos y preferencias de las personas con discapacidad se consagre como uno de los principios máximos del nuevo sistema y sea especialmente determinante a la hora de constituir las medidas de apoyo e incluso al regir su contenido y desarrollo.

Ahora bien, como con todo Cuerpo normativo, hemos de realizar un análisis crítico. No nos podemos ceñir sólo a analizar sus puntos positivos, sino que debemos estudiar sus flaquezas con el objetivo de que el nuevo sistema funcione lo mejor posible y pueda proteger los derechos

e intereses de las personas con discapacidad a la par que se garantizan principios básicos de nuestro Ordenamiento tales como la seguridad jurídica.

En primer término, nos parece sumamente criticable el uso desmesurado que el legislador ha hecho de conceptos jurídicos indeterminados a lo largo del articulado de la reforma, de tal manera que la interpretación de ciertos términos como «*han de ser suficientes...*», «*que se estén aplicando eficazmente*», «*escasa relevancia económica*», etc., quedarán al albur de la interpretación jurisprudencial. Habríamos agradecido un mayor nivel de detalle y una mejor técnica legislativa. No debemos olvidar en este punto que la jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo no es fuente del Derecho, sino que realiza una labor complementaria del Ordenamiento jurídico *ex* artículo 1.6 del CC⁷⁶.

Al igual que apuntábamos en las líneas precedentes, creemos que el legislador debería haber incluido unas causas que justifiquen la adopción de medidas de apoyo, a semejanza de la previsión del anterior artículo 200 del CC. Lo cierto es que del tenor literal de los preceptos se desprende que el motivo que justifica la puesta en marcha del sistema de apoyos es el hecho de padecer una discapacidad psíquica o cognitiva que dificulte o impida a la persona la toma de decisiones por sí misma. No obstante, por mor del principio de seguridad jurídica habría sido conveniente añadir tal previsión al articulado y evitar así esta clase de discusiones doctrinales. Igualmente criticable es que la Ley 8/2021 hable de discapacidad en términos generales, sin ningún tipo de distinción, ya que una persona con una discapacidad física o sensorial, que en nada afecta en el proceso de toma de decisiones, no va a precisar de estas medidas, aunque del tenor literal de la reforma se desprenda que son potenciales destinatarias de ellas.

En relación de nuevo con un principio de coherencia normativa, creemos que habría sido adecuado reformar otros Textos que siguen manteniendo el término «incapaces» o «incapacidad», tales como el Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, el Decreto de 14 de febrero de 1947 por el que se aprueba el Reglamento Hipotecario o la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, entre otras disposiciones.

Quizá habría sido conveniente también que el catálogo de medidas de apoyo previsto en el artículo 250 del CC fuese un *numerus apertus*, como ha señalado el CGPJ en la Recomendación 179.c) del Informe sobre el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la

⁷⁶ «La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho».

legislación civil y procesal en materia de discapacidad⁷⁷. Igualmente se considera que habría sido interesante explorar en el Derecho civil común la inserción de la figura del «asistente», ya previsto en el Derecho civil catalán⁷⁸.

Aunque veamos como un rasgo positivo de la nueva regulación la obligación de los órganos jurisdiccionales y de los prestadores del apoyo de tener en cuenta la voluntad, deseos y preferencias de las personas con discapacidad, como enunciamos al principio de este apartado, consideramos que resulta preocupante atender al mismo con carácter absoluto. ¿Qué ocurre si la decisión que decide tomar la persona con una discapacidad cognitiva es perjudicial para sus intereses? ¿Qué sucede si la persona, ante la falta de capacidad para entender la magnitud de su patología, no quiere contar con una medida de apoyo? Si tenemos en cuenta la CDPD y la LAPD en una interpretación estricta, debemos respetar toda decisión que tome la persona con discapacidad, aun siendo perjudicial para sus intereses, dado que, en términos de la OGC, las personas con discapacidad también tienen derecho a asumir riesgos y equivocarse. Sin embargo, consideramos que en estos supuestos los órganos jurisdiccionales deben moderar este principio y procurar que la persona con discapacidad que cuente con medidas de apoyo no adopte ninguna decisión que pueda ser ciertamente perjudicial⁷⁹.

⁷⁷ «El prelegislador, sin embargo, debería considerar la conveniencia de regular estas instituciones de una manera más amplia, que comprendiera también la “asistencia” institucional, como figura similar a la “*amministrazione di sostegno*”, más adecuada para las muy variadas situaciones de afectaciones psíquicas o físicas que requieran de una asistencia para el desenvolvimiento ordinario de la actividad de forma más o menor prolongada, dispuesta en expediente de jurisdicción voluntaria (piénsese en afectaciones por causa de drogodependencia, alcoholismo, ludopatía, anorexia, etc.). De este modo, la asistencia institucional absorbería aquellas situaciones en las que la necesidad de apoyo se precise de forma ocasional, aunque fuese recurrente, que ahora sirven para definir la figura del defensor judicial en el artículo 249 AL, y se contempla en el ordinal primero del proyectado artículo 293 entre los casos en los que procede el nombramiento del defensor judicial. Este quedaría circunscrito, entonces, a los demás casos previstos en dicho artículo, que se identifican mejor con el tradicional ámbito de actuación de esta figura: cuando, por cualquier causa, quien haya de prestar apoyo no pueda hacerlo, hasta que cese la causa determinante o se designe a otra persona; cuando exista conflicto de intereses; o cuando, durante la tramitación de la excusa alegada por el curador, la autoridad judicial lo considere necesario».

⁷⁸ Esta institución se regula en el artículo 226 del CCCat, cuyo apartado 1º dispone que «la persona mayor de edad que lo necesite para cuidar de ella misma o de sus bienes, debido a la disminución no incapacitante de sus facultades físicas o psíquicas, puede solicitar a la autoridad judicial el nombramiento de un asistente, de acuerdo con lo establecido por el presente capítulo, por el procedimiento de jurisdicción voluntaria.

2. La autoridad judicial debe respetar la voluntad de la persona que debe ser asistida en cuanto al nombramiento o exclusión de alguna persona para ejercer la función de asistencia».

⁷⁹ Nos gustaría traer a colación la STS, Sala Primera, Nº 589/2021, de 8 de septiembre (Rec. 4187/2019), primera Sentencia del Alto Tribunal que aplica Ley 8/2021, en la que se dice expresamente, en sintonía con lo que venimos exponiendo, en su FD 4º que «en realidad, el art. 268 CC lo que prescribe es que en la provisión de apoyos judiciales hay que atender en todo caso a la voluntad, deseos y preferencias del afectado. El empleo del verbo «atender», seguido de «en todo caso», subraya que el juzgado no puede dejar de recabar y tener en cuenta (siempre y en la medida que sea posible) la voluntad de la persona con discapacidad destinataria de los apoyos, así como sus deseos y preferencias, pero no determina que haya que seguir siempre el dictado de la voluntad, deseos y preferencias manifestados por el afectado. El texto legal emplea un término polisémico que comprende, en lo que ahora interesa, un doble significado, el de «tener en cuenta o en consideración algo» y no solo el de «satisfacer un deseo, ruego o mandato». Si bien, ordinariamente, atender al querer y parecer del interesado

Por otro lado, el punto de la reforma que más polémica genera a nuestro juicio es la curatela representativa. La propia legislación, como hemos detallado, prevé que en aquellos casos en que, tras un esfuerzo considerable, no se pueda conocer la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad se optará por esta modalidad. Así, el curador deberá interpretar esa voluntad, deseos y preferencias en atención a su trayectoria vital, valores o creencias, representar a esa persona y adoptar la decisión que ésta habría adoptado si no necesitara tal representación. Esto puede ocasionar graves problemas, sobre todo cuando nos hallamos ante sujetos con una discapacidad muy grave desde edades muy tempranas o incluso desde el nacimiento, de tal manera que en ningún momento hayan podido mostrar tales criterios. En estos casos, ¿cómo se va a poder interpretar esa voluntad, deseos y preferencias si no ha podido expresarlas en ningún momento? Desde nuestro punto de vista, habría sido más conveniente y garantista sustituir esta previsión e incorporar el interés superior de la persona con discapacidad, aunque choque frontalmente con las previsiones de la CDPD.

Al igual que apuntábamos en líneas precedentes, nos parece problemático que la determinación del contenido de las medidas voluntarias de apoyo quede a la libertad absoluta del otorgante. El poderdante puede no hacer ninguna previsión en cuanto a las medidas de fiscalización o control o incluso excluirlas expresamente, lo que supone un manifiesto error. Aunque nos parezca muy positivo seguir la máxima de la «voluntad, deseos y preferencias» de la persona con discapacidad, consideramos que no debe tener un carácter absoluto. En otras palabras, la nueva regulación debería haber incluido un contenido imperativo para las medidas voluntarias con el objetivo de impedir que la persona con discapacidad, previsiblemente en un contexto de confianza con el sujeto que en su momento vaya a prestar el apoyo, pueda excluir

supone dar cumplimiento a él, en algún caso, como ocurre en el que es objeto de recurso, puede que no sea así, si existe una causa que lo justifique. El tribunal es consciente de que no cabe precisar de antemano en qué casos estará justificado, pues hay que atender a las singularidades de cada caso. Y el presente, objeto de recurso, es muy significativo, pues la voluntad contraria del interesado, como ocurre con frecuencia en algunos trastornos psíquicos y mentales, es consecuencia del propio trastorno que lleva asociado la falta de conciencia de enfermedad. En casos como el presente, en que existe una clara necesidad asistencial cuya ausencia está provocando un grave deterioro personal, una degradación que le impide el ejercicio de sus derechos y las necesarias relaciones con las personas de su entorno, principalmente sus vecinos, está justificada la adopción de las medidas asistenciales (proporcionadas a las necesidades y respetando la máxima autonomía de la persona), aun en contra de la voluntad del interesado, porque se entiende que el trastorno que provoca la situación de necesidad impide que esa persona tenga una conciencia clara de su situación. 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. 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».

tales medidas de control y quedar completamente desprotegida frente a esos abusos o influencias indebidas que pretende erradicar el artículo 12.4 de la CDPD.

Por otro lado, no hemos de olvidar el problema que puede suponer la revisión periódica de las resoluciones que implanta el artículo 268 del CC. Pensamos que se trata de una reforma sin precedentes, realmente ambiciosa, pero que debería venir acompañada de un mayor número de recursos, tanto económicos, como materiales y humanos. La reforma demuestra ser desconocedora de la realidad de los Órganos jurisdiccionales. No es realista prever un periodo de revisión de todas las resoluciones en materia de capacidad jurídica cada tres o seis años (o incluso menos si se produce un cambio de circunstancias o la autoridad judicial lo estima conveniente) sin la correspondiente dotación presupuestaria. Hacemos nuestras las reflexiones que al respecto ha expuesto AMARILLO VOZMEDIANO⁸⁰ al afirmar que la tardanza en la tramitación de estos procedimientos *«no será por ausencia de voluntad de todos los operadores jurídicos, sino porque una vez más se pretende una modificación legal sin una modificación, dotación y ampliación de quien han de tramitarlos y resolverlos. No solo jueces, también fiscales e Institutos de medicina legal»*.

La Ley 8/2021, que ha entrado en vigor recientemente el 3 de septiembre de 2021, muestra pues virtudes pero también defectos. Si bien resulta adecuado tener en cuenta la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, echamos de menos en la regulación actual un interés superior objetivo, como había en su precedente, para evitar que dicho colectivo pueda tomar decisiones que crean adecuadas pero que en el fondo va a suponerles un grave perjuicio. Sin duda, en cuanto a la interpretación del nuevo sistema, va a ser primordial la labor de los Juzgados y Tribunales, aunque aún habremos de esperar un tiempo para conocer la doctrina jurisprudencial sentada por el Tribunal Supremo en su labor complementaria de la ley.

Esperamos que el nuevo sistema de apoyos funcione de la forma más adecuada posible y que ello no suponga un nuevo colapso para los órganos jurisdiccionales, todo ello por el beneficio de sus principales destinatarias: las personas con discapacidad.

⁸⁰ AMARILLO VOZMEDIANO, M.: «¿Sumando un nuevo colapso de los Órganos judiciales? ¿Salud mental? Primer acercamiento». *Diario La Ley*. Número 550. Wolters Kluwer. Madrid. 2021. Pág. 7.

BIBLIOGRAFÍA

ALCAÍN MARTÍNEZ, E.: «La responsabilidad civil de las personas con discapacidad: conexión entre el Derecho de Daños y el Derecho de la Discapacidad». *Actualidad Civil*. Número 6. Wolters Kluwer. Madrid. 2021.

ALEMANY, M.: «Representación y derechos de las personas con discapacidad mental y/o intelectual». *Práctica de los Tribunales*. Número 145. Wolters Kluwer. Madrid. 2020.

ALÍA ROBLES, A.: «Aspectos controvertidos del Anteproyecto de ley de reforma de la legislación civil y procesal en materia de discapacidad». *Actualidad Civil*. Número 2. Wolters Kluwer. Madrid. 2020.

ÁLVAREZ GARCÍA, H.: «La dimensión constitucional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad». AA. VV. MORCILLO MORENO, J. (Dir.). «*Discapacidad intelectual y capacidad de obrar. De la sustitución de la voluntad al apoyo en la toma de decisiones*». Tirant lo Blanch. Valencia. 2019.

AMARILLO VOZMEDIANO, M.: «¿Sumando un nuevo colapso de los Órganos judiciales? ¿Salud mental? Primer acercamiento». *Diario La Ley*. Número 550. Wolters Kluwer. Madrid. 2021.

BARBA, V.: «Capacidad para otorgar testamento, legitimarios y protección de la persona con discapacidad». *LA LEY Derecho de familia*. Número 31. Wolters Kluwer. Madrid. 2021.

BERROCAL LANZAROT, A.I.: «La guarda de hecho como medida de apoyo a las personas con discapacidad en el proyecto de ley 121/000027». *LA LEY Derecho de Familia*. Número 29. Wolters Kluwer. Madrid. 2021.

BLÁZQUEZ MARTÍN, R.: «El tratamiento de la discapacidad en la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo». *Diario La Ley*. Número 15141. Wolters Kluwer. Madrid. 2018.

CALAZA LÓPEZ, C.A.: «La asistencia personalizada de las personas dependientes y los discapacitados». *Práctica de Tribunales*. Número 145. Wolters Kluwer. Madrid. 2020.

CALAZA LÓPEZ, S.: «Jurisdicción voluntaria de personas con distintas capacidades: monitorios de colectivos vulnerables». *Práctica de Tribunales*. Número 145. Wolters Kluwer. Madrid. 2020.

CALAZA LÓPEZ, S.: «La justicia civil indisponible en la encrucijada: la asincronía entre la reforma sustantiva y procesal en la provisión judicial de apoyos a las personas con discapacidad». *LA LEY Derecho de familia*. Número 31. Wolters Kluwer. Madrid. 2021.

CAMPO IZQUIERDO, A.: «Anteproyecto de Ley de reforma civil y procesal en materia de discapacidad». *Actualidad Civil*. Número 9. Wolters Kluwer. Madrid. 2020.

COCH ROURA, N.: «La curatela a la luz de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad y su antecedente en la cura furiosi». *Revista de la Notaría*. Número 2018001. 2018.

DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: «Apoyo a los mayores en el ejercicio de su capacidad. Reflexiones a la vista del Anteproyecto de reforma de la legislación civil en materia de capacidad». Editorial Reus. Madrid. 2019.

DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: «El protagonismo de la persona con discapacidad en el diseño y gestión del sistema de apoyo». AA. VV. DE SALAS MURILLO, S. MAYOR DEL HOYO, M.V. (Dir.). «Claves para la adaptación del Ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad». Tirant lo Blanch. Valencia. 2019.

DE ASÍS GONZÁLEZ CAMPO, F.: «Procesos de adopción de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad: valoración de la reforma procesal del Anteproyecto de 2018». AA. VV. DE SALAS MURILLO, S. MAYOR DEL HOYO, M.V. (Dir.). «Claves para la adaptación del Ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad». Tirant lo Blanch. Valencia. 2019.

DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y.: «Ajustes procedimentales para garantizar el acceso a la justicia de las personas en situación de discapacidad: el nuevo artículo 7 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil». *Práctica de Tribunales*. Número 151. Wolters Kluwer. Madrid. 2021.

DE SALAS MURILLO, S.: «La reforma de la legislación civil para el apoyo a las personas con discapacidad en materia de obligaciones y contratos». *Diario LA LEY*. Número 9841. Wolters Kluwer. Madrid. 2021.

DE SALAS MURILLO, S.: «Significado jurídico del «apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica» de las personas con discapacidad: presente tras diez años de convención». *Revista Doctrina Aranzadi Civil-Mercantil*. Número 5/2018. Editorial Aranzadi S.A.U. Pamplona. 2018.

DOLZ LAGO, M.J.: «El nuevo paradigma de la discapacidad, de la tutela al apoyo». *Diario LA LEY*. Número 9413. Wolters Kluwer. Madrid. 2019.

ELIZARI URTASUN, L.: «El internamiento asistencial involuntario de personas con discapacidad: problemas actuales y previsión en el Anteproyecto de reforma del Código Civil». *Actualidad Civil*. Número 4. Wolters Kluwer. Madrid. 2019.

ESCARTÍN IPIÉNS, J.A.: «Disposiciones transitorias del Anteproyecto de ley de reforma del Código Civil y otras leyes complementarias en materia de discapacidad». *Revista de Derecho Civil*. Volumen V. Número 3. 2018.

ESCARTÍN IPIÉNS, J.A.: «La autocuratela en el Anteproyecto de Ley sobre modificación del Código Civil y otras leyes complementarias en materia de discapacidad». *Revista de Derecho Civil*. Volumen V. Número 3. 2018.

GARCÍA HERRERA, V.: «Hacia el modelo social de la discapacidad: una reforma que está pero que nunca llega». *Actualidad Civil*. Número 7. Wolters Kluwer. 2019.

GARCÍA RUBIO, M.P.: «Algunas propuestas de reforma del Código Civil como consecuencia del nuevo modelo de discapacidad. En especial en materia de sucesiones, contratos y responsabilidad civil». *Revista de Derecho Civil*. Volumen V. Número 3. 2018.

GARCÍA RUBIO M.P.: «Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio». *Revista de Derecho Civil*. Volumen V. Número 3. 2018.

GÓNZALEZ DEL POZO, J.P.: «Examen de las reformas legales en materia de apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica por la Ley 8/2021». *Revista de Derecho de Familia*. Número 99. Lefebvre. 2021.

GONZÁLEZ GRANDA, P.: «Articulación del sistema procesal de provisión de apoyos y salvaguardas en el Anteproyecto de Ley de reforma de la legislación civil y procesal en materia de discapacidad». *Práctica de los Tribunales*. Número 141. Wolters Kluwer. Madrid. 2019.

GONZÁLEZ GUTIÉRREZ, J. PEREA GONZÁLEZ, Á.: «Un nuevo enfoque jurídico de la discapacidad: a propósito del Proyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica». *Actualidad Civil*. Número 4. Wolters Kluwer. Madrid. 2021.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: «La contribución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo al diseño del nuevo sistema de protección previsto en el anteproyecto de ley

por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad de 21 de septiembre de 2018». AA. VV. DE SALAS MURILLO, S. MAYOR DEL HOYO, M.V. (Dir.). «*Claves para la adaptación del Ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*». Tirant lo Blanch. Valencia. 2019.

LECIÑENA IBARRA, A.: «La guarda de hecho como institución de apoyo a las personas con discapacidad». AA. VV. DE SALAS MURILLO, S. MAYOR DEL HOYO, M.V. (Dir.). «*Claves para la adaptación del Ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*». Tirant lo Blanch. Valencia. 2019.

LEGERÉN-MOLINA, A.: «La relevancia de la voluntad de la persona con discapacidad en la gestión de apoyos». AA. VV. DE SALAS MURILLO, S. MAYOR DEL HOYO, M.V. (Dir.). «*Claves para la adaptación del Ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*». Tirant lo Blanch. Valencia. 2019.

LINACERO DE LA FUENTE, M.: «El reto de la reforma de la legislación civil en materia de discapacidad». *Revista de la Notaría*. Número 2020001. Lefebvre-El Derecho. 2020.

LLEDÓ YAGÜE, F. MONJE BALMASEDA, O. GUTIÉRREZ BARRENENGOA, A.: «*Estudio básico sobre la guarda de hecho: algunas reflexiones sustantivas y procesales notables de lege data y de lege ferenda : de la Convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006 al Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad de 26 de septiembre de 2018*». Dykinson S.L. Madrid. 2019.

LÓPEZ SAN LUIS, R.: «El principio de respeto a la voluntad de la persona con discapacidad en la Convención de Nueva York (2006), y su reflejo en el anteproyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad». *InDret Derecho Privado*. Número 2.20. 2020.

MAGARIÑOS BLANCO, V.: «Comentarios al Anteproyecto de Ley para la reforma del Código Civil sobre discapacidad». *Revista de Derecho Civil*. Volumen V. Número 3. 2018.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: «Autonomía, apoyos y protección en la reforma del Código Civil sobre discapacidad psíquica». *Diario LA LEY*. Número 9851. Wolters Kluwer. Madrid. 2021.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: «Curatela y representación: cinco tesis heterodoxas y un estrambote». AA. VV. DE SALAS MURILLO, S. MAYOR DEL HOYO,

M.V. (Dir.). «*Claves para la adaptación del Ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*». Tirant lo Blanch. Valencia. 2019.

MARTÍNEZ GÁLVEZ, A.: «Instituciones tutelares y de apoyo en el Anteproyecto de Ley que Reforma la Legislación Civil y Procesal en materia de discapacidad». *Diario La Ley*. Número 7541. Wolters Kluwer. Madrid. 2019.

MORO ALMARAZ, M.J.: «La tramitación legislativa de la ley 8/2021». *LA LEY Derecho de familia*. Número 31. Wolters Kluwer. Madrid. 2021.

MUNAR BERNAT, P.: «La curatela: Principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad». *Revista de Derecho Civil*. Volumen V. Número 3. 2018.

MUÑIZ ESPADA, E.: «Análisis de la seguridad jurídica en la proyectada reforma de la discapacidad». *Revista Jurídica del Notariado*. Número 111. Lefebvre-El Derecho. 2020.

PACHECO JIMÉNEZ, M.N.: «Del tradicional procedimiento de incapacitación a la modificación judicial de la capacidad de obrar y la alternativa del sistema de apoyos». AA. VV. MORCILLO MORENO, J. (Dir.). «*Discapacidad intelectual y capacidad de obrar. De la sustitución de la voluntad al apoyo en la toma de decisiones*». Tirant lo Blanch. Valencia. 2019.

PALLARÉS NEILA, J.: «La ineludible proporcionalidad y graduación de las medidas de protección de adultos». *Actualidad Civil*. Número 11. Wolters Kluwer. Madrid. 2018.

PALLARÉS NEILA, J.: «La participación en la toma de decisiones: el instrumento que permite el apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica». *Actualidad Civil*. Número 3. Wolters Kluwer. Madrid. 2020.

PALLARÉS NEILA, J.: «La revisión de sentencias dictadas en el nuevo procedimiento de provisión de apoyos». *Revista de Derecho Civil*. Volumen V. Número 3. 2018.

PALLARÉS NEILA, J.: «Quién, qué y por qué. El estándar de intervención en el Proyecto de Ley para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica». *Actualidad Civil*. Número 10. Wolters Kluwer. Madrid. 2020.

PAU PEDRÓN, A.: «De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de discapacidad intelectual en el Código Civil». *Revista de Derecho Civil*. Volumen V. Número 3. 2018.

PEREÑA VICENTE, M.: «La transformación de la guarda de hecho en el Anteproyecto de Ley». *Revista de Derecho Civil*. Volumen V. Número 3. 2018.

PÉREZ MONGE, M.: «La guarda de hecho: de la transitoriedad a la estabilidad». AA. VV. DE SALAS MURILLO, S. MAYOR DEL HOYO, M.V. (Dir.). «*Claves para la adaptación del Ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*». Tirant lo Blanch. Valencia. 2019.

PETIT SÁNCHEZ, M.: «La adopción de medidas de apoyo para las personas con discapacidad: Armonización entre la autonomía de la voluntad y el mejor interés». *Revista de Derecho Civil*. Volumen VII. Número 5. 2020.

RIBOT IGUALADA, J.: «La nueva curatela: diferencias con el sistema anterior y perspectivas de funcionamiento». AA. VV. DE SALAS MURILLO, S. MAYOR DEL HOYO, M.V. (Dir.). «*Claves para la adaptación del Ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*». Tirant lo Blanch. Valencia. 2019.

SÁNCHEZ GÓMEZ, A.: «Hacia un nuevo tratamiento jurídico de la discapacidad. Reflexiones a propósito del Proyecto de Ley de 17 de julio de 2020 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». *Revista de Derecho Civil*. Volumen VII. Número 5. 2020.

SÁNCHEZ-VENTURA MORER, I.: «Supuestos en los que interviene el defensor judicial: mención especial a la situación de conflicto de intereses». AA. VV. DE SALAS MURILLO, S. MAYOR DEL HOYO, M.V. (Dir.). «*Claves para la adaptación del Ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*». Tirant lo Blanch. Valencia. 2019.

SEIJAS QUINTANA, J.: «La modificación de la capacidad de obrar de las personas con discapacidad: posturas de nuestros tribunales y perspectivas de futuro». *Práctica de Tribunales*. Número 145. Wolters Kluwer. Madrid. 2020.

SOLÉ RESINA, J.: «Apoyos informales o no formalizados al ejercicio de la capacidad jurídica y la guarda de hecho». *LA LEY Derecho de familia*. Número 31. Wolters Kluwer. Madrid. 2021.

SOSPEDRA NAVAS, F.J.: «Comentario de la ley 8/2021, de 2 de junio, de reforma para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad». *Aranzadi digital*. Número 1/2021. Editorial Aranzadi S.A.U. Pamplona. 2021.

TOLDRÀ ROCA, D.: «El apoyo solidario: la guarda de hecho». AA. VV. DE SALAS MURILLO, S. MAYOR DEL HOYO, M.V. (Dir.). «*Claves para la adaptación del*

Ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad». Tirant lo Blanch. Valencia. 2019.

ÍNDICE JURISPRUDENCIAL

Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 17 de enero de 2003 (N.º 21/2003. Rec. 2083/1997).

Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 29 de abril de 2009 (N.º 282/2009. Rec. 1259/2006).

Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 1 de junio de 2014 (N.º 341/2014. Rec. 1365/2012).

Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 3 de junio de 2016 (N.º 373/2016. Rec. 2367/2015).

Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 16 de mayo de 2017 (N.º 298/2017. Rec. 2759/2016).

Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de marzo de 2018 (N.º 124/2018. Rec. 4192/2016).

Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 8 de septiembre de 2021 (N.º 589/2021. Rec. 4187/2019).

Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 19 de octubre de 2021 (N.º 706/2021. Rec. 305/2021).

Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 2 de noviembre de 2021 (N.º 734/2021. Rec. 1201/2021).