



**VNiVERSiDAD
D SALAMANCA**

CAMPUS DE EXCELENCIA INTERNACIONAL

TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

Derecho Privado

Derecho Civil

Curso 2021/2022

RESPECTO A LA VOLUNTAD, DESEOS Y PREFERENCIAS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD TRAS LA LEY 8/2021, DE 2 DE JUNIO.

Neli Valentinova Manolova

Tutora: Felisa María Corvo López

Junio 2022

TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

Derecho Privado

Derecho Civil

**RESPECTO A LA VOLUNTAD, DESEOS Y
PREFERENCIAS DE LAS PERSONAS CON
DISCAPACIDAD TRAS LA LEY 8/2021, DE 2 DE
JUNIO.**

**RESPECT FOR THE WILL, WISHES AND
PREFERENCES OF PEOPLE WITH DISABILITIES
AFTER LAW 8/2021 OF JUNE 2.**

Neli Valentinova Manolova
nelivalenti2000@usal.es

Tutora: Felisa María Corvo López

RESUMEN

En este trabajo trataremos de analizar las medidas de apoyo que actualmente existen a disposición de las personas con discapacidad en el Derecho español. En primer lugar, haremos un repaso del tratamiento que se daba a la discapacidad en nuestro ordenamiento, destacando la importancia de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 13 de diciembre de 2006. A continuación, veremos los cambios que ha traído consigo 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. Por último, estudiaremos las medidas de apoyo; su forma, contenido, tipos, alcance, etc.

PALABRAS CLAVE:

Medidas de apoyo, Ley 8/2021, personas con discapacidad, voluntad, deseos y preferencias, autotutela, tutela.

ABSTRACT

In this work we will try to analyze the support measures that currently exist for people with disabilities in Spanish law. First, we will review the treatment of disability in our system, highlighting the importance of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities of 13 December 2006. Next, we will see the changes brought about by Law 8/2021, of 2 June, which reforms civil and procedural legislation to support persons with disabilities in the exercise of their legal capacity. Finally, we will look at support measures; their form, content, types, scope, etc.

KEYWORDS:

Support measures, Law 8/2021, persons with disabilities, will, wishes and preferences, self-preservation, curatorship.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN	5
2. ANTECEDENTES NORMATIVOS DE LA REGULACIÓN DE LA DISCAPACIDAD EN EL DERECHO ESPAÑOL	6
2.1. Regulación anterior a la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad	6
2.2. Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad	9
2.3. Interpretación de la normativa vigente por parte de los tribunales españoles a la luz de la Convención	14
2.4. Regulación tras 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	15
3. LAS MEDIDAS DE APOYO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL EJERCICIO DE SU CAPACIDAD JURÍDICA TRAS LA LEY 8/2021, DE 2 DE JUNIO	17
3.1. Medidas de carácter voluntario.....	21
a. Mandatos y poderes preventivos	22
b. La autotutela	26
3.2. La guarda de hecho.....	29
3.3. Medidas de apoyo de carácter legal.....	35
a. Tutela.....	35
b. Defensor judicial.....	47
3.4. Apoyo provisional por parte de la entidad pública.....	50
4. SITUACIÓN EN LA QUE SE ENCUENTRAN LOS MENORES DE EDAD TRAS LA LEY 8/2021	51
5. REFORMA PROCESAL OPERADA POR LA LEY 8/2021 DE 2 DE JUNIO	52
6. CONCLUSIONES	53
BIBLIOGRAFÍA	55

1. INTRODUCCIÓN

El apartado segundo del art. 1 de la Convención de Naciones Unidas de los Derechos de las Personas con Discapacidad dispone que *“las personas con discapacidad incluyen a 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”*.

A medida que aumenta la esperanza de vida de las personas, nuestra población está cada vez más envejecida lo que, unido a los avances en la medicina y el aumento demográfico, nos lleva a un engrosamiento de las cifras sobre personas que sufren algún tipo de discapacidad.

Así, en las estadísticas proporcionadas por el INE, podemos observar cómo en 2008 el número de personas discapacitadas que existía en España era de 3847,9¹ personas, mientras que en 2020² ese número era de 4318,1 personas, aun teniendo en cuenta que en los datos de 2008 están incluidas las personas de 0 a 5 años y en los de 2020 los datos comienzan desde las personas mayores de 6 años.

Según datos de las Naciones Unidas, en torno al 10% de la población mundial cuenta con algún tipo de discapacidad (650 millones de personas). La discapacidad, además, influye en diferentes derechos fundamentales como por ejemplo en la educación, en datos de la UNESCO, el 90% de los niños con algún tipo de discapacidad no va al colegio³.

El art. 10 de nuestra Norma Suprema consagra la dignidad de las personas así como el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás como fundamentos de nuestro orden político y social. Por su parte, el art. 14 de la misma norma, establece la igualdad de la ley de todos los españoles y prohíbe cualquier tipo de discriminación.

Todos nosotros tenemos una alta probabilidad, siguiendo los datos que hemos mencionado anteriormente, de encontrarnos en algún momento de nuestra vida en una

¹Encuesta de Discapacidad, Autonomía Personal y Situaciones de Dependencia 2008. Discapacidades, Deficiencias y Estado de Salud. Resultados nacionales: cifras absolutas. Población con alguna discapacidad o limitación por edad y sexo. Disponible en: <https://www.ine.es/jaxi/Datos.htm?path=/t15/p418/a2008/hogares/p01/modulo1/10/&file=01001.px> (Fecha de consulta: 17 de junio de 2022)

²Discapacidad. Cifras absolutas. Discapacidades y deficiencias. Población de 6 y más años con discapacidad según tipo de discapacidad por sexo y edad. Disponible en: <https://www.ine.es/jaxi/Datos.htm?tpx=51615#!tabs-tabla>

³<https://www.un.org/development/desa/disabilities-es/algunos-datos-sobre-las-personas-con-discapacidad.html> (Fecha de consulta: 17 de junio de 2022)

situación en la que necesitemos cierto apoyo para realizar diferentes actividades que hoy concebimos como cotidianas o normales.

Por ello, es importante promover la actualización de las legislaciones estatales para dar respuesta a las necesidades de estas personas, que puedan desarrollar su vida, sus actividades diarias y ejercer su capacidad jurídica en igualdad de condiciones que el resto de personas.

En el presente trabajo, tras analizar los antecedentes normativos, nos propondremos estudiar las instituciones de apoyo que contempla nuestro Ordenamiento, tras la modificación operada al mismo por 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 (en adelante, Ley 8/2021), cuya clave de bóveda es el respeto a la voluntad de la persona con discapacidad. En nuestro estudio, no perderemos de vista el papel que ha jugado la jurisprudencia especialmente en el intervalo de tiempo que va desde la ratificación por España de la Convención hasta la referida reforma.

2. ANTECEDENTES NORMATIVOS DE LA REGULACIÓN DE LA DISCAPACIDAD EN EL DERECHO ESPAÑOL

2.1. Regulación anterior a la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad

Con anterioridad a la Convención de Naciones Unidas de los Derechos de las Personas con Discapacidad de 13 de diciembre de 2006, se produjeron en España varias reformas normativas en nuestro ordenamiento sobre este tema.

Concretamente, las reformas comenzaron tras el resurgir de la democracia en nuestro país, con la consagración de los principios de dignidad e igualdad de las personas, así como de la obligación de los poderes públicos de remover los obstáculos y reconocer los derechos y facilitar la participación de las personas con discapacidad en todos los ámbitos (arts. 9.2, 10 y 14 CE)⁴.

Cabe destacar las siguientes normas:

- La Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos.

⁴ GETE-ALONSO Y CALERA, M. DEL, “Paternalismo y autonomía en la noción legal de capacidad”, CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. y GARCÍA MAYO, M. (dir.), *“Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad”*, Wolters Kluwer Legal & Regulatory, Las Rozas (Madrid), 2021, p. 39.

- La Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del Código Civil en materia de tutela. Dicha ley incide en la modernización del concepto legal de capacidad y en la institución de la incapacitación. Dos son los principios que la inspiran: el principio de capacidad de toda persona y el de garantía judicial. Por lo que se refiere al primero, gozan de plena capacidad jurídica las personas mayores de edad, mientras que, los menores y las personas susceptibles de incapacitación tienen la capacidad limitada en función de las circunstancias de cada una⁵. La garantía judicial, por su parte, se refiere a que una persona solo puede ser declarada incapaz mediante sentencia judicial y, en todo caso, concurriendo alguna de las causas legalmente previstas (art. 199 CC). Son causas de incapacitación: *“las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma”* (art. 200 CC).

El mayor cambio operado por esta Ley es el relativo a la incapacitación, la cual pasa a configurarse como una institución jurídica unitaria, que trae causa de la necesidad de proteger a la persona que no puede gobernarse por sí misma⁶.

La incapacitación se configura así como una restricción de la capacidad de obrar de la persona; se trata de una medida muy severa, por lo que solo puede ser adoptada mediante sentencia judicial una vez acreditada la falta de gobernabilidad de la persona⁷. Dicha resolución judicial fijará la extensión y los límites de la misma, así como el régimen de tutela o guarda aplicable al incapacitado y la necesidad de internamiento (arts. 760 LEC y 210 CC).

Conforme a dicho sistema, cabía diferenciar⁸:

- La incapacitación total: se nombra a un tutor que ejerce la representación del tutelado. La persona con discapacidad se excluye totalmente de la toma de decisiones, siendo esta sustituida por el tutor.
- La incapacitación parcial: se nombra un curador para complementar la capacidad de la persona con discapacidad, se trata de una labor asistencial únicamente, pues, el curador no puede asumir funciones representativas.

⁵ Se suprime el apartado segundo del art. 32 CC que disponía lo siguiente: *“la menor edad, la demencia o la imbecilidad, la sordomudez, la prodigalidad y la interdicción civil no son más que restricciones de la personalidad jurídica (...)”*.

⁶ GETE-ALONSO Y CALERA, M. DEL., “Paternalismo y autonomía...”, *op. cit.*, p. 39 y 40.

⁷ LOPEZ FRÍAS, M. J., “Algunas notas sobre la graduación de la incapacitación en beneficio del incapacitado”, *Actualidad Civil*, 2003, p. 3.

⁸ PEREÑA VICENTE, M., “La Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad. ¿El inicio del fin de la incapacitación?”, *Diario La Ley*, 2011, p.6.

En el art. 215 CC encontramos los diferentes regímenes de guarda existentes en el momento; la tutela, la curatela y el defensor judicial.

En cuanto a la tutela, esta es la institución más amplia. Se destina a los casos más graves, aquellos en los que la persona no puede autogobernarse, por ello, el tutor tiene la función de representar legalmente al tutelado⁹. Podrán quedar sujetos a la tutela los menores no emancipados no sujetos a patria potestad, los incapacitados cuando así lo disponga la sentencia y los sujetos a patria potestad prorrogada cuando esta finalice, salvo que proceda la curatela (art. 222 CC).

Por su parte, la curatela, es una institución asistencial, el curador completa la capacidad de la persona sujeta a curatela en los actos que esta no pueda realizar por sí misma¹⁰, no sustituye ni representa a la persona. El art. 286 CC indica las personas que pueden quedar sujetas a la curatela: *“los emancipados cuyos padres fallecieren o quedaran impedidos para el ejercicio de la asistencia prevenida por la Ley, los que obtuvieren el beneficio de la mayor edad y los declarados pródigos”*.

El defensor judicial se configura como un cargo ocasional y compatible con los mencionados en los precedentes párrafos. Está reservado para aquellos casos donde existe un conflicto de intereses entre el menor o incapacitado y sus representantes legales o curador, o bien cuando el tutor o el curador no puedan desempeñar sus funciones correctamente, o en cualquiera de las demás situaciones previstas en el CC (art. 299 CC)¹¹.

Además de estas instituciones mencionadas expresamente en el Código Civil, también existe la figura del guardador de hecho. Existe guardador de hecho cuando, una persona distinta de los progenitores asume la protección de la persona y de los bienes del menor o presunto incapaz sin estar designada por la autoridad judicial¹². En el art. 303 se establecía que, *“cuando la autoridad judicial tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho podrá requerirle para que informe de la situación de la persona y los bienes del menor o del presunto*

⁹ MORENO TRUJILLO, E., “Protección de las personas con discapacidad: Guarda de hecho y tutela”, en GARCIA GARNICA, M DEL C. (dir.), *Estudios sobre dependencia y discapacidad*, Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona (Navarra), 2011, p. 239.

¹⁰ CERRADA MORENO, M., *Incapacitación y Procesos sobre Capacidad de las personas*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona (Navarra), 2014, p. 262 a 263.

¹¹ CERRADA MORENO, M., *Incapacitación y Procesos...*, *op. cit.*, p. 267.

¹² CERRADA MORENO, M., *Incapacitación y Procesos...*, *op. cit.*, p. 269.

incapaz y de su actuación en relación con los mismos, pudiendo establecer asimismo las medidas de control y vigilancia que considere oportunas”.

Por último, debemos hacer una breve referencia a la patria potestad prorrogada o rehabilitada. El art. 171 CC, tras la reforma operada por la Ley 13/1983, dispone que, a los hijos menores de edad incapacitados, se les prorrogará la patria potestad una vez que estos alcancen la mayoría de edad. Por otro lado, si el incapacitado es un hijo mayor de edad, soltero y conviviente con sus progenitores, esta no quedará sujeto a la tutela si no que se rehabilitará la patria potestad.

- La Ley la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.
- La Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.
- La Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

2.2. Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad

La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad fue aprobada el 13 de diciembre de 2006 por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York. España la ratificó el 30 de marzo de 2007 (BOE de 21 de abril) y entró en vigor el 3 de agosto de 2008¹³.

Se trata del primer Tratado de Derechos Humanos del siglo XXI aprobado en el seno de las Naciones Unidas sobre Derechos de las Personas con Discapacidad.

Uno de los aspectos más destacables de este instrumento reside en que contaba con la participación activa de numerosas organizaciones de personas con discapacidad; asimismo, destaca su rapidez tanto en la negociación como en su entrada en vigor (cinco años) y la unanimidad alcanzada sobre su contenido¹⁴.

El art. 1 de este instrumento señala que su principal objetivo *“es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos*

¹³ CERRADA MORENO, M., *Incapacitación y Procesos...*, op. cit., p. 24.

¹⁴ TORRES COSTAS, M. E., *La capacidad jurídica a la luz del art. 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2020, p. 35.

humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente”.

Los principios que la inspiran se enuncian en el art. 3:

- *El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas;*
- *La no discriminación;*
- *La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad;*
- *El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas;*
- *La igualdad de oportunidades;*
- *La accesibilidad*
- *La igualdad entre el hombre y la mujer*
- *El respeto a la evolución de las facultades de los niños y niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad.*

Ahora bien, el precepto más importante de la Convención es, sin lugar a duda, el art. 12. Tal y como indica TORRES COSTAS, se trata del “*corazón*” de la Convención; en él se recogen todos los derechos que se reconocen en la misma, de forma que, representa a la perfección el nuevo tratamiento que se le quiere dar a los derechos de las personas con discapacidad y su nuevo sistema de protección¹⁵.

“Artículo 12. Igual reconocimiento como persona ante la ley.

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

¹⁵ TORRES COSTAS, M. E., *La capacidad jurídica...*, op. cit., p. 77.

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.”

Este artículo obliga a los Estados parte a reconocer la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones que el resto de personas, así como a adoptar las medidas pertinentes para proporcionarles los apoyos necesarios para que puedan ejercitar la misma. Exige que se respete la voluntad de las personas, estableciendo, eso si, las salvaguardias oportunas a fin de evitar situaciones de abuso¹⁶.

A pesar de que la Convención contaba con una gran unanimidad en cuanto a su contenido, también ha sido objeto de numerosas reservas y declaraciones interpretativas por parte de los distintos Estados, en especial en torno al art. 12¹⁷. Algunos Estados consideraban que este artículo suponía la eliminación de cualquier sistema de su ordenamiento interno que implicara la posibilidad de establecer medidas de sustitución o representación¹⁸.

Se crea, siguiendo el mandato del art. 34, el Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad; se trata de un órgano supervisor e interpretador de la Convención, un órgano destinado a la interpretación y supervisión del cumplimiento de los Estados Parte del contenido de la Convención¹⁹.

¹⁶ PEREÑA VICENTE, M., “La transformación de la guarda de hecho en el anteproyecto de ley”, *Revista de Derecho Civil*, 2018, vol. 5, núm. 3, julio-septiembre, 2018, p. 19.

¹⁷ TORRES COSTAS, M. E., *La capacidad jurídica...*, *op. cit.*, p. 78.

¹⁸ CUADRADO PÉREZ, C., “Modernas perspectivas en torno a la discapacidad”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 777, 2020, p. 25.

¹⁹ TORRES COSTAS, M. E., *La capacidad jurídica...*, *op. cit.*, p. 107.

Los Estados Parte deben presentar informes sobre las medidas que adoptan en cumplimiento de la Convención; el Comité realiza Observaciones y Recomendaciones a los Estados a la vista de los informes presentados por los mismos, quedando así fijados los criterios interpretativos del Comité (art. 35 Convención).

En 2014 el Comité realizó la Observación General Primera en la que se recomendaba a los Estados Parte que adecuaran su ordenamiento al contenido de la Convención, dado de que ninguno de los Estados había adaptado su legislación al art. 12. Según la interpretación dada por el Comité: 1) todos los sistemas basados en la sustitución en la toma de decisiones deben ser reemplazados por el sistema de apoyos diseñado en el instrumento en cuestión, y que, ni si quiera en los casos más graves es admisible la sustitución de la voluntad de las personas con discapacidad y 2) el principio del mayor interés de la persona no es aplicable a las personas con discapacidad mayores de edad; en su lugar, debe hacerse la mejor interpretación de su voluntad. El Comité solicita a los Estados Parte que modifiquen su concepto de capacidad jurídica, incluyendo en él la capacidad de obrar, y que adopten el concepto de “*ajustes razonables*”. En resumen, les pide que se aseguren de que las personas con discapacidad puedan ejercer sus derechos en igualdad de condiciones que el resto de personas²⁰.

No tardó en abrirse un gran debate doctrinal y jurisprudencial en torno a si las observaciones, recomendaciones, informes, etcétera., del Comité tenían carácter vinculante para los Estados Parte o no. Unos consideran que el Comité realiza una labor de interpretación de la Convención, aclarando el sentido y el alcance del mismo, de forma que deben ser tenidos en cuenta como criterio interpretativo por jueces y tribunales (art. 10.2 CE) (ej. FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ o TRINIDAD NUÑEZ). Otros defienden que los Estados Parte no tienen la obligación de cumplir con las recomendaciones y observaciones (ej. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ)²¹.

España fue el primer Estado que envió su informe al Comité, concretamente el 3 de mayo de 2010, en cumplimiento con lo dispuesto en el art. 35 de la Convención. Como consecuencia el 19 de octubre de 2011 se emitieron las observaciones finales a este informe, en las que el Comité recomendaba a nuestro país que revisara las leyes que regulaban la guarda y la tutela y que tomara medidas para adoptar leyes y políticas por las que se reemplazasen los regímenes de sustitución en la adopción de decisiones por una asistencia para la toma de decisiones que respete la autonomía, la voluntad y las

²⁰ TORRES COSTAS, M. E., *La capacidad jurídica...*, op. cit., pags. 79, 84, 85 y 89.

²¹ TORRES COSTAS, M. E., *La capacidad jurídica...*, op. cit., p. 108.

preferencias de la persona. También recomendaba que se proporcionase formación sobre esta cuestión a todos los funcionarios públicos y otros interesados pertinentes”.

Tras esta observación del Comité, nuestro país acometió algunas reformas pero siguió manteniendo el sistema de tutela basado en la sustitución en la toma de decisiones. España presentó su segundo y tercer informe se conjuntamente en 2018 y el Comité, en su respuesta al mismo, instó a nuestro país a revisar y modificar todas las leyes, políticas y prácticas sobre la prestación de servicios a personas con discapacidad de conformidad con lo dispuesto en la Convención, así como a implementar políticas basadas en el respeto a los derechos de las personas con discapacidad y a eliminar cualquier diferencia en la ley con respecto a las demás personas, entre otras recomendaciones²².

La ratificación por España de la Convención de la ONU sobre derechos de las personas con discapacidad hace que empiece a replantearse la validez de nuestro sistema de incapacitación y la sustitución en la toma de decisiones de la persona con discapacidad por su tutor; no en vano, el propio art. 4 de la Convención obliga expresamente a adaptar la regulación estatal a los principios de la Convención²³.

²² APARTADO 7 Observaciones finales sobre los informes periódicos segundo y tercero combinados de España del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 9 de abril de 2019. “*El Comité recomienda al Estado parte que:*

(a) *Revise y modifique todas las leyes, políticas y prácticas relativas a la prestación de servicios para las personas con discapacidad a todos los niveles y en todas las comunidades autónomas, conforme a los principios consagrados en la Convención y en línea con el modelo de derechos humanos de la discapacidad;*

(b) *Diseñe e implemente una política que tenga por objetivo asegurar el pleno respeto de los derechos de las personas con discapacidades psicosociales, garantizando, entre otras cosas, que se apliquen disposiciones basadas en los derechos humanos en los sistemas de salud mental;*

(c) *Elimine cualquier diferencia en la ley en relación con el periodo en el que se puede interrumpir el embarazo por motivo de una posible deficiencia fetal, y retirar todas las disposiciones relativas a la eutanasia por motivo de discapacidad, dado que contribuyen a crear un clima de estigma contra la discapacidad que puede llevar a situaciones de discriminación;*

(d) *Garantice que sigan participando y que se siga consultando de forma eficaz con distintas organizaciones de personas con discapacidad, incluidas, aunque no de modo taxativo, las organizaciones de mujeres, de niños y niñas, refugiados y solicitantes de asilo, personas LGTBI+, personas con discapacidad psicosocial o con discapacidad intelectual, discapacidad auditiva o discapacidad visual, personas que residen en zonas rurales y personas con grandes necesidades de apoyo, para el diseño o modificación de leyes, políticas y prácticas nuevas o existentes, para así garantizar que se ajusten a la Convención y conforme a la Observación General núm. 7 del Comité de 2018;*

(e) *Siga proporcionando formación a profesionales, y entre ellos jueces y agentes de las fuerzas y cuerpos del estado, profesionales del sector sanitario y profesores, así como al personal que trabaja con las personas con discapacidad, al objeto de fomentar su sensibilización sobre los derechos que establece la Convención.”*

²³ TORRES GARCÍA, T. F. y DOMÍNGUEZ LUELMO, A., “La incapacitación”, en GETE-ALONSO Y CALERA, M DEL C. (dir.), *Tratado de derecho de la persona física Tomo II*, Civitas, Madrid, 2013, p. 69.

2.3. Interpretación de la normativa vigente por parte de los tribunales españoles a la luz de la Convención

La Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en su Disposición adicional séptima recoge el compromiso del Gobierno a realizar un proyecto de ley de adaptación normativa de nuestro ordenamiento para, por fin, dar cumplimiento al art. 12 de la Convención. Este proyecto llegó casi nueve años tarde, el 17 de julio de 2020.

A pesar de la falta de adaptación normativa, los Tribunales fueron perfilando el contenido de la legislación vigente en aquel momento mediante sus diversas resoluciones para así dar cumplimiento, en la medida de lo posible, de lo dispuesto en la Convención.

La primera sentencia a que debemos hacer referencia, en este orden de cosas, es la STS (Sala de lo civil) 282/2009, de 29 de abril, no en vano, es la primera sentencia que se pronuncia sobre este tema.

En ella, el Alto Tribunal señala que el sistema vigente de protección del CC es compatible con los postulados de la Convención, siempre teniendo en cuenta que el incapaz es titular de sus derechos fundamentales y la incapacitación es una forma de protección; a ello añade, que la incapacitación no es discriminatoria pues se tienen en cuenta las características específicas de la situación. En el mismo sentido se pronuncian numerosas sentencias como por ejemplo STS (Sala de lo civil) 698/2014, de 27 de noviembre; STS (Sala de lo civil) 298/2017, de 16 de mayo; STS (Sala de lo civil) 118/2020, de 19 de febrero, entre otras.

La misma sentencia insiste en que se deben confeccionar tantos “*trajes a medida*” como hagan falta para que las personas con discapacidad puedan ejercer su capacidad jurídica con seguridad y, tal y como señala CORVO LÓPEZ, se deben revisar periódicamente para ver “*si el traje le permite caminar con autonomía y seguridad*”²⁴. De esta forma se materializa el principio de proporcionalidad consagrado en la jurisprudencia del TS que señala que “*el juicio sobre la modificación de la capacidad no es algo rígido, sino flexible, en tanto que debe adaptarse a la concreta necesidad de protección de la persona afectada por la discapacidad, lo que se plasma en la graduación. Esta graduación puede ser tan variada como variadas son en la realidad las*

²⁴ CORVO LÓPEZ, F.M., “La Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre provisión de apoyos a las personas con discapacidad en clave de futuro”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2021, p. 5.

limitaciones de las personas y el contexto en que se desarrolla la vida de cada una de ellas”²⁵.

El respeto a la voluntad de la persona con discapacidad también ha estado presente en la jurisprudencia del Alto Tribunal. Así, por ej., la STS (Sala de lo civil) 298/2017, de 16 de mayo de 2017, señala que *“la voluntad expresada en escritura pública dirigida a designar a una apersona para que, en caso de una futura modificación judicial de la capacidad, se le encomiende la función de prestar los apoyos que procedan (art. 223 CC) debe ser respetada por el juez, que solo motivadamente puede apartarse de las preferencias expresadas por el interesado cuando su propio beneficio así lo exija”*.

La STS (Sala de lo civil) 269/2021, de 6 de mayo de 2021, por su parte, señala que se debe superar el tratamiento jurídico que se le ha dado a la discapacidad durante estos años, en los que predominaban los pronunciamientos en los que se sustituía la voluntad de la persona con discapacidad utilizando de manera generalizada la tutela. Como bien señala el Alto Tribunal, estábamos ante procedimientos en los que el anteriormente mencionado *“traje a medida”* brillaba por su ausencia ya que todo se basaba en distinguir entre capaces e incapaces, sin atender a las circunstancias de cada caso concreto. Se trata, no de dar un tratamiento diferenciado, con derechos específicos, a las personas con discapacidad, sino de garantizar que puedan disfrutar de los mismos derechos que el resto de personas en las mismas condiciones, para ello será necesario proveerlas de medidas de apoyo adecuadas.

También cabe destacar que en esta resolución se sistematizan los diferentes principios jurisprudenciales que se han ido perfilando tras la aprobación de la Convención (Fundamentos de Derecho. Segundo, apartado 3).

2.4. Regulación tras 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

El 3 de septiembre de 2021 entró en vigor la nueva ley 8/2021 de 2 de junio, por la que se modifica la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. Para muchos ha supuesto el cambio que el ordenamiento jurídico español precisaba para adecuar su regulación a las

²⁵ STS (Sala de lo civil) 458/2018, de 18 de julio. (Roj: STS 2805/2018)

exigencias de la Convención de las Naciones Unidas de 13 de diciembre de 2006²⁶, concretamente a su art. 12.

El respeto a la dignidad de la persona, a la libre voluntad de la misma, la tutela de los derechos fundamentales y los principios de necesidad y proporcionalidad de las medidas de apoyo necesarias para que puedan desempeñar su capacidad jurídica en términos de igualdad con el resto de personas se yerguen como los principios inspiradores de esta reforma.

Es necesario poner el foco en la persona con discapacidad, cambiar el sistema basado en la sustitución en la toma de decisiones vigente anteriormente por otro basado en el respeto a la voluntad, los deseos y preferencias de la misma, de modo que sea la propia persona con discapacidad quien tome sus propias decisiones con los apoyos que precise.

Como resalta el apartado III del preámbulo de la nueva ley, la reforma no es meramente terminológica, sino que va mucho más allá, pues se reconoce a las personas con discapacidad la titularidad del derecho a tomar sus propias decisiones y esto es algo que tiene que ir unido a una transformación social, en especial de los operadores jurídicos.

Sin duda, se trata de una reforma muy ambiciosa, que afecta a un gran número de normas jurídicas; consta de ocho artículos, que modifican la Ley del Notariado, el Código Civil, la Ley Hipotecaria, la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, la Ley 41/2003 de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria y, por último, el Código de Comercio. Las modificaciones de mayor calado se sitúan en las esferas civil y procesal.

Por lo que se refiere a la reforma en materia civil, la más extensa de todas, lo más destacable es el abandono de la figura de la incapacitación y la apuesta por la prestación de apoyos²⁷, dando un papel primordial al juego de la voluntad de la persona con discapacidad. En este sentido cabe señalar que, siguiendo el ejemplo de algunos Estados

²⁶ El propio TS incidía en la necesidad de acometer esta reforma en su STS (Sala de lo civil) 282/2009, de 29 de abril (Roj: STS 2362/2009) (ponente: M.ª. E. Roca Trías) en la que afirmaba *“Reparar en todo caso, que pese a que esta configuración solo puede ser provisional, y desde el contenido de la Convención y la inclusión plena de la discapacidad en el discurso de los derechos humanos, la eliminación de esas instituciones y la adopción de un nuevo sistema de apoyo, requerirá necesariamente de una profunda, sino nueva, reforma legislativa, y por ello consideramos necesario, que por parte de la Sala, pueda marcarse el camino interpretativo de los aspectos fundamentales de su aplicación”*.

²⁷ El Título XI del Código Civil pasa a denominarse *“De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica”*.

Europeos, el legislador otorga preferencia a la hora de establecer los apoyos a las medidas de carácter voluntario que haya adoptado la persona con discapacidad, como son los poderes o mandatos preventivos así como la autotutela, frente a los legales²⁸.

El respeto a la voluntad de las personas no solo aparece como principio sino que está presente en la regulación específica de los distintos mecanismos de apoyo que se contemplan en la ley: la guarda de hecho (figura que se ve reforzada con la nueva regulación); la tutela, o el defensor judicial.

Desaparecen del organigrama en el ámbito de la discapacidad, en cambio, la tutela (institución que queda reservada ahora únicamente para los menores de edad no emancipados en situación de desamparo y para los menores de edad no emancipados que no estén sujetos a patria potestad, tal y como se recoge en el art 199 del Código Civil) y la patria potestad prorrogada y rehabilitada. Se considera que estas figuras deben dejar paso a otras más flexibles que permitan un mayor grado de independencia de la persona con discapacidad; por lo que se refiere a la patria potestad prorrogada o rehabilitada, se pone en duda el hecho de que los progenitores sean siempre las personas más adecuadas para promocionar la autonomía de la persona hacia la búsqueda del mayor grado de independencia posible y se señala que la institución puede convertirse en una carga demasiado gravosa para ellos.

Esta nueva regulación trae consigo numerosos avances y beneficios en el tratamiento de los derechos y las obligaciones de las personas con discapacidad.

3. LAS MEDIDAS DE APOYO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL EJERCICIO DE SU CAPACIDAD JURÍDICA TRAS LA LEY 8/2021, DE 2 DE JUNIO

A la vista de lo dispuesto en el art. 250.2 del CC, cabe definir las medidas de apoyo como aquellas que tienen como fin asistir a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, en los ámbitos que se establezcan, respetando su voluntad, deseos y preferencias. Su finalidad es, como se infiere del art. 249 CC, permitir el pleno desarrollo de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad.

²⁸ El último inciso del art. 249.1 CC que indica que “las de origen legal o judicial solo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate.”

De entrada, debemos diferenciar las medidas de apoyo de aquéllas otras que son meramente protectoras. Las primeras tienen la finalidad de permitir el desarrollo pleno de la personalidad de la persona con discapacidad (art. 249 CC), los que las ejercen deben asistir a la persona en el ejercicio de su capacidad jurídica en los ámbitos que sea preciso respetando su voluntad, deseos y preferencias (art. 250 CC), procurando que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones (art. 282 CC). En cambio, las medidas meramente protectoras, se establecen para asegurarle a la persona con discapacidad recursos económicos; esto se puede hacer de diversas formas, como por ejemplo, la constitución de rentas vitalicias, planes de pensiones, la contratación de seguros de vida, etc.²⁹.

En los arts. 249 a 261 CC se encuentran las disposiciones generales aplicables a todas las medidas de apoyo.

El art. 249 CC contiene los principios inspiradores de esta Ley³⁰:

- Respeto a la dignidad de la persona con discapacidad, tutela de sus derechos fundamentales y respeto a su libre voluntad. En este sentido, el art. 249.1 CC, determina que *“todas las medidas de apoyo deben estar inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales”*.
- Principio de necesidad y proporcionalidad. *“todas ellas deben ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad”*, dice textualmente el art. 249.1 *in fine* CC. Las medidas de apoyo deben configurarse como un *“traje a medida”*, es decir, adaptarse a la persona que las necesite para que esta pueda formar y exteriorizar su voluntad, deseos y preferencias³¹.

En principio, las medidas de apoyo tienen un carácter asistencial; debe procurarse, por tanto, que la persona con discapacidad lleve a cabo su propio proceso de toma de decisiones, informándola adecuadamente, ayudándola a la comprensión de la situación y a la expresión de su voluntad, deseos y preferencias³². Ahora bien, la ley -pensando en los casos más graves- reconoce

²⁹ LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I, *Reforma civil y procesal para el apoyo a personas con discapacidad*, Francis Lefebvre, Madrid, 2021. p. 35

³⁰ GARCÍA HERRERA, V, “Los poderes preventivos: cuestiones derivadas de su configuración como medida de apoyo preferente y de su articulación en torno a la figura contractual del mandato”, en PEREÑA VICENTE, M. (dir.), *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la ley 8/2021 de 2 de junio*. Tirant lo blanch, Valencia, 2021. p. 347.

³¹ GARCÍA HERRERA, V, “Los poderes preventivos...”, op, cit., p. 347.

³² BERROCAL LANZAROT, A. I, “La autotutela como medida voluntaria de apoyo tras la reforma operada por la ley 8/2021, de 2 de junio”, *Actualidad Civil*, 2022, p. 9.

la posibilidad excepcional de que quien presta el apoyo pueda asumir funciones representativas. A estos efectos, el art. 249.3 CC especifica que, cuando no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona a pesar de haber hecho un esfuerzo considerable, en el ejercicio de las funciones de carácter representativo deberá tenerse en cuenta la trayectoria vital, creencias y valores de la persona con discapacidad, 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.

- Respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad. La voluntad de la persona con discapacidad es uno de los ejes fundamentales de la nueva regulación y debe ser respetada por todos, incluso por la autoridad judicial, aunque sus deseos no sean lo más adecuado para sus intereses, si bien estos intereses podrán ser tenidos en cuenta por la autoridad judicial atendiendo a las circunstancias. Dicho principio se localiza en el art. 249.2 CC, según el cual, *“Las personas que presten apoyo deberán actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien los requiera”*, así como en el apartado 4 del mismo precepto, que señala que *“La autoridad judicial dictará las salvaguardas que considere oportunas a fin de asegurar que el ejercicio de las medidas de apoyo se ajuste a los criterios resultantes de este precepto y, en particular, atienda a la voluntad, deseos y preferencias de la persona que las requiera”*.

Por su parte, el art. 250 CC enumera y define brevemente las medidas de apoyo existentes en nuestro ordenamiento. En el art. 251 CC encontramos las prohibiciones aplicables a aquellos que desempeñen las medidas de apoyo y en el art. 252 CC algunas disposiciones sobre la disposición a título gratuito de bienes a favor de la persona con discapacidad. Por último, el art. 253 CC hace referencia al apoyo provisional, algo que trataremos con más profundidad más adelante.

Los apoyos a los que nos referimos engloban multitud de actuaciones, tal y como se indica en el preámbulo de la Ley 8/2021 (acompañamiento amistoso, ayuda técnica en la comunicación de declaraciones de voluntad, el consejo...), y pueden variar tanto por el sujeto -es decir dependiendo de la capacidad mental, la cultura, la educación, etc.- como

por el objeto -en función del ejercicio del derecho de que se trate y su repercusión para terceros-³³.

En ocasiones, pueden surgir conflictos de intereses entre la persona con discapacidad y aquella que le presta el apoyo; para evitar estas situaciones se incluyen una serie de prohibiciones para su ejercicio.

- El art. 250 *in fine* CC no permite ejercer ninguna medida de apoyo a “*quienes, en virtud de una relación contractual, presten servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga a la persona que precisa el apoyo*”.
- El art. 251 CC prohíbe a las personas que desempeñen estas funciones “*recibir liberalidades de la persona que precisa el apoyo o de sus causahabientes, mientras que no se haya aprobado definitivamente su gestión, salvo que se trate de regalos de costumbre o bienes de escaso valor. Prestar medidas de apoyo cuando en el mismo acto intervenga en nombre propio o de un tercero y existiera conflicto de intereses. Adquirir a título oneroso bienes de la persona que precisa el apoyo o transmitirle por su parte bienes por igual título*”.

Si se trata de medidas voluntarias, el otorgante puede optar por excluir estas prohibiciones o disponer otras en el documento de constitución de la medida (art. 251 *in fine* CC).

Tal y como se pone de relieve, el sistema de apoyos puede articularse en torno a dos niveles³⁴:

- Autorregulación: son las medidas anticipatorias o preventivas, las denominadas medidas de apoyo voluntarias, adoptadas por la propia persona con discapacidad decidiendo así sobre quién y cómo le prestará los apoyos en caso de que sea necesario (art. 250.3 CC). Aquí podemos encontrar figuras como los mandatos y poderes preventivos, la autocuratela, el contrato de alimentos y el patrimonio protegido cuando se haya establecido por el propio beneficiario e incluya previsiones de administración para el caso de que llegue a necesitar apoyos para el ejercicio de su capacidad jurídica, así como medidas atípicas, que pueden no coincidir con las mencionadas, siempre que estén constituidas en escritura pública.

³³ LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I, *Reforma civil y procesal...*, op. cit., p. 45.

³⁴ GARCÍA HERRERA, V, “Los poderes preventivos...”, op. cit. p. 345 y 346.

- Heterorregulación: son las medidas judiciales o legales, supletorias o complementarias de las voluntarias. Dentro de estas debemos diferenciar las formales, la curatela y el defensor judicial, de la guarda de hecho, una medida considerada informal.

Siguiendo el rumbo marcado por las disposiciones internacionales anteriormente referidas, nuestro legislador aboga por la subsidiariedad de las medidas judiciales o legales y la consiguiente preferencia de las medidas voluntarias (véase arts. 249.1 y 255 CC). No obstante, matiza el art. 272 CC que, *“la autoridad judicial podrá prescindir total o parcialmente de las mismas, 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 quien las estableció o alteración de las causas expresadas por él mismo o que presumiblemente tuvo en cuenta en sus disposiciones”*.

Las medidas de apoyo que se contemplan en el art. 250 del CC son, *“además de las de naturaleza voluntaria, la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial.”* Junto a ellas, hay que hablar también el apoyo provisional por parte de la entidad pública.

3.1. Medidas de carácter voluntario

Las medidas de apoyo de naturaleza voluntaria, según el art. 250 CC, son *“las establecidas por la persona con discapacidad en las que se designa quien debe prestarle el apoyo y con qué alcance (...)”*.

El Código Civil dedica el Capítulo II del Título XI a la regulación de estas medidas de apoyo. A partir de lo dispuesto en el art. 255 CC³⁵, podemos extraer tres puntos clave: en primer lugar, la prevalencia de las medidas de apoyo voluntarias; en segundo lugar, que estos apoyos deben prestarse conforme a lo establecido en el art. 249 CC; y, por último, la necesidad de que estas medidas se hagan constar en escritura pública³⁶. Este es un elemento esencial para la validez de las mismas ya que cualquier previsión que no conste en este instrumento no es válida ni frente a las autoridades ni frente a los particulares y no vincula al juez, sin perjuicio de que se manifieste ante el mismo y se recoja en el auto o sentencia como la manifestación de la voluntad, deseos y preferencias

³⁵ Art. 255 CC: *“cualquier persona mayor de edad o menor emancipado en previsión o apreciación de la concurrencia de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, podrá prever o acordar en escritura pública medidas de apoyo relativas a su persona o bienes (...)”*.

³⁶ LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I, *Reforma civil y procesal...*, op. cit., p. 39.

de la persona con discapacidad (art. 268 CC). Además el Notario autorizante debe comunicar de oficio y sin dilación el documento público al Registro Civil para su constancia en el registro individual del otorgante (arts. 255 y 300 CC y 10.4º y 77 Ley de Registro Civil).

Con el establecimiento de las medidas de apoyo voluntario se pretende el pleno desarrollo de la capacidad jurídica de la persona mayor de edad afectada por una discapacidad en condiciones de igualdad con los demás³⁷, pudiendo crear un verdadero “traje a medida” acorde a sus deseos y necesidades.

La nueva regulación trae consigo un reconocimiento muy amplio y preferente de la autorregulación de la discapacidad, es decir de las medidas voluntarias de apoyo.³⁸ De acuerdo con lo previsto en el art. 255 apartados segundo y tercero, la persona que este adoptando medidas de apoyo voluntarias puede prever el régimen de actuación, el alcance de las facultades de la persona o personas que le vayan a prestar el apoyo, la forma de ejercicio del apoyo así como las salvaguardias oportunas para evitar abusos, conflictos de intereses o influencia indebida y los plazos de revisión de las medidas de apoyo.

Veamos a continuación las principales medidas voluntarias de apoyo, aunque estas pueden ser muy variadas ya que el legislador no establece ningún tipo de limitación al respecto.

a. Mandatos y poderes preventivos

Los mandatos y poderes preventivos se encuentran regulados en el Título XI, capítulo II, Sección 2ª, arts. 256 a 262 del CC.

Encontramos antecedentes de esta figura en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre³⁹. Su art. 11 modificó el art. 1732.2 CC que quedó redactado en los siguientes términos: *“El mandato se extinguirá, también, por la incapacitación sobrevenida del mandante a no ser que en el mismo se hubiera dispuesto su continuación o el mandato se hubiera dado para el caso de incapacidad del mandante apreciada conforme a lo dispuesto por éste. En estos casos, el mandato podrá terminar por resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o posteriormente a instancia del tutor”*. Esta norma fue

³⁷ LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I, *Reforma civil y procesal...*, op. cit., p. 43.

³⁸ PEDRÓN PAU, A, “De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código Civil”, *Revista de Derecho Civil*, 2018, p. 13.

³⁹ 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.

posteriormente modificada por la Ley 1/2009, de 25 de marzo⁴⁰, que introdujo la necesidad de inscripción del poder en el Registro Civil.

Durante los últimos años, ha habido un creciente interés hacia el establecimiento de este tipo de medidas; en 2011, el número total de poderes preventivos otorgados fue de 1295, aumentando progresivamente hasta los 13897 que se otorgaron en 2021⁴¹.

Tras la Ley 8/2021 pasan a configurarse como una medida de apoyo de carácter voluntario; en consecuencia, les son de aplicación las disposiciones generales que se establecen en los arts. 249 a 255 CC, comunes a todas las medidas de apoyo.

Podemos definir los poderes y mandatos preventivos como un negocio jurídico por el que una persona, en previsión de que se vea necesitada de apoyos en el futuro, otorga un poder a otra u otras personas, o bien de eficacia actual con cláusula de subsistencia si en el futuro precisa apoyo en el ejercicio de su capacidad, o bien sólo para el caso de que en el futuro precise apoyo en el ejercicio de su capacidad⁴².

○ Tipos

Cabe distinguir dos tipos de poderes preventivos:

- El poder preventivo con cláusula de subsistencia: se utiliza en el caso de que el poderdante necesite apoyos en el ejercicio de su capacidad jurídica, también denominado poder continuado (art. 256 CC). Este es eficaz desde el momento del otorgamiento y se ejerce como un poder ordinario que se transformará en preventivo cuando concurra la necesidad de apoyo.
- El poder preventivo puro: se otorga para el caso en que el poderdante necesite apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica, por lo tanto comienzan su eficacia en el momento en que se constate esta necesidad (art. 257 CC)⁴³.

Una cuestión importante que debemos aclarar es cuándo comienza la eficacia de los poderes. En el primer caso -el poder con cláusula de subsistencia-, el apoderado actúa de forma ininterrumpida desde que se otorga el poder. En el poder preventivo puro es necesario determinar a partir de qué momento entra en juego el apoderado, cuándo se

⁴⁰ Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, y de 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.

⁴¹ Datos extraídos de la página del Consejo General del Notariado, Items consultados: Apoderamientos (grupo 14), poder preventivo para el caso de incapacidad (1410), número de actos, nacional, anual, desde 2011 a 2021. <https://www.notariado.org/liferay/web/cien/estadisticas-al-completo>

⁴² LINACERO DE LA FUENTE, M., “Segunda Parte: Medidas de apoyo”, LINACERO DE LA FUENTE M. (dir.) *Tratado de Derecho de familia. Aspectos Sustantivos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, TOL 5.918.753, p. 4.

⁴³ GARCÍA HERRERA, V., “Los poderes preventivos...”, *op. cit.* p. 348.

produce esa necesidad de apoyos. Según el art. 257 CC, se estará a lo dispuesto por el poderdante, y, para garantizar el cumplimiento de estas disposiciones, “*se otorgará, si fuera preciso, acta notarial que, además del juicio del Notario, incorpore un informe pericial en el mismo sentido*”⁴⁴. La expresión “*si fuera preciso*” se refiere a que solo se otorgará acta notarial en caso de que no exista otro medio para acreditar la situación de discapacidad o se quiera fijar ésta con extremos que se consideren relevantes para la utilización del acta notarial, o si se solicita de forma expresa por el poderdante o el apoderado⁴⁵.

○ **Elementos personales**

En cuanto a los requisitos de capacidad, el poderdante, en virtud del art. 255.1 CC, debe ser una persona mayor de edad o menor emancipado que lo otorgue en previsión o apreciación de la concurrencia de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad en igualdad de condiciones con las demás. Pueden conferirlo, por consiguiente, tanto las personas que no tengan ningún tipo de discapacidad (“*en previsión*”), como aquellas que ya estén incurso en la misma (“*apreciando la concurrencia*”), siempre asistidos con los apoyos y asesoramientos técnicos necesarios⁴⁶.

Por lo que se refiere al apoderado, no se dice nada específico respecto a la capacidad necesaria de esta figura y la doctrina tiene diversas opiniones. Para GARCÍA HERRERA deben diferenciarse dos supuestos: 1) en el caso del poder general referido a todos los negocios del apoderado, en cuyo caso se aplican las reglas de la curatela recogidas en el art. 275.1 CC así como las causas de inhabilitación y exclusión del art. 275.2 CC y las de remoción del art. 278 CC, siempre que el poderdante no haya dispuesto otra cosa; 2) si no se trata de un poder preventivo que abarque todos los negocios del poderdante, al apoderado se le deberán aplicar las reglas establecidas para el mandatario; podrá serlo cualquier persona mayor de edad o menor emancipado (art. 1716 CC)⁴⁷. Discrepa en este punto LORA-TAMAYO⁴⁸ quien opina que al apoderado se le deben aplicar las reglas generales de las medidas de apoyo (art. 250 CC) y en este caso no serían de aplicación las limitaciones del art. 275 CC⁴⁹. BESCANSÁ MIRANDA señala, por su parte, que se debe regir por lo previsto en el art. 275 CC teniendo en cuenta la limitación

⁴⁴ LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I, *Reforma civil y procesal...*, op. cit., p. 115.

⁴⁵ TRESGUERRERES-FERNÁNDEZ, A. *El ejercicio de la capacidad jurídica. Comentario de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Aranzadi, Pamplona, 2021, p. 99.

⁴⁶ GARCÍA HERRERA, V., “Los poderes preventivos...”, op. cit., p. 378.

⁴⁷ GARCÍA HERRERA, V., “Los poderes preventivos...”, op. cit., p. 379.

⁴⁸ LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I, *Reforma civil y procesal...*, op. cit., p. 112

⁴⁹ LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I, *Reforma civil y procesal...*, op. cit., p. 112.

del art. 250 CC, siempre que el poderdante no manifieste lo contrario en la escritura de otorgamiento⁵⁰.

○ **Contenido, forma y extinción del poder**

El poder estará compuesto por las previsiones del poderdante y podrá incluir tanto previsiones patrimoniales como personales (art. 258 CC párrafo tercero)⁵¹. Por tanto, se atenderá a su voluntad tanto en la amplitud de las facultades, el número de apoderados, las causas de extinción y las medidas de control⁵². Cobra especial importancia la figura del Notario ya que este deberá asesorar de forma muy detallada a la persona a la hora de constituir el poder evitando los posibles abusos y respetando en todo momento el interés del poderdante⁵³.

La forma en la que deben otorgarse estos poderes se determina en el art. 260 CC. Debe hacerse en escritura pública y el Notario autorizante ha de comunicarlo de oficio y sin dilaciones al Registro Civil para que se haga constar en el registro individual del poderdante, en el mismo sentido se pronuncia el art. 300 CC⁵⁴. El Notario deberá apreciar la concurrencia de los requisitos de capacidad antes mencionados.

En punto a la extinción de los poderes preventivos, debemos atender a lo previsto en el art. 258 CC. En su primer apartado, este precepto señala que estos poderes mantendrán su vigencia pese a la constitución de otras medidas de apoyo en favor del poderdante, tanto voluntarias como legales. En el siguiente apartado se establece que, cuando el poder se hubiera otorgado en favor del cónyuge o pareja de hecho, este se extinguirá de forma automática si cesa la convivencia salvo que esto sea contrario a la voluntad del poderdante o el cese venga determinado por el internamiento de este. En el apartado tercero, señala que el poderdante podrá prever formas específicas de extinción del poder. Por último, en su parte final se hace referencia a las causas de remoción de la

⁵⁰ BESCANSÁ MIRANDA, R. *Protección jurídica de la persona: estudio práctico de los negocios jurídicos inter vivos y mortis causa tras la reforma 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*, Aferre, Barcelona, 2021. p. 263 y 264.

⁵¹ Art 258.3 CC: “El poderdante podrá establecer, además de las facultades que otorgue, las medidas u órganos de control que estime oportuno, condiciones e instrucciones para el ejercicio de las facultades, salvaguardas para evitar abusos, conflicto de intereses o influencia indebida y los mecanismos y plazos de revisión de las medidas de apoyo, con el fin de garantizar el respeto de su voluntad, deseos y preferencias. Podrá también prever formas específicas de extinción del poder.”

⁵² LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I, *Reforma civil y procesal...*, op. cit., p. 113.

⁵³ BESCANSÁ MIRANDA, R. *Protección jurídica de la persona...*, op cit., p. 263.

⁵⁴ En el mismo sentido el art 300 CC “Las resoluciones judiciales y los documentos públicos notariales sobre los cargos tutelares y medidas de apoyo a personas con discapacidad habrán de inscribirse en el Registro Civil”.

curatela (art. 278 CC⁵⁵), cuando concurra alguna de estas causas, salvo disposición en contra del poderdante, a instancia de cualquier persona legitimada para instar el procedimiento de provisión de apoyos y el curador se podrá solicitar judicialmente la extinción de los poderes preventivos (art. 51 bis Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria).

b. La autocuratela

El Código Civil regula la autocuratela en el Título XI, capítulo IV, Sección 2ª, arts. 271 a 274.

Esta figura tiene su antecedente en la autotutela, introducida por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad⁵⁶.

Podemos definir la autocuratela como *“la facultad concedida por la ley a toda persona mayor de edad o menor emancipado, y en previsión de concurrir alguna circunstancia que impida el ejercicio de su capacidad jurídica, para proponer en escritura pública el nombramiento o la exclusión de una o varias personas para el ejercicio de curador”*⁵⁷.

o Tipos

De la propia definición derivan dos modalidades de la figura⁵⁸:

- La autocuratela activa o positiva: nombramiento de una persona como futuro curador.
- La autocuratela pasiva o negativa: exclusión de una persona como futuro curador.

⁵⁵ Art 278.1 CC: *“serán removidos de la curatela los que, después del nombramiento, incurran en una causa legal de inhabilitación, o se conduzcan mal en su desempeño por incumplimiento de los deberes propios del cargo, por notoria ineptitud de su ejercicio o cuando, en su caso, surgieran problemas de convivencia graves y continuados con la persona a la que prestan apoyos”*.

⁵⁶ Se regulaba en el art. 223 CC estableciéndose que *“cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, podrá en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor”*. Además, en el orden de prelación para la designación de tutor que se establecía en el art. 234 CC, se prefería, en primer lugar, al designado por el propio tutelado. El TS expresa la necesidad de que el juez respete la voluntad de la persona en la designación de tutor, así lo podemos comprobar por ejemplo en la Sentencia del Tribunal Supremo, 298/2017 de 16 de mayo de 2017 donde se dispone *“(…) la voluntad expresada en escritura pública dirigida a designar a una persona para que, en caso de una futura modificación judicial de la capacidad, se le encomiende la función de prestar los apoyos que proceda (art 223 CC) debe ser respetada por el juez que, solo motivadamente puede apartarse de las preferencias expresadas por el interesado cuando su propio beneficio así lo exija”*.

⁵⁷ BESCANSÀ MIRANDA, R. *Protección jurídica de la persona...*, op. cit., p. 209.

⁵⁸ BERROCAL LANZAROT, A. I. *“La autocuratela...”*, op. cit., p. 15.

También cabe la posibilidad de nombrar a más de un curador (art. 271 CC y art. 277 CC), así como la de nombrar sustitutos al curador indicando el orden de la sustitución (art. 273 CC).

El art. 274 CC prevé la posibilidad de delegar la designación, bien en el cónyuge o bien en otra persona de entre los relacionados en la escritura pública, mas no especifica la forma en que debe hacerse esta delegación. La doctrina considera que debe dejarse constancia de la misma en el documento que regule la autocratela o en otra escritura posterior⁵⁹.

- **Elementos personales**

Por lo que se refiere a los requisitos de capacidad para realizar este acto, el disponente debe ser una persona mayor de edad o un menor emancipado (art. 271 CC).

En el ámbito doctrinal se discute si una persona con discapacidad puede utilizar esta figura. Siguiendo a TRESGUERRES-FERNÁNDEZ Y BESCANSÁ, consideramos que, pese a que el art. 271 CC no prevé la posibilidad expresamente, negar el uso de esta facultad a las personas con discapacidad supondría una discriminación que iría en contra de los principios inspiradores de la Convención de Nueva York y de la propia Ley 8/2021, por lo que aquellas personas, con un grado de discapacidad que no impida configurar y expresar claramente su voluntad y cuya situación no determine la necesidad de curatela, pueden hacer previsiones de autocratela⁶⁰.

A la capacidad necesaria para ser curador nos referiremos al analizar la curatela.

- **Forma y contenido**

En cuanto a la eficacia de la medida de apoyo, para su constitución no solo es necesario el llamamiento y la aceptación del mismo por el designado; también se necesita el efectivo nombramiento en la resolución judicial correspondiente ya que la constitución de la curatela le corresponde al juez (art. 269 CC).

La previsión realizada por el disponente vinculará a la autoridad judicial en el momento de constitución de la curatela y este solo podrá apartarse total o parcialmente de la misma, *“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*

⁵⁹ Así lo entiende TRESGUERRES-FERNÁNDEZ, A, *El ejercicio de la capacidad jurídica. Comentario de la Ley 8/2021, de 2 de junio, Aranzadi, Pamplona, 2021, p. 91.*

⁶⁰ TRESGUERRES-FERNÁNDEZ, A., *El ejercicio de la capacidad...*, op. cit., p. 91; BESCANSÁ MIRANDA, R. *Protección jurídica de la persona...*, op. cit., p. 211.

causas expresadas por ella o que presumiblemente tuvo en cuenta en sus disposiciones”. (art. 272 CC).

El art. 271 CC deja autonomía al disponente para regular el contenido de esta figura, para designar o excluir a ciertas personas del cargo de curador, así como para hacer disposiciones sobre el funcionamiento y el contenido de la curatela, especialmente sobre el cuidado de su persona, las reglas de administración y disposición de sus bienes, la retribución del curador, la obligación o dispensa de hacer inventario y las medidas de control, así como proponer a personas para que las lleven a cabo.

El disponente debe determinar en la escritura de otorgamiento los aspectos que considere necesarios.

A diferencia de lo que se establece en la regulación de los poderes preventivos, en este caso no se hace ninguna referencia a la obligación del Notario de enviar una copia al Registro Civil y de su inscripción en el mismo. Ahora bien, aunque no se establezca de forma expresa podemos deducir la necesidad de que se inscriba en el Registro Civil tanto del art. 300 CC como del art. 4.10 y 77 Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil⁶¹.

Aunque lo más acertado es hacer estas disposiciones en una escritura pública específica donde se designen los curadores, también es posible hacerlo en un testamento notarial; esta opción, sin embargo, no es recomendable ya que, para empezar, el testamento notarial cuenta con una publicidad muy restringida y, para continuar, las disposiciones que nos ocupan se refieren a la vida del disponente⁶².

Por lo que se refiere a las causas de extinción y remoción nos remitimos al apartado en que se analiza la curatela.

○ **Régimen transitorio**

Finalmente, haremos una breve referencia al régimen transitorio de estas figuras, que se recoge en la Disposición transitoria tercera de la Ley 8/2021. De acuerdo con la misma, *“las previsiones de autotutela se entenderán referidas a la autocuratela y se regirán por la presente Ley. Los poderes y mandatos preventivos otorgados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley quedarán sujetos a esta. No obstante, cuando, en virtud del artículo 259, se apliquen al apoderado las reglas establecidas para la curatela, quedarán excluidas las correspondientes a los artículos 284 a 290 del Código Civil. Cuando la persona otorgante quiera modificarlos o completarlos, el Notario, en el cumplimiento de sus funciones, si fuera necesario, habrá*

⁶¹ TRESGUERRES-FERNÁNDEZ, A. *El ejercicio de la capacidad...*, op. cit., p. 92.

⁶² LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I, *Reforma civil y procesal...*, op. cit., p. 81.

de procurar que aquella desarrolle su propio proceso de toma de decisiones ayudándole en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar su voluntad, deseos y preferencias”.

Es importante incidir en que las medidas voluntarias y las legales son compatibles entre sí. En este sentido, el art. 258 CC determina que *“Los poderes a que se refieren los artículos anteriores mantendrán su vigencia pese a la constitución de otras medidas de apoyo en favor del poderdante, tanto si estas han sido establecidas judicialmente como si han sido previstas por el propio interesado.”* Y el art. 51 bis de la LJV que *“Cualquier persona legitimada para instar el procedimiento de provisión de apoyos y el curador, si lo hubiere, podrán instar la extinción de los poderes preventivos otorgados por la persona con discapacidad, si en el apoderado concurre alguna de las causas previstas para la remoción del curador.”* De esta forma se modifica la tendencia de la regulación anterior según la cual una vez se adoptaba alguna medida judicial se extinguían los poderes⁶³.

3.2. La guarda de hecho

Esta figura se encuentra regulada en el Libro I, Título IX, Capítulo III, arts. 263 a 267 del CC.

Hasta la reforma operada por la Ley 8/2021, la guarda de hecho tenía muy poco desarrollo normativo; únicamente se ocupaban de su regulación los arts. 303, 304 y 306 CC.

Esta figura se definía como aquella situación tutelar respecto de los menores y de las personas con la capacidad jurídica modificada judicialmente⁶⁴.

La guarda de hecho se aplicaba en la práctica en innumerables ocasiones, pues se prestaba la asistencia que precisaba la persona con discapacidad por parte de sus familiares o personas más allegadas, evitando así acudir a los tediosos procedimientos sobre la capacidad⁶⁵.

⁶³ PEREÑA VICENTE, M, “Una contribución a la interpretación del régimen jurídico de las medidas de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica consagrada en la Ley 8/2021 de 2 de junio”, en PEREÑA VICENTE, M. (Dir.), *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio*, Tirant lo blanch, Valencia, 2021. p. 176.

⁶⁴ BESCANS MIRANDA, R. *Protección jurídica de la persona...*, op. cit., p. 219.

⁶⁵ DÍAZ PARDO, G, “Nuevo horizonte de la guarda de hecho como institución jurídica de apoyo tras la reforma introducida por la Ley 8/2021, de 2 de junio”, en PEREÑA VICENTE, M. (Dir.), *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio*, Tirant lo blanch, Valencia, 2021. p. 308.

A la vista de esta tradición práctica, el legislador ha decidido reforzar esta figura en la Ley 8/2021, dotándola del estatus jurídico de medida de apoyo -una medida estable-, dejando así a un lado su carácter provisional⁶⁶.

De lo dispuesto en los arts. 253, 255 y 269 CC se infiere que la guarda de hecho es de aplicación preferente a la curatela. El art. 253 CC se refiere a los apoyos provisionales, esto es, aquellos que se necesitan de forma urgente, precisando que se acudirá a la entidad pública correspondiente si la persona necesitada del apoyo carece de un guardador de hecho. El art. 255 CC faculta a la autoridad judicial para adoptar medidas supletorias o complementarias únicamente en defecto de medidas voluntarias y a falta de guardador de hecho que suponga apoyo suficiente. Por último, el art 269, que versa sobre la curatela, establece que la autoridad judicial constituirá esta figura siempre que se carezca de otras medidas de apoyo suficientes⁶⁷.

El art. 250 CC define la guarda de hecho como *“una medida informal de apoyo que puede existir cuando no haya medidas voluntarias o judiciales que se estén aplicando eficazmente”*. Sobre esta base, cabe destacar, como notas características de esta figura, las siguientes⁶⁸:

- Es una medida de apoyo típica; no en vano, se recoge en l el art. 250 CC junto con las medidas de apoyo voluntarias, la curatela y el defensor judicial.
- Se trata de una medida informal: no se constituye a través de una resolución judicial ni se concretan las funciones del guardador en una escritura pública; es decir, no se constituye judicialmente si no que surge de forma espontánea. No debemos asemejar la informalidad de la figura con una provisionalidad o inestabilidad, simplemente carece de forma⁶⁹.

⁶⁶ La Exposición de Motivos de la Ley 8/2021 de 2 de junio en su apartado III dispone: *“(…) 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.”*

⁶⁷ DÍAZ PARDO, G, “Nuevo horizonte de la guarda...”, *op. cit.*, p. 313.

⁶⁸ BESCANSÀ MIRANDA, R. *Protección jurídica de la persona...*, *op. cit.*, p. 221.

⁶⁹ DÍAZ PARDO, G, “Nuevo horizonte...”, *op. cit.*, p. 309.

- Tiene carácter habitual. Aunque se trate de una figura habitual, puede darse el caso de que los guardadores de hecho intervengan de forma puntual; esto es compatible con la figura siempre que haya una reiteración en el tiempo si, por el contrario, estamos ante actos aislados no podríamos hablar de guarda de hecho. También es necesario que los apoyos se ejerzan siempre por la misma o mismas personas, ya que si es un sujeto distinto el que presta los apoyos cada vez no podemos considerar que estamos ante una guarda de hecho⁷⁰.
- Excepcionalmente, el guardador puede asumir funciones representativas; para ello deberá recabar la autorización judicial correspondiente.
- Se aplica cuando no existan medidas de apoyo legales o voluntarias o cuando, habiéndolas, estas no se aplican de forma adecuada.

○ **Tipos**

En el marco de la guarda de hecho, cabe diferenciar dos supuestos en función de que el apoyo se preste a una persona con discapacidad o se preste a un menor de edad. En este epígrafe, nos centraremos en la guarda de hecho de la persona con discapacidad.

Así mismo cabe distinguir -como ya se ha apuntado- entre guarda de hecho asistencial y guarda de hecho representativa.

- Guarda de hecho asistencial: la guarda de hecho no representativa o asistencial tiene su razón de ser en la prestación de apoyos a las personas que los precisen por una necesidad de asistencia en la toma de decisiones que se debe a una discapacidad. Dentro de su contenido encontramos actos de naturaleza personal y de administración ordinaria. El guardador debe asistir a la persona en la toma de decisiones, pero no sustituirla; no se admite que el guardador actúe en contra de la voluntad de la persona con discapacidad, ni cuando esta tome una decisión que vaya en contra de sus intereses; en esos casos, estaremos ante un conflicto de intereses que requerirá el nombramiento de un defensor judicial⁷¹.
- Guarda de hecho representativa: tiene carácter excepcional. El guardador de hecho, en principio, no tiene poderes representativos, de forma que, si necesita realizar algún acto que precise de su actuación representativa, deberá obtener autorización judicial. Para solicitar la autorización se acudirá al expediente de jurisdicción voluntaria; en ese procedimiento, el juez oír a la persona con discapacidad y valorará la necesidad de la misma de acuerdo a las circunstancias

⁷⁰ DÍAZ PARDO, G, “Nuevo horizonte...”, *op. cit.*, p. 310.

⁷¹ DÍAZ PARDO, G, “Nuevo horizonte...”, *op. cit.*, p. 317, 318 y 319.

del caso. Esta autorización podrá comprender uno o diversos actos, siempre que estos sean necesarios para el desarrollo del apoyo y se ejerciten de conformidad con la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad (art. 264 CC). Los actos para los que se necesita autorización judicial se encuentran enumerados en el art. 287 CC, los abordaremos al analizar la curatela con efectos representativos. Aunque no se señala expresamente, cabe entender aplicable también el art. 288 CC, que prevé la posibilidad de que se dé autorización para una pluralidad de actos de la misma naturaleza o referidos a la misma actividad económica⁷². No será necesaria autorización judicial para aceptar una prestación pública a favor de la persona con discapacidad ni para aquellos actos jurídicos sobre bienes de esta que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar (art. 264.3 CC).

○ **Elementos personales**

En punto a los elementos personales, cabe destacar que la persona que se encuentra bajo guarda, esta debe tener una discapacidad que entrañe la necesidad de contar con apoyos para la toma de decisiones; si esto no es así, no estaríamos ante una guarda de hecho si no ante figuras como el mandato o el poder⁷³.

Por su parte, el guardador es *“la persona que, careciendo de responsabilidad legal sobre un menor o persona con discapacidad necesitada de protección y apoyo, asume todas o algunas de las funciones propias de la patria potestad o del apoyo requerido”*⁷⁴.

Según LORA-TAMAYO, en este caso es de aplicación el art 275, que precisa quiénes pueden ser curadores; sobre esta base, pueden ser guardadores de hecho:

- Las personas mayores de edad que sean aptas para el desempeño de la función.
- Las fundaciones y demás personas jurídicas sin ánimo de lucro, públicas o privadas, entre cuyos fines figure la promoción de la autonomía y asistencia a las personas con discapacidad⁷⁵.

⁷² TRESGUERRERES-FERNÁNDEZ, A. *El ejercicio de la capacidad...*, op. cit., p. 160.

⁷³ PEREÑA VICENTE, M., “La transformación de la guarda...”, op. cit., p. 75 y 76.

⁷⁴ LINACERO DE LA FUENTE, M., “Segunda Parte: Medidas de apoyo...”, op. cit., p 7.

⁷⁵ LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I, *Reforma civil y procesal para el apoyo a personas con discapacidad*, Francis Lefebvre, Madrid, 2021. p. 107.

No se dice nada sobre si puede haber una pluralidad de guardadores; para autores como FERNÁNDEZ-TRESGUERRES o LORA-TAMAYO, no hay problema en admitir tal posibilidad, al igual que en la curatela⁷⁶.

○ **La prueba**

Uno de los mayores problemas que presenta esta figura es la prueba de la condición de guardador; no en vano, estamos ante una situación fáctica, que no cuenta con un reconocimiento formal, y, en ocasiones, para poder llevar a cabo su actuación, el guardador debe acreditar su condición.

A estos efectos, resulta de especial interés la Consulta INSS de 30 de noviembre de 2021, donde, refiriéndose a la competencia para solicitar y percibir prestaciones del sistema de la Seguridad Social cuando los beneficiarios de las mismas son personas mayores de edad con discapacidad, se señala: “*La condición de guardador de hecho puede acreditarse mediante libro de familia (que acredite, en su caso, la relación de parentesco que mantienen el guardador y la persona con discapacidad), certificado de empadronamiento o documentación que acredite convivencia, así como aquellos documentos de los que se desprenda claramente dicha condición*”⁷⁷.

No obstante, en el ámbito jurisprudencial encontramos numerosas resoluciones que evidencian los problemas que tienen los guardadores de hecho a la hora de acreditar su condición en la práctica. Sirva de ejemplo el AJPI núm. 5 Córdoba 8/2022 de 7 de febrero 2022 (Prov. medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad 1030/2021). Esta resolución señala que la guarda de hecho no necesita de investidura formal; por el contrario el guardador debe “*recabar el auxilio judicial con el objeto de que se reconozca por parte de entes públicos y privados las facultades que ya vienen reconocidas legalmente en aras, única y exclusivamente, a tutelar los intereses de su hermana, cuya discapacidad consta acreditada en autos*”. Finalmente, se destaca que estas dificultades a la hora de acreditar la guarda hacen que se obstaculice el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad, algo que va en contra de la nueva regulación⁷⁸.

○ **Control y derechos del guardador**

El art. 265 CC permite a la autoridad judicial requerir al guardador información de su actuación, establecer salvaguardas o pedir la rendición de cuentas, todo ello se

⁷⁶ TRESGUERRES-FERNÁNDEZ, A. *El ejercicio de la capacidad...*, op. cit., p. 158. y LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I, *Reforma civil y procesal...*, op. cit., p.107.

⁷⁷ DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., “Primeras resoluciones judiciales aplicando la Ley 8/2021, de 2 de junio en materia de discapacidad”, *Diario La Ley*, 2022, p. 12.

⁷⁸ DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., “Primeras resoluciones...”, op. cit., p. 12.

realizará a través de un expediente de jurisdicción voluntaria, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o de cualquier interesado. No se trata de una obligación, si no de una potestad que se le otorga al juez, a fin de mantener, en la medida de lo posible, la naturaleza de la figura, evitando intervenciones judiciales innecesarias ya que se trata de una situación de hecho⁷⁹.

También regula el reembolso de gastos e indemnización de daños al guardador. En este sentido, el art. 266 CC confiere al guardador el derecho a recibir el reembolso de los gastos que haya asumido, siempre que estos estén justificados, y a ser indemnizado por los daños derivados de su cargo, a costa del patrimonio de la persona a la que le presta el apoyo.

○ **Prohibiciones y causas de extinción**

Por otro lado, debemos señalar que a esta figura le son de aplicación las prohibiciones de los arts. 250 y 251 CC, en tanto que se trata de disposiciones generales aplicables a todas las medidas de apoyo.

En cuanto a la extinción de la figura, el art. 267 CC señala cuatro motivos:

- Cuando la persona a quien se preste el apoyo solicite que este se organice de otro modo. Este motivo se basa en el respeto a la voluntad de la persona con discapacidad.
- Cuando desaparezcan las causas que la motivaron. Es decir, la figura ya no tiene justificación alguna para seguir existiendo.
- Cuando el guardador desista de su actuación. En este caso, el guardador debe ponerlo en conocimiento previamente de la entidad pública que, en el respectivo territorio, tenga encomendada las funciones de promoción de la autonomía y asistencia a las personas con discapacidad. Se trata de que no se produzca una situación de pérdida de apoyos, por lo que no se podrá cesar en la asistencia hasta que establezca otra forma de apoyo⁸⁰.
- Cuando, a solicitud del Ministerio Fiscal o de quien se interese por ejercer el apoyo de la persona bajo guarda, la autoridad judicial lo considere conveniente. En este caso se extingue mediante resolución judicial, a instancia de las personas mencionadas, por entender que no se está ejerciendo la guarda de forma correcta o suficiente, el juez deberá establecer las medidas de apoyo que la sustituyan⁸¹.

⁷⁹ DÍAZ PARDO, G, “Nuevo horizonte...”, *op. cit.*, p. 327 y 328.

⁸⁰ TRESGUERRES-FERNÁNDEZ, A. *El ejercicio de la capacidad...*, *op. cit.*, p. 163.

⁸¹ DÍAZ PARDO, G, “Nuevo horizonte...”, *op. cit.*, p. 335 y 336.

La guarda de hecho es compatible con otras medidas de apoyo, tanto legales como voluntarias siempre y cuando estas no se estén aplicando eficazmente, así lo dispone el art. 269 CC. De forma que, el guardador de hecho existente seguirá en sus funciones mientras no se nombre otra medida de apoyo y esta comience a aplicarse de forma eficaz.

○ **Régimen transitorio**

Por último, por lo que se refiere al régimen transitorio, la Disposición transitoria segunda de la Ley 8/2021 establece que “*quienes vinieran actuando como guardadores de hecho sujetarán su actuación a las disposiciones de esta Ley*”.

3.3. Medidas de apoyo de carácter legal

En defecto de medidas voluntarias de apoyo de carácter voluntario y de guardador de hecho, entran en juego las medidas legales; estas son, la curatela y el defensor judicial⁸².

Se encuentran reguladas en el Capítulo III, IV y V del Título XI del Código Civil.

En el art. 250 CC podemos ver que el legislador diferencia dos situaciones en las que se precisa el establecimiento de una medida de apoyo legal; por una parte aquellas en las que el apoyo es necesario de forma continuada, en cuyo caso deberá acudir a la figura de la curatela. Y, por otra parte, aquellas situaciones en las que el apoyo solo se debe prestar de forma ocasional, en cuyo caso procede nombrar un defensor judicial.

a. Curatela

La curatela es objeto de regulación por el Libro I, Título IX, Capítulo IV, arts. 268 a 294 del CC.

Se trata de una medida con gran recorrido histórico; ya en el Derecho Romano contaba con mucha transcendencia, aplicándose a los enfermos mentales o *furiosi*, personas con las capacidades mentales mermadas⁸³.

En nuestro derecho, se incorporó por la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de Reforma del Código Civil en materia de tutela. Se definía como “*aquella institución en la que una o varias personas físicas o jurídicas asisten a menores emancipados, incapacitados y pródigos en todos aquellos actos o negocios jurídicos que por ley o por*

⁸² Art. 250 CC “*Las medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica para las personas que lo precisen son, además de las de naturaleza voluntaria, la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial (...)*”.

⁸³ TINOCO VERGEL, D. A., “Aproximación a las medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad”, en CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. (dir.), *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*, Wolters Kluwer, Las Rozas (Madrid), 2021, p. 446.

sentencia judicial no pueden realizar estos por si solos, estando siempre bajo la salvaguardia de la autoridad judicial”⁸⁴.

Tras la supresión de la tutela de las personas con discapacidad mayores de edad, la curatela se convierte ahora en la medida de apoyo judicial con mayor alcance. Esta figura se caracteriza por su flexibilidad y adaptabilidad a la persona⁸⁵.

La Exposición de Motivos de la Ley 8/2021, de 2 de junio, se refiere a la curatela en los siguientes términos: *“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”*.

Teniendo en cuenta estas precisiones y las del art. 250.5 CC⁸⁶, podemos definir la curatela como aquella medida de apoyo de carácter formal que se presta a las personas que necesiten un apoyo continuado que, con carácter general, será asistencial, pudiéndose atribuir al curador funciones representativas en casos excepcionales⁸⁷.

○ **Tipos**

Dos son pues los tipos de curatela que puede establecerse⁸⁸:

- La curatela asistencial: es aquella en la que el curador asiste a la persona necesitada de apoyos, siempre de conformidad a su voluntad, deseos y preferencias. En este supuesto es preceptiva la presencia de la persona con discapacidad para el ejercicio de los actos por parte del curador ya que este no

⁸⁴ BESCANSÁ MIRANDA, R. *Protección jurídica de la persona...*, op. cit., p. 177.

⁸⁵ TRESGUERRES-FERNÁNDEZ, A. *El ejercicio de...*, op. cit., p. 121.

⁸⁶ Art. 250.5 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.”*

⁸⁷ Podemos distinguir tres supuestos de curatela: la de la persona necesitada de apoyos, la de los menores emancipados y la de los prodigios. En cuanto a la primera, esta se regirá por la nueva regulación una vez esta haya entrado en vigor. Los menores emancipados sujetos a curatela por la regulación anterior son aquellos cuyos progenitores hubieran fallecido o estuvieran impedidos para prestar la asistencia necesaria y los menores que hubieran obtenido el beneficio de la mayor edad, en la nueva regulación estas situaciones no están necesitadas de curatela si no que se deberá nombrar a un defensor judicial. Por último, en lo que respecta a la prodigalidad, al quedar derogada deja de estar regulada en el CC, pero mientras subsista le serán de aplicación las disposiciones de la normativa anterior. LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I, *Reforma civil y procesal para el apoyo a personas con discapacidad*, Francis Lefebvre, Madrid, 2021. p. 275.

⁸⁸ BESCANSÁ MIRANDA, R. *Protección jurídica de la persona...*, op. cit., p. 178 y 186.

suple la voluntad de la persona si no que la complementa, le presta los apoyos necesarios para que pueda ejercer su capacidad jurídica en condiciones de igualdad. Como venimos observando, en el nuevo sistema introducido por la Ley 8/2021, la persona con discapacidad deja de ser una mera espectadora de lo que ocurre en su vida para convertirse en el sujeto activo de la misma. Esto, aplicado al asunto que nos atañe, significa que la persona a la que se le está prestando el apoyo tiene libertad para tomar decisiones; no es el curador el que tiene el dominio del acto; en consecuencia, éste no puede oponerse a lo decidido por el curatelado⁸⁹.

- La curatela representativa: es aquella en la que, además de prestar asistencia a la persona con discapacidad, el curador tiene funciones representativas.

- **Disposiciones generales**

En los arts. 268, 269 y 270 CC encontramos una serie de disposiciones generales sobre la curatela, de las que cabe extraer los siguientes principios⁹⁰:

- La curatela solo procederá cuando no existan medidas voluntarias ni guarda de hecho suficientes para prestar apoyo a la persona con discapacidad.
- Proporcionalidad de las medidas: tienen que ser adecuadas a las necesidades de la persona y respetar su voluntad, deseos y preferencias.
- Se deben concretar los actos en los que será necesaria la actuación del curador, así como aquellos en los que debe desempeñar funciones representativas. En lo restante, la persona actuará por sí misma, sin necesidad de apoyos.
- Las medidas de apoyo de carácter judicial deben ser revisadas periódicamente. Se establece un plazo máximo de tres años que, excepcionalmente, se puede alargar hasta los seis, pero, además de estos plazos, las medidas se deben revisar ante cualquier cambio en la situación de la persona necesitada de apoyos.
- La autoridad judicial podrá establecer las medidas de control que estime oportunas para evitar situaciones de abusos, conflicto de intereses e influencia indebida, así como para garantizar el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad. Además, tanto el Ministerio Fiscal como la autoridad judicial,

⁸⁹ PALLARÉS NEILA, J., “El ejercicio de la nueva curatela”, en PEREÑA VICENTE, M. (Dir.), *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio*, Tirant lo blanch, Valencia, 2021. p. 263 y 364.

⁹⁰ LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I, *Reforma civil y procesal...*, op. cit., p. 75.

pueden solicitar al curador información sobre sus actuaciones en cualquier momento.

- **Proceso**

La curatela se constituirá mediante una resolución motivada de la autoridad judicial cuando no exista otra medida suficiente (art. 269 CC).

El proceso de adopción de medidas judiciales de apoyo se lleva a cabo, preferentemente, a través del expediente de jurisdicción voluntaria; dicho proceso se convertirá en un proceso contencioso si existe oposición de la persona con discapacidad o de otro legitimado en el proceso (art. 42 bis b) apartado 5 LJV). La regulación del expediente de adopción de la curatela se encuentra en los arts. 43 y ss de la LJV.

Es competente para conocer de este asunto el Juzgado de Primera Instancia del domicilio o residencia de la persona con discapacidad. Esta competencia se extenderá a todas las incidencias, tramites y medidas y revisiones posteriores mientras que la persona con discapacidad mantenga su residencia en la misma circunscripción; si cambia de domicilio, se deberá pedir testimonio completo del expediente al Juzgado que conoció en primer lugar del expediente. Solo es necesaria la intervención de abogado y procurador en los casos de remoción de curador y extinción de los poderes preventivos (art. 43 LJV).

Están legitimados para iniciar el expediente el Ministerio Fiscal y las personas legitimadas para promover la curatela. En la solicitud, se debe contener el hecho que da lugar a la misma, los documentos que acrediten la legitimación de los solicitantes, una relación de los familiares más próximos de la persona necesitada de apoyo, así como el certificado de nacimiento de esta y, si existe, el certificado de últimas voluntades de los progenitores o documento equivalente o el documento público notarial otorgado por la persona con discapacidad donde disponga previsiones sobre medidas de apoyo voluntarias para su persona (art. 45 LJV).

Pero, además de estos legitimados, cualquier persona puede poner en conocimiento del Ministerio Fiscal la existencia de una situación que pueda requerir el establecimiento de una medida de apoyo judicial; esta facultad se convierte en obligación si hablamos de autoridades y funcionarios públicos. En estos casos, el Ministerio Fiscal iniciará el expediente de provisión de medidas judiciales de apoyo (art. 42 bis a) apartado 3 LJV).

Una vez admitida a trámite la solicitud, el Letrado de la Administración de Justicia convocará para comparecer al Ministerio Fiscal, a la persona con discapacidad y, si procede, al cónyuge no separado legalmente o de hecho o persona que se encuentre en

análoga situación de afectividad y a sus descendientes, ascendientes y hermanos. Los interesados podrán proponer las diligencias de prueba que estimen pertinentes dentro de los cinco días siguientes a la recepción de la citación.

Por su parte, la autoridad judicial podrá recabar los informes de la entidad pública que tenga encomendada la función de promoción de la autonomía y asistencia de las personas con discapacidad del respectivo territorio. También deberá informar de las alternativas de apoyo y las posibilidades de que este se preste sin necesidad de adoptar una medida judicial de apoyo (art. 42 bis b) apartado 2 LJV).

En la comparecencia se oír a la persona que presentó la solicitud, a la persona propuesta para ser curador si fuera distinta al solicitante, a la persona con discapacidad, a los parientes más próximos, al Ministerio Fiscal y a quien se considere oportuno.

Además, el Ministerio Fiscal y el Juez, como garantes del respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, deberán adoptar las medidas, diligencias, informes periciales y pruebas necesarias. (art. 45.2 LJV).

El Juez constituirá la curatela mediante una resolución motivada cuando no exista otra medida de apoyo suficiente. En esta resolución se debe determinar la extensión, límites y ámbito de actuación del curador, los actos para los que la persona requiere el apoyo del curador atendiendo a sus necesidades. Si, excepcionalmente, se dota al curador de funciones representativas, también deberá fijarse en la resolución los concretos actos en los que ejercerá la representación de la persona con discapacidad (art. 269 CC) ⁹¹.

○ **Elementos personales**

Curadores pueden ser las personas mayores de edad aptas para el desempeño de la función, a juicio de la autoridad judicial, y aquellas fundaciones y personas jurídicas sin ánimo de lucro, públicas o privadas, que tengan entre sus fines la promoción de la autonomía y asistencia de las personas con discapacidad (art. 275.1 CC).

A estos efectos, hay que tener en cuenta también las causas de inhabilidad para ejercer la curatela que se recogen en el Código Civil⁹²:

- No pueden ser curadores: los excluidos por la persona con discapacidad, los privados o suspendidos, mediante resolución judicial, en el ejercicio de la patria potestad o, total o parcialmente, de los derechos de guarda y protección y los legalmente removidos de una tutela, curatela o guarda anterior (art. 275.2 CC).

⁹¹ BESCANSÁ MIRANDA, R. *Protección jurídica de la persona...*, op. cit., p. 186.

⁹² TRESGUERRAS-FERNÁNDEZ, A. *El ejercicio de la capacidad...*, op. cit., p. 125.

- No pueden ser designadas judicialmente como curadores: los condenados por un delito que haga suponer que no desempeñará la curatela de forma adecuada, los que tengan conflictos de intereses con el necesitado de apoyo, los administradores que hubiesen sido sustituidos en sus facultades de administración durante la tramitación del procedimiento concursal y, por último, aquellos a los que les sea imputable la declaración como culpable de un concurso, salvo que la curatela no se refiera a aspectos patrimoniales (art. 275.3 CC). Como puede verse, la razón suele obedecer a motivos de índole económica que hacen pensar que no se ejercerá de forma correcta la gestión; dichas causas se pueden eliminar si concurren circunstancias excepcionales.

Para el nombramiento del curador, el juez deberá atender, en primer lugar, a lo dispuesto por la persona con discapacidad o por las personas en las que hubiera delegado esta. Si no existe ninguna previsión al respecto, el juez seguirá el orden de prelación establecido en el art. 276 CC.

La autoridad judicial debe dar audiencia a la persona con discapacidad y, si no resulta clara su voluntad, puede alterar el citado orden y nombrar a la persona que considere más idónea para comprender e interpretar la voluntad, deseos y preferencias de la persona necesitada de apoyos, siempre mediante resolución motivada.

Se puede designar como curadores a una pluralidad de personas, siempre que esté justificado por la voluntad y necesidades de la persona con discapacidad. En estos casos, el juez establecerá el modo de funcionamiento de la institución, pudiendo diferenciar entre curadores encargados de los asuntos relativos a la persona y aquellos otros que se encargan de los asuntos patrimoniales. (art. 277 CC).

- o **Remoción y excusa**

El CC regula también las causas de remoción del curador. A estos efectos, hay que señalar que el curador puede ser removido del cargo cuando, tras su nombramiento, incurran en alguna de las causas de inhabilidad o no desempeñe su cargo de forma, correcta haciendo que surjan problemas graves y continuados en la convivencia (art. 278 CC). Una vez declarada la remoción, se deberá establecer otra medida de apoyo o nombrar nuevo curador.

En este punto cabe destacar que no se hace referencia en ningún momento a la posibilidad de oposición de la persona con discapacidad. Entendemos, en cumplimiento del principio de respeto a su voluntad, deseos y preferencias, que la remoción no puede

hacerse en contra de la voluntad de la persona, siempre que esta tenga la capacidad natural suficiente y su consentimiento no este viciado⁹³.

El curador puede también excusarse de su cargo si resulta excesivamente gravoso o entraña grave dificultad para él. Podemos diferenciar dos tipos de excusa:

- Excusa inicial: deberá ser alegada en un plazo de quince días desde que se tenga conocimiento del nombramiento.
- Excusa sobrevenida: podrá alegarse en cualquier momento.

En cualquier caso, para ser admitida, la excusa debe tener justa causa⁹⁴.

Existe una excusa específica para las personas jurídicas; estas podrán excusarse si carecen de medios suficientes para el adecuado desempeño de la curatela o las condiciones de ejercicio de la misma no son acordes a sus fines (art. 279.2 CC).

Mientras se resuelve la admisión o no de la excusa, el curador deberá continuar ejerciendo su cargo; de lo contrario, se nombrará un defensor judicial que lo sustituya y será el curador responsable de los gastos ocasionados por la excusa si esta es rechazada. Si se admite, se nombrará un nuevo curador, pero, en este caso, el curador excusado perderá todo lo que la persona necesitada de apoyos le hubiera dejado en el testamento (art. 280 CC).

Tal y como indica LORA TAMAYO, es contraproducente mantener en el cargo o designar a una persona que expresamente se excusa. No es conveniente para la persona necesitada de apoyos y tampoco para el designado curador unilateralmente por la persona en previsión de una futura discapacidad⁹⁵.

○ **Contenido**

Este no puede tener carácter general, debe ajustarse a lo previsto en la resolución. Tampoco puede constituir una privación de derechos para la persona necesitada de apoyos⁹⁶.

Podemos distinguir tres tipos de obligaciones que conlleva el cargo de curador en función del momento en el que nos encontremos⁹⁷:

- Antes de comenzar el ejercicio del cargo:
 - Tomar posesión del cargo: La toma de posesión se hace ante el letrado de la Administración de Justicia (art. 282 CC).

⁹³ LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I, *Reforma civil y procesal...*, op. cit., p. 87.

⁹⁴ LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I, *Reforma civil y procesal...*, op. cit., p. 88.

⁹⁵ LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I, *Reforma civil y procesal...*, op. cit., p. 88.

⁹⁶ TRESGUERRES-FERNÁNDEZ, A. *El ejercicio de la...*, op. cit., p. 122.

⁹⁷ LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I, *Reforma civil y procesal...*, op. cit., p. 91.

- Prestar fianza: se hace para asegurar el cumplimiento de las obligaciones de la figura de apoyo. Se constituirá, de modo excepcional, cuando así lo considere la autoridad judicial. También, el juez, podrá modificar o dejar sin efecto esta garantía en cualquier momento (art. 284 CC).
- Formación de inventario y constitución de depósito: esto es una obligación específica para el curador con facultades representativas.
- Durante el ejercicio del mismo:
 - Apoyo a la persona con discapacidad. Este apoyo se puede manifestar de diferentes formas: a) mantener contacto con la persona a la que ha de prestar el apoyo y desempeñar diligentemente sus funciones. La expresión “*mantener contacto*” nos da a entender que, aunque se prefiera como curador a aquel que convive con la persona con discapacidad, no es necesaria la convivencia para desempeñar el cargo⁹⁸; b) asistir a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica respetando su voluntad, deseos y preferencias; c) procurar que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones y procurar fomentar las aptitudes de la persona necesitada de apoyo para que, en el futuro, pueda ejercer su capacidad con menos apoyo.
 - Rendición de cuentas periódica, en caso de que lo haya impuesto la autoridad judicial (art. 292 CC).
- Una vez cese en sus funciones:
 - Rendir cuentas, lo veremos al tratar la extinción de la curatela.

Pero, además de obligaciones, el curador tiene también una serie de derechos:

- Derecho a recibir una retribución: esta se fijará por la autoridad judicial, tanto su importe como la forma en la que se percibirá, teniendo en cuenta el trabajo que deberá realizar y el valor de los bienes, siempre y cuando sea posible de conformidad con el patrimonio de la persona necesitada de apoyo.
- Derecho al reembolso de los gastos justificados y la indemnización de los daños sufridos, siempre que no medie culpa del mismo (art. 281 CC).
 - **Especial referencia a la curatela representativa**

Esta figura es la más próxima a la tutela representativa utilizada antes de la reforma operada por la Ley 8/2021, de 2 de junio⁹⁹.

⁹⁸ TRESGUERRES-FERNÁNDEZ, A. *El ejercicio de la..., op. cit.*, p.133.

⁹⁹ TRESGUERRES-FERNÁNDEZ, A. *El ejercicio de la..., op. cit.*, p.136.

Se trata de una institución de carácter excepcional, que se reserva para los casos más graves, esto es, aquellos en los que no se puede determinar la voluntad de la persona con discapacidad (art. 249 CC).

Podemos encontrarnos ante dos supuestos¹⁰⁰:

- Alguien que puede emitir su voluntad pero es imposible adecuarla al acto que se pretende realizar.
- Alguien que no puede formar su voluntad.

El ejercicio de esta modalidad comienza con la constitución de inventario, una obligación que el curador debe cumplir en el plazo de sesenta días desde que toma posesión del cargo. Se deberá formar ante el Letrado de la Administración de Justicia que deberá valorar los bienes que lo conforman y podrá ordenar el depósito de los que considere que no pueden quedar a disposición del curador, además puede ampliar el plazo inicialmente establecido. El inventario se hará a cargo de los bienes de la persona con discapacidad (art. 285 CC).

El curador debe incluir en el inventario los créditos que tenga contra la persona sujeta a su curatela, de no ser así se entenderá que renuncia a ellos (art. 286 CC).

Los actos para los que el curador necesita autorización judicial son los indicados en el art. 287 CC, el incumplimiento de esta exigencia llevara a la anulabilidad del acto en cuestión¹⁰¹.

“1.º Realizar actos de transcendencia 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.”

El artículo no concreta cuales son los “actos con trascendencia personal o familiar” por lo que cabe pensar que debemos estar al caso concreto y a la valoración que les de la autoridad judicial¹⁰². No obstante algunos actos que pueden caer dentro de este concepto son: el cambio de domicilio, el reconocimiento de un hijo, el establecimiento de acciones de filiación o el internamiento de la persona con discapacidad (tanto el internamiento no consentido como el mantenimiento de la persona en el establecimiento)¹⁰³.

¹⁰⁰ PALLARÉS NEILA, J., “El ejercicio de la nueva...”, *op. cit.*, p. 267 y 268.

¹⁰¹ TRESGUERRES-FERNÁNDEZ, A. *El ejercicio de la...*, *op. cit.*, p. 150.

¹⁰² BESCANS MIRANDA, R. *Protección jurídica de la persona...*, *op. cit.*, p. 193.

¹⁰³ TRESGUERRES-FERNÁNDEZ, A. *El ejercicio de la...*, *op. cit.*, p. 142.

“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.”

Este precepto se refiere a aquellos actos que, por su transcendencia económica, pongan en peligro el patrimonio de la persona necesitada de apoyo.

Por enajenación debemos entender cualquier acto que implique disposición (donación en pago, compraventa, permuta, etc.) y sea a título oneroso. En cuanto al gravamen esto es la constitución de cualquier derecho real sobre los bienes del patrimonio de la persona con discapacidad¹⁰⁴.

Se trata de bienes patrimoniales de la persona con discapacidad, tanto aquellos de los que solo posee una parte por ser una multipropiedad, como los bienes heredados proindiviso o post gananciales. No entran los bienes gananciales (estos se rigen por las reglas de administración y disposición de los bienes gananciales, no por las normas de la curatela¹⁰⁵), los frutos, rentas o intereses, ni los actos de administración extraordinaria¹⁰⁶.

“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.”

Se excluyen expresamente los bienes y derechos de escasa relevancia económica y sin especial significado personal o familiar; son la denominadas liberalidades de uso. Son situaciones de la vida cotidiana que no cumplen los requisitos para ser consideradas

¹⁰⁴ BESCANSÁ MIRANDA, R. *Protección jurídica de la persona...*, op. cit., p. 194.

¹⁰⁵ BESCANSÁ MIRANDA, R. *Protección jurídica de la persona...*, op. cit., p. 184.

¹⁰⁶ TRESGUERRAS-FERNÁNDEZ, A. *El ejercicio de la...*, op. cit., p. 142.

donaciones. Encontramos aquí, por ejemplo, los regalos de boda, de cumpleaños, de Navidad, etc.¹⁰⁷.

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

Esto es así ya que se busca el mayor beneficio de la persona con discapacidad, pudiendo esta sufrir perjuicios en el caso de que se acepte pura y simplemente la herencia o se repudie la misma.

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

Habrà que tener en cuenta el patrimonio de la persona con discapacidad en lo que respecta a gastos que no sean de mera conservación o administración¹⁰⁸.

“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.”

Se exige autorización judicial para interponer una demanda pero no para contestarla debido a que del procedimiento judicial pueden derivar pérdidas o deterioro económico para la persona con discapacidad¹⁰⁹.

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

Se trata de evitar el conflicto de intereses entre el curador y la persona a la que le presta apoyo¹¹⁰.

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

Esta última disposición trata de evitar una actuación fraudulenta del curador y el peligro que esta puede entrañar en el patrimonio de la persona necesitada de apoyos¹¹¹.

El procedimiento para obtener la autorización judicial está regulado en los arts. 61 a 66 de la LJV.

La autoridad judicial puede expedir autorizaciones para una pluralidad de actos de la misma naturaleza o referidos a la misma actividad económica, siempre de

¹⁰⁷ BESCANSÀ MIRANDA, R. *Protección jurídica de la persona...*, op. cit., p. 198.

¹⁰⁸ TRESGUERRAS-FERNÁNDEZ, A. *El ejercicio de la...*, op. cit., p. 146.

¹⁰⁹ BESCANSÀ MIRANDA, R. *Protección jurídica de la persona...*, op. cit., p. 202.

¹¹⁰ BESCANSÀ MIRANDA, R. *Protección jurídica de la persona...*, op. cit., p. 203.

¹¹¹ BESCANSÀ MIRANDA, R. *Protección jurídica de la persona...*, op. cit., p. 204.

conformidad con la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad (art. 288 CC).

En cambio, no será necesaria la autorización judicial para la partición de la herencia o la división de la cosa común, aunque si requerirán aprobación judicial una vez se hayan realizado. También se requiere aprobación si se nombra un defensor judicial para la partición (art. 289 CC).

La autoridad judicial, antes de aprobar o autorizar los actos de los arts. 278 a 289 CC, deberá oír al Ministerio Fiscal y a la persona con discapacidad, así como recabar informes pertinentes o solicitados por alguno de los interesados (art. 290 CC).

○ **Extinción**

El art. 291 CC establece las causas por las que se extingue la curatela. En primer lugar, por la muerte o declaración de fallecimiento de la persona con discapacidad y, en segundo lugar, por una resolución judicial, bien porque ya no sea necesaria la medida de apoyo, o bien porque se adopte otra medida más adecuada.

Al extinguirse la curatela, el curador deberá rendir la cuenta general justificada ante la autoridad judicial en el plazo de tres meses, prorrogables si concurre justa causa. (art. 292 CC).

Esta acción tiene un plazo de prescripción de cinco años, contados desde la terminación del plazo para efectuarla. Están legitimados para solicitar la rendición de cuentas la persona con discapacidad, los causahabientes y el nuevo curador o medida de apoyo.

Antes de resolver, la autoridad judicial deberá oír al nuevo curador, a la persona que prestó el apoyo o a sus herederos.

La aprobación de las cuentas por la autoridad judicial no impide que el curador y la persona con discapacidad o sus causahabientes ejerciten las acciones que les corresponden.

Los gastos necesarios para la rendición de cuentas son a cargo del patrimonio del curador que estaba prestando su apoyo. Deberá abonar los intereses que se devenguen en su contra y tendrá derecho a los que lo hagan a su favor (art. 293 CC).

La regulación del CC termina haciendo referencia a la responsabilidad del curador. De acuerdo con lo previsto en el art. 294 CC, deberá responder por los daños causados a la persona con discapacidad mediando su culpa o negligencia, acción que prescribe a los tres años desde la rendición final de cuentas.

○ **Régimen transitorio**

Finalmente, en punto al régimen transitorio de la curatela. Hay que atender a la Disposición Transitoria Segunda de la Ley 8/2021, según la cual: *“Los tutores, curadores, con excepción de los curadores de los declarados pródigos, y defensores judiciales nombrados bajo el régimen de la legislación anterior ejercerán su cargo conforme a las disposiciones de esta Ley a partir de su entrada en vigor. A los tutores de las personas con discapacidad se les aplicarán las normas establecidas para los curadores representativos, a los curadores de los emancipados cuyos progenitores hubieran fallecido o estuvieran impedidos para el ejercicio de la asistencia prevenida por la ley y de los menores que hubieran obtenido el beneficio de la mayor edad se les aplicarán las normas establecidas para el defensor judicial del menor”*.

b. Defensor judicial

A la figura del defensor judicial se refiere el Libro I, Título IX, Capítulo V, arts. 295 a 298 del Código Civil.

Esta figura se reguló por primera vez en el art. 163 CC en el que se hablaba del defensor judicial en el seno de la patria potestad¹¹².

En relación con las personas con discapacidad, el defensor judicial encontró su lugar con la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de Reforma del Código Civil en materia de tutela. Mediante dicha norma se sustituyó el sistema de tutela de familia por el de autoridad; se suprimió el Consejo de Familia y el protutor, encargado de la representación de la persona tutelada en caso de conflicto de intereses con el tutor entre otras cosas, otorgándose dicha competencia al defensor judicial, figura a la que se dotaba además de un régimen jurídico unitario (Capítulo IV, Título X, Libro I, arts. 299 a 302 CC).

Tras la reforma operada por la Ley 8/2021, de 2 de junio, el defensor judicial deja de ser una medida ocasional y sustitutoria de otra medida de apoyo para convertirse en una institución de protección autónoma, independiente y potencialmente estable¹¹³.

El art. 250 CC define al defensor judicial como la medida formal de apoyo que procederá cuando la necesidad de apoyo se precise de forma ocasional, aunque recurrente.

¹¹² Art. 163.1 CC: *“Siempre que en algún asunto el padre y la madre tengan un interés opuesto al de sus hijos no emancipados, se nombrará a éstos un defensor que los represente en juicio y fuera de él. Se procederá también a este nombramiento cuando los padres tengan un interés opuesto al del hijo menor emancipado cuya capacidad deban completar”*.

¹¹³ MARTÍN AZCANO, E. M., “El defensor judicial de la persona con discapacidad” en PEREÑA VICENTE, M. (Dir.), *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio*, Tirant lo blanch, Valencia, 2021. p. 286.

Otra definición de esta figura puede ser la siguiente: “*aquella figura que, existiendo una persona con necesidad de apoyo ocasional y recurrente, asume la asistencia o representación de la misma en los supuestos legalmente previstos, y con las facultades y obligaciones de un curador*”¹¹⁴.

El nombramiento del defensor judicial se realiza mediante un expediente de jurisdicción voluntaria, trámite regulado en los arts. 27 a 32 de la LJV.

La autoridad competente para nombrar al defensor judicial es el Letrado de la Administración de Justicia del Juzgado de Primera Instancia del domicilio o de la residencia de la persona con discapacidad o el correspondiente del Juzgado de Primera Instancia que este conociendo del asunto que motive su nombramiento (art. 28.1 LJV).

Están legitimados para iniciar el expediente el Letrado de la Administración de Justicia, el Ministerio Fiscal, la persona con discapacidad u otra persona que actúe en su interés. (art. 28.2 LJV). No es preceptiva la postulación.

Una vez admitida a trámite la solicitud el LAJ convocará a una comparecencia al solicitante, los interesados que consten en el expediente, a quien estime oportuno, a la persona con discapacidad y al Ministerio Fiscal.

El LAJ nombrará defensor judicial, si lo estima pertinente conforme a lo dispuesto en el art. 295 CC, a la persona que considere más idónea. En este caso, a diferencia de lo que sucede en el nombramiento del curador, la autoridad no está sujeta a lo dispuesto por la persona que precisa el apoyo, únicamente deberá oírla¹¹⁵.

En el art. 295 CC se enumeran los supuestos en los que la autoridad judicial, dando audiencia a la persona con discapacidad, nombrará un defensor judicial de la misma:

- Cuando la persona que ha de prestar el apoyo no puede hacerlo. Una vez constituida una medida de apoyo, si el que deber ejercerla no pudiera, se nombraría un defensor judicial para que la persona necesitada de apoyo no quede desamparada en el ejercicio de su capacidad jurídica. La imposibilidad puede ser puntual o prolongarse en el tiempo; el defensor actuará hasta que el sustituido vuelva a poder ejercer sus funciones o, por el contrario, hasta que se nombre una nueva medida de apoyo¹¹⁶.
- Cuando exista conflicto de intereses entre la persona con discapacidad y quien presta el apoyo. El conflicto debe ser *ocasional y recurrente* en un asunto aislado,

¹¹⁴ BESCANSÁ MIRANDA, R. *Protección jurídica de la...*, op. cit., p. 214.

¹¹⁵ MARTÍN AZCANO, E. M., “El defensor judicial...”, op. cit., p. 298 y 299.

¹¹⁶ MARTÍN AZCANO, E. M., “El defensor judicial...”, op. cit., p. 288.

si es permanente o muy importante para la protección de la persona con discapacidad se debe proceder a la remoción de la persona que ejerce el apoyo¹¹⁷.

- Durante la tramitación de la excusa alegada por el curador cuando se estimen necesario por la autoridad judicial.
- Cuando se ha promovido la provisión de medidas judiciales de apoyo a la persona con discapacidad y la autoridad judicial lo estime necesario para la administración de los bienes de la persona.
- Cuando la persona con discapacidad necesite apoyos de carácter provisional.

No se especifica legalmente el contenido del cargo de defensor judicial, por lo tanto entendemos que se deberá estar a lo establecido por la autoridad competente, que deberá fijar en la resolución la extensión y las concretas funciones que tiene el defensor judicial. Pero, además, debemos tener en cuenta las distintas situaciones que se tienen en cuenta para el nombramiento del mismo¹¹⁸.

Así, cuando el defensor judicial se nombra en sustitución de otra medida de apoyo que no puede ser ejercida correctamente (art. 295.1), el contenido del cargo incluirá, además de lo designado por la autoridad competente, las funciones que correspondan al apoyo que sustituye.

Por el contrario, cuando el cargo se fundamente en la existencia de un conflicto de intereses, sus actuaciones se limitaran al acto o actos necesarios para resolver esa situación.

En el resto de casos será la autoridad competente la que configure el contenido de esta figura atendiendo a las circunstancias que justifican su intervención.

En cualquier caso, las funciones atribuidas al defensor judicial no pueden exceder de las que ostenta el cargo a sustituir; además, el defensor también estará sujeto a las limitaciones que haya en cada caso.

A esta figura le son de aplicación las causas de inhabilidad del curador, tal y como establece el art. 297 CC, pero, aunque no se dispone expresamente, la doctrina entiende que también se le deben aplicar los requisitos de capacidad de las demás medidas de apoyo. Por lo tanto, pueden ser defensores judiciales: las personas físicas mayores de edad y las fundaciones y demás personas sin ánimo de lucro, públicas o privadas, que

¹¹⁷ BESCANSA MIRANDA, R. *Protección jurídica de la persona...*, *op. cit.*, p. 216.

¹¹⁸ MARTÍN AZCANO, E. M., “El defensor judicial...”, *op. cit.*, p. 302, 303 y 304.

entre sus fines tengan la promoción de la autonomía y la asistencia de las personas con discapacidad¹¹⁹.

El art. 297, además de extender al defensor judicial las causas de inhabilidad, hace lo propio con la excusa, remoción y sus obligaciones de respetar la voluntad, deseos y preferencias de la persona necesitada de apoyo.

La cesación en el ejercicio del cargo se regula en el art. 31 LJV. El defensor judicial deberá poner en conocimiento de la autoridad judicial la desaparición de la causa que motivó su nombramiento así como si alguno de los progenitores o representantes o curador de la persona con discapacidad se presten a comparecer en juicio por el afectado o, finalmente, cuando se termine el procedimiento que motivo su nombramiento.

El régimen transitorio de esta figura se regula de la misma forma que para la curatela; así pues, aquellos defensores judiciales nombrados bajo la legislación anterior ejercerán su cargo de acuerdo a la nueva regulación desde la entrada en vigor de la misma.

No entraña demasiada dificultad la modificación de la legislación para esta figura ya que en esencia se trata de lo mismo, un apoyo ocasional para la persona con discapacidad. Pero, tras obtener la consideración de una verdadera medida de apoyo, aquellos defensores judiciales nombrados con anterioridad a la Ley 8/2021 deberán respetar los principios recogidos en el art. 249 CC y, especialmente, la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad¹²⁰.

3.4. Apoyo provisional por parte de la entidad pública

El art. 253 CC incluye el supuesto en el que una persona que está en una situación en la que necesita apoyos para el ejercicio de su capacidad jurídica urgentemente y carece de un guardador de hecho que pueda prestar la ayuda que necesita. Aunque el artículo habla únicamente de la figura del guardador de hecho consideramos que debemos extender su ámbito de actuación a la inexistencia de cualquier figura de apoyo o, incluso cuando exista un guardador de hecho y este se encuentre impedido para ejercer dicho apoyo.

Uno de los requisitos necesarios para que sea de aplicación esta figura es que la necesidad sea urgente, es decir, que se trate de un asunto que no admita demora sin perjuicio grave para la persona (art. 181 CC) o se necesite para evitar un perjuicio inminente o manifiesto (art. 183 CC). Esta medida de apoyo será ejercida por la entidad

¹¹⁹ MARTÍN AZCANO, E. M., “El defensor judicial...”, *op. cit.*, p. 299 y 300.

¹²⁰ LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I, *Reforma civil y procesal...*, *op. cit.*, p. 276.

pública que tenga encomendada en el respectivo territorio la protección de mayores, deberá ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal en el plazo de veinticuatro horas.

A diferencia de lo que se establecía en la anterior regulación de esta figura, el art. 239 bis CC, en el actual art. 253 CC se señala que el apoyo asumido por la autoridad pública es de carácter provisional, para un asunto concreto¹²¹.

4. SITUACIÓN EN LA QUE SE ENCUENTRAN LOS MENORES DE EDAD TRAS LA LEY 8/2021

Al eliminarse las instituciones de la tutela, la patria potestad prorrogada y la rehabilitada surge la duda de en qué situación quedan los menores con discapacidad al cumplir dieciocho años. La nueva regulación señala que, una vez alcanzada la mayoría de edad, se les prestarán los apoyos necesarios del mismo modo que se prestan a los adultos que las precisan.

Sobre este asunto se pronuncia el art. 245 CC al tratar las medidas de apoyo voluntarias adoptadas por el mayor de dieciséis años disponiendo que, *“cuando se prevea razonablemente en los dos años anteriores a la mayoría de edad que un menor sujeto a patria potestad o a tutela pueda, después de alcanzada aquella, precisar de apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica, al autoridad judicial podrá acordar, a petición del menor, de los progenitores, del tutor o del Ministerio Fiscal, si lo estima necesario, la procedencia de la adopción de las medidas de apoyo que corresponda para cuando concluya la minoría de edad. Estas medidas se adoptarán si el mayor de dieciséis años no ha hecho sus propias previsiones para cuando alcance la mayoría de edad. En otro caso se dará participación al menor en el proceso, atendiendo a su voluntad, deseos y preferencias”*.

En resumidas cuentas, el menor de edad mayor de dieciséis años puede realizar provisiones para la adopción de medidas de apoyo al cumplir la mayoría de edad; en defecto de estas, el propio menor, sus progenitores, tutor o el Ministerio Fiscal, pueden solicitar a la autoridad judicial que adopte las medidas de apoyo que considere, las cuales comenzarán su eficacia al cumplirse la mayoría de edad de la persona con discapacidad¹²².

Tras la reforma, mientras no se adopten otras medidas, los padres se convertirán en guardadores de hecho al alcanzar sus hijos la mayoría de edad¹²³.

¹²¹ LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I, *Reforma civil y...*, op. cit., p. 36 y 37.

¹²² BERROCAL LANZAROT, A. I, “La autotutela...”, op. cit., p. 11.

¹²³ TRESGUERRES-FERNÁNDEZ, A. *El ejercicio de la...*, op. cit., p. 158.

5. REFORMA PROCESAL OPERADA POR LA LEY 8/2021 DE 2 DE JUNIO

En la legislación procesal, se produce un cambio terminológico, sustituyendo la denominación “*De los procesos sobre la capacidad de las personas*” por la de “*De los procesos sobre la provisión de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad, filiación, matrimonio y menores*”, ya no se habla de incapacitados si no de personas con discapacidad¹²⁴ y ello porque todas las personas deben considerarse capaces, sin perjuicio de los apoyos que necesitan para el ejercicio de su capacidad jurídica, por lo tanto desaparece el estado civil de incapaz¹²⁵.

El proceso ya no versa sobre la limitación o anulación de la capacidad; ahora solo se valora como afecta la discapacidad al ejercicio de los derechos y obligaciones de la persona en cuestión y, si procede, el establecimiento de los apoyos necesarios y todos los aspectos relacionados con ellos¹²⁶.

También se introducen adaptaciones en los procesos en los que participan personas con discapacidad, independientemente de la posición procesal de estas personas o del tipo de procedimiento o fase del que se trate (art. 7 bis LEC). Además se opta por el cauce de jurisdicción voluntaria preferentemente de forma que el proceso jurisdiccional contencioso se reserva para los casos en los que algún interesado formule oposición¹²⁷.

Tras la reforma operada por la Ley 8/2021 de 2 de junio el procedimiento de adopción judicial de medidas de apoyo se estructura en dos fases: en primer lugar el expediente de jurisdicción voluntaria y, en segundo lugar, la jurisdicción contenciosa.

El art. 756 LEC establece que solo se acudirá al proceso de adopción de medidas judiciales de apoyo para las personas con discapacidad en el caso de que se hubiera formulado oposición al expediente de jurisdicción voluntaria dirigido a tal fin o este no se haya podido resolver. Por lo tanto, en el caso de que una persona con discapacidad precise de apoyos para ejercer su capacidad jurídica en igualdad de condiciones que el resto y no haya establecido ninguna medida de carácter voluntario, se acudirá al expediente de provisión de medidas judiciales de apoyo recogido en el Capítulo III bis del Título II de la Ley 15/2015, de la Jurisdicción Voluntaria.

¹²⁴ FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M. B., *Sistema de apoyos para personas con discapacidad medidas jurídico-civiles y sociales*, Dykinson, Madrid, 2021. p. 27.

¹²⁵ LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I, *Reforma civil y procesal...*, *op. cit.*, p. 20.

¹²⁶ FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M. B., *Sistema de apoyos...*, *op. cit.*, p. 27.

¹²⁷ VEGAS TORRES, J., “La adopción judicial de las medidas de apoyo a las personas con discapacidad”, *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la ley 8/2021 de 2 de junio*. Tirant lo blanch, Valencia, 2021. p. 30.

El ámbito de aplicación de este proceso es el señalado en el art. 42 bis a apartado primero de LJV; “*cuando sea pertinente la provisión de alguna medida judicial de apoyo de carácter estable a una persona con discapacidad (...)*”.

Las medidas de apoyo de carácter estable son aquellas actuaciones del curador, tanto asistenciales como representativas, previstas por una resolución judicial con la finalidad de permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad¹²⁸.

El proceso para la adopción de medidas judiciales de apoyo se regula en la Ley de Enjuiciamiento Civil, concretamente en su Título I, Capítulo II del Libro IV (art 756 a 763). Los procesos que se incluyen aquí son: el de adopción de medidas de apoyo para la persona con discapacidad, el de revisión de dichas medidas y, por último, el de internamiento voluntario.

6. CONCLUSIONES

PRIMERA.- Aunque de forma tardía, nuestro legislador ha efectuado la necesaria adaptación del ordenamiento jurídico español a las exigencias de la Convención. Aun así, hay muchos aspectos que necesitan todavía un mejor desarrollo o, cuando menos, un esclarecimiento. Algunos conceptos como el de “discapacidad” no se definen de forma clara y ello se traduce en una pérdida de seguridad jurídica. Algo similar ocurre con algunas de las figuras de apoyo, como el defensor judicial, pues, en ningún momento se indican sus funciones, ni el régimen de responsabilidad; únicamente se enuncian los supuestos en los que se nombrará un defensor judicial, la dispensa y la rendición de cuentas y una remisión a las causas de inhabilidad de la curatela.

En aras a mejorar la seguridad jurídica, es primordial la claridad de los conceptos que se utilizan en las disposiciones normativas, aunque no podemos desconocer el importante papel de los tribunales en relación con la interpretación y clarificación de conceptos. Como ya vimos, los tribunales realizan una gran labor interpretativa, de modo que estos conceptos y finalidades que hoy echamos en falta serán clarificados más pronto que tarde a través de las sucesivas resoluciones judiciales de los tribunales.

SEGUNDA.- La eliminación de la incapacitación es clave en la nueva reforma. A mi modo de ver, aunque se preveía en nuestro ordenamiento como una forma de salvaguardar a la persona con discapacidad, la realidad era que, en muchos casos, suponía

¹²⁸ FERNÁNDEZ DE BUJAN, A., “Jurisdicción voluntaria: provisión de apoyos a personas con discapacidad”, *La Ley Derecho de Familia*, 2022, p. 3.

la restricción de derechos y la imposición de decisiones a la persona privada de su capacidad jurídica, lo que constituía un claro atentado a los derechos fundamentales de las personas consagrados en nuestra Norma Suprema (arts. 10 y 14 CE).

Gracias a la Ley 8/2021 mejoran notablemente las condiciones de vida de las personas con discapacidad, quienes dejan de ser tratadas de forma diferenciada, en ocasiones como menores de edad, y comienzan a tener voz y voto en la regulación de su propia vida. Como indica la propia Exposición de Motivos de la Ley 8/2021, se ha producido el apartamiento del enfoque paternalista con el que se regulaba la materia en el Código Civil. Las personas con discapacidad dejan de tener restringidos sus derechos optando, únicamente por acompañarlas, ayudarlas, en definitiva, prestarles apoyos, para que, por ellas mismas, puedan ejercer sus derechos.

TERCERA.- El respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad se erige como la clave de bóveda de esta Ley. Se da preferencia a la autorregulación de la discapacidad, incidiendo numerosos preceptos en el respeto a la voluntad de la persona a la hora de establecer las medidas de apoyo, tanto para decidir sobre las personas que deberán prestar el apoyo, como sobre el contenido de la medida. El principal problema que observamos a este respecto es el lugar que pasa a ocupar el principio del interés superior de la persona con discapacidad. Ya, en su Observación General Nº 1 (punto 21), el Comité señaló que este principio debería ser sustituido por la mejor interpretación de la voluntad de la persona. En mi opinión, cabe la convivencia pacífica de los dos postulados; el respeto a la voluntad, deseos y preferencias debe ser el principio general, se debe aplicar a todos y cada uno de los supuestos que se planteen; ahora bien, habrá algunos supuestos en los que deberemos apartarnos de la voluntad de la persona con discapacidad y atender a sus intereses a fin de poder garantizar el ejercicio de sus derechos en condiciones de igualdad. (ej., en el caso de una persona que sufre una discapacidad intelectual grave de nacimiento, esto nos impide saber cual es su voluntad por lo que debemos atender a su mayor interés).

CUARTA.- Otro de los puntos fuertes de esta reforma es su inclinación hacia la jurisdicción voluntaria. La provisión de medidas a una persona con discapacidad no siempre se hace en contra de su voluntad; además, en muchas ocasiones, como sucede en la guarda de hecho, son familiares o personas allegadas las que van a prestar el apoyo, por lo tanto, el proceso contencioso puede ser un impedimento que lo único que hace es dilatar innecesariamente la provisión del apoyo.

QUINTA.- Aunque la ley ha recibido algunas críticas debido a que mantiene la posibilidad de representación para los casos más graves, algo que no se ajusta en principio a la interpretación que del art. 12 de la Convención ofrece el Comité en su Observación General N.º 1 (punto 26), en mi opinión, esta previsión no es errónea. En algunos casos es necesaria la sustitución de la voluntad de la persona con discapacidad. Pensemos por ejemplo en el caso de alguien con Alzheimer muy avanzado; se trata de una enfermedad degenerativa que, por el momento, no tiene cura; en estos casos, en las fases más avanzadas de la enfermedad, se extrema la dificultad de obtener e interpretar la voluntad real de la persona, de modo que, la única forma de que esta pueda ejercer sus derechos fundamentales es mediante la representación por parte de la persona designada para prestarle el apoyo, siempre -eso si- con las salvaguardas necesarias.

SEXTA.- En resumen, las medidas de apoyo son un elemento clave tanto de la Convención de Nueva York como de la Ley 8/2021, pues para conseguir el pleno desarrollo de estas personas, se debe fomentar su dignidad, igualdad e integración social, y esto solo es posible procurándoles una vida plena y autónoma en todas las esferas, algo que se consigue mediante la adopción de medidas que aseguren a las personas que padecen algún tipo de discapacidad el ejercicio de sus derechos en condiciones de igualdad¹²⁹.

BIBLIOGRAFÍA

BERROCAL LANZAROT, A. I, “La autotutela como medida voluntaria de apoyo tras la reforma operada por la ley 8/2021, de 2 de junio”, *Actualidad Civil*, núm. 9, 2021 (La Ley 9326/2021).

BESCANSÀ MIRANDA, R. *Protección jurídica de la persona: estudio práctico de los negocios jurídicos inter vivos y mortis causa tras la reforma 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*, Aferre, Barcelona, 2021.

CERRADA MORENO, M., *Incapacitación y Procesos sobre Capacidad de las personas*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona (Navarra), 2014.

Consejo General del Notariado, Centro de Información Estadística del Notariado, Disponible en <https://www.notariado.org/liferay/web/cien/estadisticas-al-completo> (último acceso 25 de junio 2022).

¹²⁹ GARCÍA HERRERA, V., “Los poderes preventivos...”, *op. cit.*, p. 341, 342 y 344.

CORVO LÓPEZ, F.M., “La Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre provisión de apoyos a las personas con discapacidad en clave de futuro”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 8/2021, (BIB 2021/4621).

CUADRADO PÉREZ, C., “Modernas perspectivas en torno a la discapacidad”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2020, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, pags. 13 a 90.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., “Primeras resoluciones judiciales aplicando la Ley 8/2021, de 2 de junio en materia de discapacidad”, *Diario La Ley*, núm. 10021, Sección Dossier, 2022. (La Ley 1336/2022).

DÍAZ PARDO, G, “Nuevo horizonte de la guarda de hecho como institución jurídica de apoyo tras la reforma introducida por la Ley 8/2021, de 2 de junio”, en PEREÑA VICENTE, M. (Dir.), *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio*, Tirant lo blanch, Valencia, 2021. P. 307 a 340.

FERNÁNDEZ DE BUJAN, A., “Jurisdicción voluntaria: provisión de apoyos a personas con discapacidad”, *La Ley Derecho de Familia*, núm. 33, 2022, (La Ley 951/2022).

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M. B., *Sistema de apoyos para personas con discapacidad medidas jurídico-civiles y sociales*, Dykinson, Madrid, 2021.

GARCÍA HERRERA, V, “Los poderes preventivos: cuestiones derivadas de su configuración como medida de apoyo preferente y de su articulación en torno a la figura contractual del mandato”, PEREÑA VICENTE, M. (dir.), *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la ley 8/2021 de 2 de junio*. Tirant lo blanch, Valencia, 2021. P. 342 a 386.

GETE-ALONSO Y CALERA, M. DEL, “Paternalismo y autonomía en la noción legal de capacidad”, en CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. y GARCÍA MAYO, M. (dir.), “*Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*”, Wolters Kluwer Legal & Regulatory, Las Rozas (Madrid), 2021. P 32 a 52.

LINACERO DE LA FUENTE, M., “Segunda Parte: Medidas de apoyo”, LINACERO DE LA FUENTE M. (dir.) *Tratado de Derecho de familia. Aspectos Sustantivos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, (TOL 5.918.753).

LÓPEZ FRÍAS, M. J, “Algunas notas sobre la graduación de la incapacitación en beneficio del incapacitado”, *Actualidad Civil*, Sección Doctrina, (La Ley 298/2003).

LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I, *Reforma civil y procesal para el apoyo a personas con discapacidad*, Francis Lefebvre, Madrid, 2021.

MARTÍN AZCANO, E. M., “El defensor judicial de la persona con discapacidad” en PEREÑA VICENTE, M. (Dir.), *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio*, Tirant lo blanch, Valencia, 2021. P. 281 a 306.

MIRANDA, R. *Protección jurídica de la persona: estudio práctico de los negocios jurídicos inter vivos y mortis causa tras la reforma 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*, Aferre, Barcelona, 2021.

MORENO TRUJILLO, E., “Protección de las personas con discapacidad: Guarda de hecho y tutela”, en GARCIA GARNICA, M DEL C. (dir.), *Estudios sobre dependencia y discapacidad*, Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona (Navarra), 2011. P. 227 a 256.

PALLARÉS NEILA, J., “El ejercicio de la nueva curatela”, en PEREÑA VICENTE, M. (Dir.), *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio*, Tirant lo blanch, Valencia, 2021. P. 257 a 278.

PEDRÓN PAU, A, “De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código Civil”, *Revista de Derecho Civil*, Vol. V, núm. 3, 2018, pags 5 a 28. Disponible en: <https://nreg.es/ojs/index.php/RDC/issue/view/32> (Último acceso: 17 de junio de 2022).

PEREÑA VICENTE, M, “Una contribución a la interpretación del régimen jurídico de las medidas de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica consagrada en la Ley 8/2021 de 2 de junio”, en PEREÑA VICENTE, M. (Dir.), *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio*, Tirant lo blanch, Valencia, 2021. P. 155 a 183.

PEREÑA VICENTE, M., “La Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad. ¿El inicio del fin de la incapacitación?”, *Diario La Ley*, núm. 7691, Sección Doctrina, 2011, (La Ley 13496/2011).

PEREÑA VICENTE, M., “La transformación de la guarda de hecho en el anteproyecto de ley”, *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3, 2018, pags 61 a 83. Disponible en: <https://nreg.es/ojs/index.php/RDC/issue/view/32> (Último acceso: 25 junio 2022).

TINOCO VERGEL, D. A., “Aproximación a las medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad”, en CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. (dir.), *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*, Wolters Kluwer, Las Rozas (Madrid), 2021. P. 441 a 456.

TORRES COSTAS, M. E., *La capacidad jurídica a la luz del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2020.

TORRES GARCÍA, T. F. y DOMÍNGUEZ LUELMO, A., “La incapacitación”, en GETE-ALONSO Y CALERA, M DEL C. (dir.), *Tratado de derecho de la persona física Tomo II*, Civitas, Madrid, 2013. P. 53 a 122.

TRESGUERRES-FERNÁNDEZ, A, *El ejercicio de la capacidad jurídica. Comentario de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Aranzadi, Pamplona, 2021.

VEGAS TORRES, J., “La adopción judicial de las medidas de apoyo a las personas con discapacidad”, en *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la ley 8/2021 de 2 de junio*. Tirant lo blanch, Valencia, 2021. P. 29 a 58.

Otras fuentes

Discapacidad. Cifras absolutas. Discapacidades y deficiencias. Población de 6 y más años con discapacidad según tipo de discapacidad por sexo y edad. <https://www.ine.es/jaxi/Datos.htm?tpx=51615#!tabs-tabla> (Fecha de consulta: 17 de junio de 2022).

Encuesta de Discapacidad, Autonomía Personal y Situaciones de Dependencia 2008. Discapacidades, Deficiencias y Estado de Salud. Resultados nacionales: cifras absolutas. Población con alguna discapacidad o limitación por edad y sexo. <https://www.ine.es/jaxi/Datos.htm?path=/t15/p418/a2008/hogares/p01/modulo1/10/&file=01001.px> (Fecha de consulta: 17 de junio de 2022).

Naciones Unidas. Algunos datos sobre las personas con discapacidad. Disponible en: <https://www.un.org/development/desa/disabilities-es/algunos-datos-sobre-las-personas-con-discapacidad.html> (Último acceso: 26 de junio de 2022).