

# El nuevo marco civil de apoyos a la discapacidad en el ejercicio de la capacidad jurídica

## *The new support system for disable people in exercising their legal capacity*

por

MARÍA REYES CORRIPIO GIL-DELGADO  
*Universidad Pontificia Comillas*

**RESUMEN:** El sistema español de protección legal de las personas con discapacidad basado en la limitación de su capacidad de obrar ha sido sustituido por un nuevo sistema de apoyos al ejercicio de la capacidad jurídica. El trabajo analiza la terminología adoptada y ofrece una visión general de las medidas de apoyo. La reforma da la prioridad a las soluciones basadas en la autonomía privada y refuerza algunas instituciones antes existentes, pero secundarias como la guarda de hecho y la curatela.

**ABSTRACT:** Spanish legal system for disable people based in restricting their ability to act has recently change. The work firstly analyses the new terminology, and secondly offers a general overview of the institutions of support stated by the law. The new regulation of supports reinforce private autonomy and some existing —but secondary— institutions like the «facto guardian» or the «curatorship».

**PALABRAS CLAVE:** Discapacidad. Capacidad. Sistema de apoyos. Guarda de hecho. Curatela. Poderes preventivos.

**KEY WORDS:** *Disability. Legal capacity. Legal support system. Facto guardian. Curatorship. Preventive powers.*

**SUMARIO:** I. EL SISTEMA DE APOYOS DENTRO DE LA REGULACIÓN GENERAL DE LA DISCAPACIDAD: PRIMERAS VALORACIONES: 1. REQUERIMIENTOS DE LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL DE DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. 2. EL NUEVO SISTEMA DE APOYOS: PRIMERAS VALORACIONES.—II. LAS MODULACIONES DEL EJERCICIO DE LA CAPACIDAD JURÍDICA Y EL CONCEPTO DE APOYOS EN SENTIDO ESTRICTO: 1. EL REQUISITO DE CAPACIDAD PARA LA VALIDEZ DE LOS ACTOS JURÍDICOS. 2. LOS APOYOS EN GENERAL Y LOS APOYOS EN SENTIDO ESTRICTO: A) *Los apoyos desde la autonomía o heteronomía del ejercicio de la capacidad jurídica.* B) *Efectos de la falta de apoyos en sentido amplio y en sentido estricto.* 3. EJERCICIO HETERÓNOMO DE LA CAPACIDAD Y ESTADO CIVIL.—III. LAS MEDIDAS DE APOYO EN SENTIDO ESTRICTO: 1. MEDIDAS DE APOYO DE NATURALEZA VOLUNTARIA: A) *Los poderes preventivos.* B) *La autocuratela.* C) *¿Cabría en el sistema voluntario de apoyos una suerte de autolimitación de la capacidad como la figura catalana de la asistencia?* 2. LA GUARDA DE HECHO: A) *Naturaleza de la guarda como medida de apoyo.* B) *La actuación del guardador.* 3. LA CURATELA: A) *La curatela como principal medida de apoyo de origen judicial.* B) *La curatela representativa.*—IV. EL PRINCIPIO DE RESPETO A LA VOLUNTAD, DESEOS Y PREFERENCIAS DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD: 1. EL PRINCIPIO DE ACTUACIÓN CONFORME A LOS DESEOS Y PREFERENCIAS DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD. 2. EL INTERÉS SUPERIOR DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD Y EL DERECHO A EQUIVOCARSE.—V. CONCLUSIONES.—VI. REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES.—VII. BIBLIOGRAFÍA.

## **I. EL SISTEMA DE APOYOS DENTRO DE LA REGULACIÓN GENERAL DE LA DISCAPACIDAD: PRIMERAS VALORACIONES**

El sistema de apoyos en el ejercicio de la capacidad jurídica, introducido por la Ley 8/2021 de 2 de junio<sup>1</sup> (LAPDECJ), sustituye al de la «capacidad modificada judicialmente» o «incapacitación» dando pleno cumplimiento a lo mandado por el artículo 12 de la Convención Internacional de los derechos de las personas con discapacidad (CIDPD). La nueva formulación supone un cambio profundo y ha llevado su tiempo, como no podía ser de otra forma,

debido, entre otros factores, a las dificultades interpretativas del propio artículo 12 CIDPD para cuya clarificación se dictó la Observación General núm. 1 (2014)<sup>2</sup>. No recogemos en este trabajo la extensa literatura española que tras la ratificación de la CIDPD se ha ido publicando en nuestro país, pero sí aportaciones doctrinales relevantes que nos ayudan a explicar los requerimientos y exigencias de la CIDPD y el sistema de apoyos finalmente aprobado.

## 1. LOS REQUERIMIENTOS DE LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

¿Qué pedía la Convención exactamente? En opinión de CUENCA GÓMEZ (CUENCA, 2012, 75) se trataba de un cambio integral del modelo español existente sustituyéndolo por otro abierto e inclusivo e integrado por diversas figuras de apoyo de implantación gradual y paulatina. Para BARIFFI la Convención manda a los Estados que dejen de negar a las personas «capacidad» porque ello supondría tratarlas «como objeto legal y no como sujeto, marginalizándolas y apartándolas del goce efectivo de sus derechos humanos más básicos, lo que hace preciso revisar de forma profunda las instituciones actuales que se consideran hoy claramente anacrónicas o la inercia de una tradición legal de otros tiempos» (BARIFFI, 2014, 264). La respuesta jurídica debería arrancar de un previo trabajo de investigación de las necesidades de la persona, de su voluntad, deseos y preferencias e incluso de un nuevo tipo de juez que tenga los conocimientos necesarios para identificar el apoyo más idóneo, es decir, un juez que sea «también técnico social, proveedor de un servicio, y antes que nadie, figura de apoyo y acompañamiento» (FERRANDO, 2011, 188).

Por su parte, la OG 1 (2014) antes referida optó por una posición de gran radicalidad al considerar discriminatorias las instituciones que imponen «la sustitución en la adopción de decisiones basándose únicamente en que la persona tiene un determinado diagnóstico» (OG 1 2014, ap. 21), por lo que indicó que los Estados deben evolucionar hacia un sistema de apoyos más respetuoso con la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad, criterios que deben guiar la actuación de quien ejerce el apoyo y no «en lo que se suponga que es su interés superior objetivo» (OG 1, 2014, ap. 25.b), pudiendo, incluso impugnarse tales decisiones «si el encargado del apoyo no actúa según la voluntad y las preferencias de la persona concernida» (OG 1, 2014, ap. 25.d). Esta postura del Comité ha sido criticada con acierto por la doctrina española por hacer una interpretación radical de los postulados de la Convención (CUADRADO, 2020, 52) y puede verse más bien como una desiderata teniendo en cuenta que existen escenarios en los que la persona no puede conformar su voluntad y es precisa la representación con todas sus

garantías. La Observación sirvió para dejar clara la necesidad de canalizar las reformas de los sistemas nacionales hacia una renovación profunda de las instituciones para dar un salto del «paradigma de la adopción de decisiones sustitutivas a otro que se base en el apoyo para tomarlas» (OG. 1, 2014, ap. 3).

Trayendo estas ideas y objetivos al Derecho español se tornaba necesario cambiar el enfoque de la regulación entonces vigente, la «capacidad modificada judicialmente», que en su práctica diaria resultaba unilateral, desproporcionada y desequilibrada y se quedaba solo en lo negativo «(no puede usted gobernarse por sí mismo)» (RUIZ DE HUIDOBRO, 2016, 243; 2021, 263). ARSTEIN-KERSLAKE en 2014 había lanzado duras críticas al sistema español: primero, somete al incapacitado a un control tal que restringe —de derecho o de facto— el ejercicio de sus derechos fundamentales, debiendo ser sustituido por un sistema que proporcione apoyo para que la persona ejerza su capacidad y quede empoderada en la sociedad, segundo, parte de un procedimiento de incapacitación inflexible que no permite la participación adecuada de la persona a incapacitar y tercero, que los jueces no cuentan con conocimientos necesarios para abordar los casos y proteger los derechos de las personas y se les limita a escoger entre tutela y curatela, mientras que deberían poder «elegir entre una serie de opciones», (esta misma autora realiza nuevas consideraciones en 2016<sup>3</sup>).

El camino desde la disposición adicional séptima de la Ley 26/2011<sup>4</sup>, que ordenaba dar nueva regulación a esta materia hasta la reciente LAPDECJ, no ha sido fácil. No llegó a aprobarse el Proyecto del Grupo Popular<sup>5</sup> ni tampoco se dio curso a la propuesta del Real Patronato sobre Discapacidad<sup>6</sup> que fue criticada (MAYOR DEL HOYO, 2014, 9; SERRANO GARCIA, 2015, 2587). Simultáneamente se iba haciendo cada vez más explícita la urgencia del cambio en algunos artículos del Código Civil reformados antes de la LADECJ, como es el caso del artículo 56.2 que luego comentaremos o el del anterior artículo 303 del Código Civil en los que se consolida la expresión «apoyo» (o «quien pudiera precisar de una institución de protección y apoyo»)<sup>7</sup>, no estando todavía configurado tal sistema. Por su parte los jueces iban acogiendo en sus resoluciones los postulados de la CIDPD propiciando interpretaciones extensivas de la curatela a la que se le asignaron funciones de contenido personal y/o representativas —algo que hasta la fecha estaba reservado al tutor— desdibujando con ello la anterior dualidad que asimilaba tutela a representación y curatela a asistencia.

## 2. EL NUEVO SISTEMA DE APOYOS: PRIMERAS VALORACIONES

El sistema de «provisión de medidas de apoyo» es una nueva categoría jurídica que canaliza el derecho de toda persona con discapacidad a obtener

una ayuda transparente, eficaz y proporcionada que supla sus dificultades para ejercitar sus derechos en igualdad de condiciones que los demás. Es muy diferente a la antigua incapacitación (o capacidad modificada) e incluso podría contraponerse a esta como ocurre en Derecho comparado (por ejemplo, el Código Civil y de Comercio argentino y en el Código francés).

Podemos resumir las características del nuevo sistema en los siguientes elementos:

1.º. Tiene nombre propio, la de «sistema de apoyos» dentro de la regulación general de la discapacidad. La disposición adicional cuarta del Código Civil nos indica su especificidad al señalar que utiliza dos significaciones para el término «discapacitado» una la referida al sistema de apoyos y otra la que cabe dar a dicho término en los artículos 96, 756.7.º, 782, 808, 822 y 1041 del Código Civil referidos a quien tiene reconocido un grado de discapacidad psíquica del 33% o de 65% de discapacidad física o sensorial o se encuentre en la situación de dependencia de grado II o III de las establecidas en la Ley 39/2006, de promoción de la autonomía personal. Estos últimos entroncan con los derechos civiles (por ejemplo, la posibilidad de constituir un patrimonio protegido) que se defieren a las personas con cierto grado de discapacidad, tengan o no medidas de apoyo.

2.º. A diferencia de la modificación de capacidad, los apoyos no implican limitaciones en su «capacidad de obrar», una categoría que desaparece como faceta dinámica de la personalidad. En cambio, sí permite introducir modulaciones jurídicas de la actuación de la persona operando en un plano jurídico inferior ¿Cuál? el de los requisitos para la validez de los actos y la toma de decisiones relacionadas con el cuidado de la persona sobre la base de su concreta situación. En este plano caben modulaciones del ejercicio de su capacidad cuando falten de aptitudes naturales de tipo volitivo por «defecto o insuficiencia de la voluntad» (art. 249 CC).

3.º. El nuevo sistema admite, por tanto, que se le puedan imponer a la persona, aun en contra de su voluntad, apoyos necesarios para el ejercicio de su capacidad jurídica siempre que existan déficits naturales que le impidan la conformación válida de su voluntad. DE SALAS MURILLO lo argumenta magistralmente en su artículo titulado «¿Existe un derecho a no recibir apoyos en el ejercicio de la capacidad?» donde, analizando el Anteproyecto, concluye que no hay tal derecho dado la importante heterorregulación con márgenes normativos ajenos al auto-nomos del sujeto (DE SALAS, 2020, 2254).

4.º. A results del establecimiento formal de apoyos la persona queda en un estado civil caracterizado por la heteronomía en el ejercicio de su capacidad, y ello, consecuentemente supone admitir dos modalidades de ejercicio de la capacidad jurídica: «por un lado, ejercicio autónomo, que

lo hace el propio individuo por sí mismo, autosuficiente; de otro ejercicio heterónomo, para el que el individuo necesita apoyos de otros para hacerlo» (RUIZ DE HUIDOBRO, 2021,173). La persona con discapacidad a la que se le hayan impuesto medidas de apoyos quedará sujeta a ámbitos de ejercicio heterónomo de su capacidad jurídica.

El sistema en su conjunto, con su enfoque amplio y respetuoso con la persona y alejado del enfoque sobreprotector de la anterior tutela (extensible a la patria potestad prorrogada y rehabilitada), ofrece una más afinada visión de las medidas de apoyo como instrumentos de canalización de la voluntad, deseos y preferencias de la persona y da respuesta coherente y adecuada, por fin, a los requerimientos de la CIDP. Por un lado, se evitan situaciones de protección legal excesiva que dejan a la persona arrinconada y expuesta al querer ajeno, es decir, situaciones de cosificación que las pudiera privar de su capacidad jurídica para decidir y consecuentemente de su plena participación social, y, por otro, se da cobertura amplia a los supuestos en los que existen necesidades de apoyo por déficits de la voluntad para la toma de decisiones garantizando el cuidado de la persona.

Las posturas más críticas al diseño del nuevo sistema han lamentado que se prescinda de la «capacidad de obrar» y han criticado las ambigüedades o imprecisiones jurídicas del concepto apoyos que puede afectar a su actuación plenamente autónoma. Para ROGEL VIDE la supresión de la categoría jurídica de la capacidad de obrar supone «poner patas arriba la esencia misma de los conceptos esenciales del derecho ...en perjuicio de los débiles» y, parafraseando a este autor, lleva a resultados aberrantes, como la pérdida del concepto de estado civil, la desaparición de la patria potestad prorrogada y de la tutela, como institución milenaria o la afectación de la responsabilidad civil (ROGEL VIDE, 2021, 14 y 15). Para BERCOVITZ el cambio terminológico aparenta un mayor alcance del que realmente tiene pues ni el legislador ni los tribunales pueden mediante palabras poner remedio a las limitaciones de las personas discapacitadas», generando por el contrario confusión dogmática respecto a conceptos de capacidad de obrar o estado civil (BERCOVITZ, 2021, 25). Y es que la amplitud de los términos empleados (ej. «discapacitado», «apoyos», «excepcionalmente») y el uso de expresiones no clarificadas en cuanto a su alcance jurídico (ej. «ejercicio de la capacidad jurídica» «defecto o insuficiencia de la voluntad»), o ambiguas (ej. utilizar la expresión «medidas de apoyo» en lugar de instituciones de apoyo), impiden verlo como un sistema ya cerrado que habrá de ir concretando la práctica judicial. Así lo indica RUIZ DE HUIDOBRO, que tiene a la LAPDECJ como una «buena obra española» por resultar en su conjunto equilibrada y realista, si bien entiende que se ha sustituido la noción tradicional de capacidad de obrar que proporcionaba claridad y seguridad jurídica por una construcción dogmática artificiosa

que no resulta convincente y será la práctica judicial, a la que se reconoce ahora un amplísimo margen de decisión, la que confirmará o desmentirá esta valoración (RUIZ DE HUIDOBRO, 2021, 167 y 169).

## II. LAS MODULACIONES DEL EJERCICIO DE LA CAPACIDAD JURÍDICA Y EL CONCEPTO DE APOYOS EN SENTIDO ESTRICTO

Las modulaciones al ejercicio de la capacidad jurídica se sitúan en un plano muy diferente al de las antiguas limitaciones a la capacidad de obrar, puesto que ya no es admisible incrustar dentro de las facetas de la personalidad como tal a la aptitud de la persona para la validez de los actos. Este cambio procede de la redacción del artículo 12. 5.º de la CIDPD que al referirse a la capacidad jurídica mezcla ítems propios de ambas categorías, por ejemplo, la referencia a «ser propietarias y heredar» sería faceta estática y en cambio «controlar sus propios asuntos económicos...» sería faceta dinámica. A partir de este momento la expresión «capacidad de obrar» o incluso «capacidad» que pueda pervivir en algunas leyes debe ser reconducida hacia el sistema de apoyos que opera en un plano inferior.

Los apoyos jurídicos surgen en la medida en que son necesarios para atender debidamente las necesidades de la persona con discapacidad en el ejercicio de sus derechos. Dicho así aparece como un sistema extremadamente amplio e impreciso que realmente no refleja su singularidad jurídica que es la de ir dirigido a proveer de remedios jurídicos a la situación en las que la persona tiene dificultades para gobernar su esfera por sí sola. En consecuencia, habremos de distinguir entre apoyos de dos tipos: unos entroncan con las exigencias de capacidad natural, es decir de facultades mentales o intelectuales que debe poseer la persona para emitir un consentimiento válido y otros que no proceden de falta de capacidad volitiva y por tanto requieren ajustes, apoyos, remedios a la discapacidad de otra índole o alcance. Para una mejor claridad expositiva denominamos a los primeros «apoyos en sentido estricto» y a los segundos apoyos generales o en sentido amplio.

### 1. EL REQUISITO DE CAPACIDAD PARA LA VALIDEZ DE LOS ACTOS JURÍDICOS

Es de suyo que existe una relación dialéctica entre la antigua categoría de la capacidad de obrar y la nueva expresión «ejercicio de la capacidad jurídica» (PEREÑA, 2018,70) basada en la exigencia de capacidad para la realización concreta de un acto jurídico sin que podamos hablar propiamente



te de una sustitución de la anterior por la nueva, lo que sería incoherente con la voluntad del legislador de unificar las facetas de la personalidad bajo la categoría «capacidad jurídica». Ahora bien, el sistema de apoyos parte del hecho cierto de que hay personas que no cuentan con las aptitudes cognoscitivas y volitivas ligadas al grado de discernimiento que requieren los actos o negocios jurídicos, y ello es común para el menor de edad y para toda persona que encontrándose en situación de incapacidad no pueda concurrir a un acto concreto con su sola voluntad. De igual manera que el legislador, atendiendo a diversos fines preponderantes, puede establecer prohibiciones o inhabilitaciones para la titularidad o el ejercicio de algunos derechos (por ejemplo, los que sufren los extranjeros o la no admisión al trabajo de los menores de 16 años) cabrían también modulaciones en el ejercicio de la capacidad cuando el individuo no pudiera realizar válidamente un acto. Tal cosa no compromete la capacidad jurídica *in abstracto* dado que su fundamento no es la consideración del individuo en cuanto portador primario de la personalidad, sino que proviene de otros factores contingentes que pueden legítimamente afectar las titularidades y actividades de las personas (RUIZ DE HUIDOBRO, 2021,171).

Son numerosas las normas que recogen las exigencias de aptitud cognoscitiva y volitiva como requisito esencial para la validez del consentimiento: a) el artículo 56 del Código Civil indica que quienes deseen contraer matrimonio «acreditarán que reúnen los requisitos de capacidad o la inexistencia de impedimentos» (...); b) en materia de sucesiones el artículo 663 del Código Civil (nueva redacción) señala «No puede testar:... la persona que en el momento de testar no pueda conformar o expresar su voluntad ni aún con ayuda de medios o apoyos para ello», por su parte el artículo 664 del Código Civil dispone que «el testamento hecho antes de la enajenación mental es válido» y finalmente el artículo 665 del mismo cuerpo legal indica que «la persona con discapacidad podrá otorgar testamento cuando a juicio del Notario, pueda comprender y manifestar el alcance de sus disposiciones», todos ellos reflejan que la capacidad de comprender el acto que se realiza es requisito de consentimiento; c) En la legislación notarial ocurre lo propio, el artículo 17 bis 2.ª de la Ley del Notariado<sup>8</sup> prescribe que «el Notario deberá dar fe de la identidad de los otorgantes, de que a su juicio tienen capacidad y legitimación, de que el consentimiento ha sido libremente prestado», es decir, la capacidad debe existir y valorarse en el acto y d) el artículo 4 de la Ley de extracción y trasplante de órganos<sup>9</sup> indica que solo se podrán obtener órganos procedentes de un donante vivo si este tiene plenas facultades mentales, es más, prevé que «no podrá obtenerse ningún tipo de órganos de personas que, por deficiencias psíquicas o enfermedad mental o por cualquiera otra causa, no puedan otorgar su consentimiento expreso, libre y consciente» (art. 4, c, *in fine*).



En este punto conviene matizar que el elemento interno propio de la capacidad natural de entender y querer (posibilidad de conformar la voluntad, de comprender el alcance de las disposiciones, tener plenas facultades mentales...) no se puede confundir con el concepto de capacidad jurídica. En efecto, cuando hablamos de falta de capacidad natural nos referimos a la situación concreta de la persona caracterizada por la merma de aptitudes físico-psíquicas que le impiden comprender y querer plenamente un acto jurídico. La persona que acuse discapacidades afectantes a la capacidad volitiva no puede por esta causa desenvolverse autónomamente en el ejercicio de su capacidad y se verá precisada de apoyos en aquellos ámbitos para los que exista dicha incapacidad o, si el acto es personalísimo estará privada de realizarlo. El Ordenamiento no puede dejar de regular la situación de incapacidad de hecho que hace nacer la protección que puede definirse como una situación en la que la persona «carece de entendimiento y voluntad suficientes para regirse de forma autónoma, plena y efectiva por sí mismo, con independencia de que existan o se hayan adoptado medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica» (art. 3 h de la LO 3/2021 de 24 de marzo de regulación de la eutanasia<sup>10</sup>). Así pues, los déficits de entendimiento y voluntad que impiden a la persona física regirse *de facto* de forma autónoma, plena y efectiva, justifican escenarios de ejercicio heterónomo sin que podamos decir por ello que la persona carece de poder de gobierno en abstracto, el cual tiene como elemento de su personalidad.

En línea con lo expuesto, el sistema de apoyos entronca con las exigencias de capacidad volitiva y por ello es admisible configurar reglas de capacidad para ámbitos jurídicos generales, como ocurre con la capacidad procesal, laboral, comercial o delictual. Advertimos en este punto que existen incorrecciones en algunas normas adaptadas que requieren un cierto reajuste. En concreto el artículo 4 del Código de Comercio (redactado *ex novo* por la LAPDECJ) y que lleva por rúbrica «capacidad legal para ejercer el comercio» dispone que: «Tendrán capacidad para el ejercicio habitual del comercio las personas mayores de edad y que tengan la libre disposición de sus bienes», entonces, ¿qué pasa con quien se encuentra en incapacidad de hecho? ¿tiene capacidad para el ejercicio habitual del comercio? También es confuso que se haya suprimido toda mención a los apoyos en el artículo 1263 del Código Civil.

Se aprecian igualmente desajustes entre capacidad y sistema de apoyos en la reformulación de las normas de conflicto espacial del Código Civil. La LAPDECJ va a ubicar el sistema de apoyos dentro del artículo 9.6,2 del Código Civil (aplicándose la regla de la residencia habitual) mientras que la capacidad sigue rigiéndose por la ley personal (art. 9.1 CC). Adroher considera que la formulación hecha en el artículo 9.6,1 producirá un efecto

no deseado «los jueces deberían aplicar en algunos casos y respecto de extranjeros procedentes de determinados países, su ley nacional para modificar su capacidad y la española para adoptar la medida de apoyo» para evitar lo cual la autora propone volver a la anterior redacción del supuesto de hecho «medidas de protección de la persona mayor» que es coincidente con lo dispuesto en el Convenio de La Haya sobre protección internacional de Adultos (ADROHER, 2019,176). La ratificación de este Convenio permitirá también obtener importantes mejoras en el reconocimiento de las medidas de apoyo adoptadas en otros Estados a través del procedimiento simple y rápido de declaración de ejecutoriedad (ADROHER, 2021,170), por lo tanto, una mejor conexión entre el sistema de apoyos y la capacidad como requisito del acto sería bienvenida.

## 2. LOS APOYOS EN GENERAL Y LOS APOYOS EN SENTIDO ESTRICTO

De por sí la palabra «apoyo» es un término amplio y más propio de las disciplinas de Trabajo Social que de las propiamente jurisdiccionales (LADRÓN TABUENCA, 2012, 201) y por tanto tiene el potencial de aglutinar todo mecanismo o actuación ligada a las necesidades de la persona con discapacidad para la toma de decisiones en el ejercicio de sus derechos. Si nos atenemos a la propia exposición de motivos de la LAPDECJ ahí se describe un muestrario variopinto de fórmulas de apoyo: «desde el acompañamiento amistoso, la ayuda técnica en la comunicación de declaraciones de voluntad, la ruptura de barreras arquitectónicas y de todo tipo, el consejo, o incluso la toma de decisiones delegadas por la persona con discapacidad...» y «en situaciones donde el apoyo no pueda darse de otro modo y solo ante esa situación de imposibilidad, este pueda concretarse en la representación en la toma de decisiones» (EM III, párrafo segundo). Todos ellos tienen en común que van dirigidos a superar «las barreras físicas, comunicacionales, cognitivas, actitudinales y jurídicas que han cercenado sus derechos y la posibilidad de ejercicio» y en todos el objetivo es el mismo, la mayor participación del sujeto, el goce real y efectivo de sus derechos y su plena integración en la vida social, pero no deja de ser una agrupación heterogénea que no facilita la adecuada sistematización e individualización de los casos en los que el apoyo puede imponerse a la persona. Véase por ejemplo como la ayuda técnica a la comunicación o la ruptura de barreras arquitectónicas tienen nula conexión con la cuestión de la capacidad o grado de discernimiento requerido para realizar un acto concreto. Conviene, pues, distinguir entre diversas clases de apoyo para circunscribir debidamente el sistema a su lugar específico que es del ejercicio heterónimo de la capacidad.

*A) Clases de apoyos al ejercicio de la capacidad jurídica*

Se debe distinguir varias tipologías de apoyo de alcance diverso: unas serían meros ajustes o adaptaciones que la persona precisa para obtener la información de forma adecuada a sus aptitudes cognitivas, que posee, o para exteriorizar su decisión, por tanto, su alcance sobre la persona es menor, otros son apoyos al ejercicio heterónomo porque la persona no tiene plenas aptitudes mentales, intelectuales o cognitivas para decidir en ámbitos de su esfera singularizada. Ambos tipos de apoyos coexisten en nuestra regulación y se puede advertir claramente la diferente regulación que reciben en uno y en otro caso. Veamos esta cuestión analizando los artículos 56.2 y 665 del Código Civil y 7 bis de la Ley de Enjuiciamiento civil.

El artículo 56.2 del Código Civil faculta al letrado de la Administración de Justicia, notario, encargado del Registro Civil o funcionario que tramite el acta o expediente matrimonial a «recabar de las administraciones o entidades de iniciativa social de promoción y protección de los derechos de las personas con discapacidad, la provisión de apoyos humanos, técnicos y materiales, que faciliten la emisión, interpretación y recepción del consentimiento del o los contrayentes». Este fragmento se refiere a los apoyos que pudiera precisar la persona con discapacidad para canalizar su voluntad luego son apoyos en un sentido amplio y se ve la poca afectación de la persona en la medida en que se trata de una facultad para el notario o funcionario y no una obligación y en el hecho de que aquí la persona conforma su voluntad interna con sus propias aptitudes naturales pudiendo expresar el consentimiento por sí misma.

De forma parecida, el artículo 665 del Código Civil pide al notario que la persona otorgante del testamento «desarrolle su propio proceso de toma de decisiones apoyándole en su comprensión y razonamiento y facilitando, con los ajustes que resulten necesarios, que pueda expresar su voluntad, deseos y preferencias». Claramente el legislador convierte al notario o funcionario interviniente en un apoyo de la persona con discapacidad a la que debe proporcionar medios externos, hasta donde lleguen las posibilidades de su capacidad natural. Centra el asunto en que aquella exprese sus deseos y preferencias, pero también indica que debe apoyarle en su razonamiento algo que solo podrá hacerse cohonestando sus fines y sus metas con el marco vital en el que transcurre su vida «para que se haga consciente y responsable de su propia realidad, a pesar de las interferencias que los procesos físicos y psíquicos pueden causar» (GARCÍA y GUILARTE, 2011, 13). Este cambio afecta al modo en el que los notarios deben realizar su labor, facilitándole apoyos en sentido amplio, pero no debe llevar a confusión respecto a cómo debe procederse cuando la persona carece de aptitudes intelectivas y volitivas.

También el 7 bis de la Ley de Enjuiciamiento civil (redactado por la Ley 8/2021) recoge ampliamente lo que hemos denominado «apoyos en sentido amplio» cuando indica que: «En los procesos en los que participen personas con discapacidad, se realizarán las adaptaciones y los ajustes que sean necesarios para garantizar su participación en condiciones de igualdad». Seguidamente la norma explicita que se trata de adaptaciones referidas «a la comunicación, la comprensión y la interacción con el entorno», para garantizar la participación de las personas con discapacidad en los procesos porque, como señala el referido artículo 7 bis en su párrafo segundo, las personas con discapacidad «tienen derecho a entender y ser entendidas en cualquier actuación que deba llevarse a cabo» (obviamente cuando ello fuera posible). En este caso basta con utilizar un lenguaje claro, sencillo y accesible o ayuda para que pueda hacerse entender, incluyendo lenguas de signos y apoyos a la comunicación oral de personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas, como la participación de un profesional para las tareas de adaptación y ajuste o el acompañamiento de una persona de su elección desde el primer contacto con las autoridades y funcionarios.

Como puede advertirse de los ejemplos anteriores, estos artículos regulan ajustes procedimentales o actitudinales de los notarios en el ejercicio de sus funciones y en el contexto de otorgante con discapacidad. Son apoyos externos que en la práctica guardan gran la similitud con los remedios que contempla el legislador para solventar problemas prácticos ligados al dominio y comprensión del lenguaje en contextos distintos a la discapacidad, por ejemplo, los apoyos al extranjero que necesita de intérprete (art. 22.2 de la Ley Orgánica de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social<sup>11</sup>), el deber de facilitar información en un lenguaje claro, sencillo y accesible para la protección de los menores (*vid.* a título ejemplificativo los artículos 10 y 17 de la Ley Orgánica de protección integral de la infancia y la adolescencia y los arts. 17.1, 36 y 39 de la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores<sup>12</sup>) o para la protección de consumidores y usuarios (art. 155 de la Ley General para la Defensa de consumidores y usuarios<sup>13</sup>).

Una vez visto el enfoque regulatorio de los apoyos en sentido amplio nótese cómo la norma cambia de tono cuando legisla sobre hipótesis de falta de capacidad. En el ámbito matrimonial, el artículo 56.2 in fine del Código Civil indica que si la persona no puede prestar el consentimiento por condiciones de salud que se lo impidieren de forma categórica y sustancial, se recabará el dictamen médico sobre su aptitud para prestarlo. En sede sucesoria y como apuntábamos al referir la exigencia de capacidad volitiva, no podrá otorgarse testamento cuando, a juicio de notario, la persona con discapacidad no pueda comprender y manifestar el alcance de sus disposiciones (art. 665 CC) ni podrá tenerse por válido el testamento hecho después de

la enajenación mental (art. 664 CC), en ambos casos *a sensu contrario*. En el ámbito procesal la LEC dispone que la persona con discapacidad dotada de medidas de apoyo solo podrá comparecer en juicio según lo previsto en dichas medidas (art. 7.2 LEC) o, como previene el artículo 8 LEC, se le nombrará un defensor judicial que «asumirá su representación y defensa hasta que se designe a aquella persona» (art. 8.1 LEC).

En conclusión, la problemática del déficit de autogobierno y la intervención de terceros (necesaria en el caso de falta de aptitudes internas y que tiene como presupuesto inmediato la falta de capacidad natural) determina que exista en nuestro ordenamiento una dualidad de apoyos cuyo alcance y fundamento es dispar y que reciben un diverso enfoque y tratamiento legal. El sistema de apoyos al ejercicio de la capacidad va de suyo referido a la necesidad de facilitar a la persona apoyos en sentido estricto y justifica la creación de escenarios estables de heteronomía en la persona para el ejercicio de la capacidad jurídica.

#### *B) Efectos de la falta de apoyos en sentido amplio y en sentido estricto*

Si el apoyo consiste simplemente en la accesibilidad de la persona a un lugar, proporcionar la información o medios necesarios para el acceso a la misma o utilizar un lenguaje y medios que faciliten la correcta comprensión del negocio para que la persona pueda decidir no habría heteronomía en el ejercicio de la capacidad, sería tan solo un apoyo en sentido amplio. La ausencia de apoyos en sentido amplio tendrá ciertas consecuencias legales, pero la batalla se lidia en un lugar diverso al de la capacidad pues podrá reclamar las adaptaciones o, sino las recibió podría reclamar por la vía del error, del dolo, o de la intimidación y por tanto se reconduce hacia los márgenes de inexcusabilidad del error si la persona precisaba apoyos y no los tuvo o al de la reconocibilidad del error por la otra parte del contrato, si faltó a la buena fe relacional, la prueba de la intimidación, etc. Así pues, la carencia de apoyos en este sentido podía ser causa de anulabilidad de contratos por vicios del consentimiento (1301.4 y 1301.2 CC), incluyéndose en este punto figuras emergentes que llevan asociado este mismo efecto como la ventaja injusta y la «influencia indebida»:

- La expresión «ventaja injusta» tiene antecedentes remotos en nuestro Derecho (como puede verse en la *restitutio in integrum* del Derecho romano o en las hipótesis de rescisión por lesión), si bien su utilización actual procede del marco europeo de referencia (*unfair exploitation*). El artículo 4:109, titulado «beneficio excesivo o ventaja injusta» de los Principios Europeos del Derecho de los contratos (PECLs) permite la anulación del contrato «si una de las partes dependía de otra, tenía una relación de confianza con ella,

se encontraba en dificultades económicas o tenía otras necesidades urgentes, no tenía capacidad de previsión o era ignorante, inexperimentado o carente de capacidad negociadora» y la «otra parte conocía o debería haber conocido dicha situación y se aprovechó de ello de manera claramente injusta u obtuvo un beneficio excesivo». La Comisión General de Códigos ha acogido esta regulación en la Propuesta de modernización del derecho español de obligaciones y contratos (2009) que permite anular el contrato a la parte que obtuvo una ventaja excesiva si se hubo «aprovechado injustamente de una situación de dependencia, de extraordinarias dificultades económicas o de necesidad apremiante, o de su ignorancia, de su inexperiencia o falta de previsión» (art. 1301 de la Propuesta de Modernización). Ahondando un poco más en estos elementos contenidos en la Propuesta de modernización, como indica GINÉS, debe advertirse que en todos ellos hay un aprovechamiento inicuo de deficiencias de carácter subjetivo o personal, y no solo para la persona con discapacidad, también de otras facetas de la persona que la hacen vulnerable como «el carácter imprevisor del sujeto, su ignorancia, su inexperiencia o incluso sus carencias en la capacidad negociadora» (GINÉS, 2016, 27).

- Respecto a la influencia indebida, como indica INFANTE RUIZ, viene puramente ligada a los vicios del consentimiento y concede protección a una parte del contrato frente a la presión injustificada que recibe de la otra, de forma que el negocio así celebrado no puede ser expresión de la libre voluntad del contratante. Por esto mismo, trasciende específicamente el aprovechamiento injustificado embebiendo supuestos en los que no siempre existe ventaja excesiva o beneficio desmesurado para el contratante influente (INFANTE RUIZ, 2021, 31) y va pareja a la intimidación.

Por su parte la jurisprudencia ha ido otorgando efectos a la reducida capacidad intelectual para la conservación y la extinción de los derechos o el inicio del plazo de prescripción como hace la STS del Pleno de la Sala Primera número 271/2021 de 10 de mayo que considera que la reducida capacidad intelectual y la carencia de apoyos estables desplazan en el tiempo el inicio del plazo de prescripción hasta el momento en que tuvo oportunidad real de conocer el alcance de una información. En este caso se puso el énfasis en la forma en que la compañía de seguros le comunicó su derecho a reclamar el seguro sosteniendo el tribunal que solo cuando la abogada que le estaba tramitando la declaración de herederos se lo explicó pudo conocer lo que podía reclamar a la compañía y por tanto solo en ese momento estaba en disposición de ejercitar la acción iniciándose ahí el plazo de prescripción (art. 1969 CC).

En cambio, el establecimiento de medidas de apoyo en sentido estricto sitúa a la persona en un estadio distinto que incorpora un elemento de mayor protección. Aquí habría incapacidad de la persona para gestionar

debidamente su poder de gobierno en los ámbitos singulares detectados por mor de los déficits intelectivos y volitivos que restringen su aptitud para prestar este consentimiento. En este escenario la provisión de apoyos les permitirá invalidar el contrato recurriendo a un tipo específico de anulabilidad, el regulado en el artículo 1301.4 del Código Civil, sin que le sea preciso probar ni el vicio del consentimiento ni, en su caso, la ausencia de aptitudes naturales para obtener la anulación del negocio pues bastaría con probar la existencia de apoyos.

### 3. EJERCICIO HETERÓNOMO DE LA CAPACIDAD Y ESTADO CIVIL

Nos planteamos en este epígrafe la cuestión de si el establecimiento de medidas legales de apoyo (o apoyo en sentido propio-estricto) puede tenerse por un estado civil de la persona como antes lo era la incapacitación. En la doctrina no hay unanimidad al respecto: algunos excluyen esta posibilidad pues no habiendo ya modificación judicial de la capacidad de obrar cae de suyo su consideración como posible estado civil (MORENO TRUJILLO, 2021, 113), otros sí la admiten por tratarse de medidas judiciales estables, aunque revisables, a las que cabe sujetar a la persona, por tanto, se trataría de un estado civil concerniente a la autonomía en el ejercicio de la capacidad jurídica (RUIZ DE HUIDOBRO, 2021,184).

El concepto de estado civil adolece de cierta imprecisión jurídica, pero sigue sirviendo como indicador de cualidades de la persona dotadas de estabilidad y con relevancia significativa. LACRUZ y DELGADO ECHEVARRÍA indicaron en su momento que los «estados civiles representan situaciones duraderas cuya comprobación interesa sobremanera al poder público y a los terceros; su prueba no se deja al azar, sino que obligatoriamente debe preconstituirse mediante la inscripción de los actos que los crean o modifican, en el Registro Civil» (LACRUZ; DELGADO ECHEVARRÍA, 2008, 30). La referencia al «estado civil» es utilizada por el legislador para referir diversas realidades o situaciones permanentes que conforman posiciones fundamentales de la persona ante el Derecho y, aunque el uso de este término se haya reducido en el Código Civil (actualmente se conserva en el art. 9 y en el art. 1814 CC), la Ley 20/2011 de Registro Civil (a partir de ahora LRC)<sup>14</sup> lo utiliza ampliamente en su articulado y en su exposición de motivos donde expresa el cambio profundo que este concepto ha sufrido con la Constitución, no pudiéndose ya hablar de estado civil como una construcción jurídica de épocas pretéritas que establecía diferencias a partir del estado social, la religión, el sexo, la filiación o el matrimonio. La LRC lo mantiene como cualidad fundante de la inscripción ligado al interés general de identificar a los sujetos y de probar el estado civil.



Si nos detenemos en el enfoque registral la cuestión de si constituye o no un estado civil no queda explícito, pero sí refleja la importancia que puede tener para la persona: a) el artículo 4 LRC separa en numerales distintos los poderes y mandatos preventivos, nombramiento de un curador y las medidas de apoyo previstas por la persona misma (núm. 10) y las resoluciones judiciales dictadas en procedimientos de provisión de medida judiciales de apoyo a personas con discapacidad (núm. 11), y establece la remisión obligatoria por el letrado de la Administración de Justicia al Registro Civil del testimonio de las resoluciones judiciales de apoyo (art. 34 LRC) b) En cuanto a los cambios introducidos en la legislación hipotecaria, cabe decir que ahora los asientos de las medidas judiciales de apoyo se hacen en el Libro sobre administración y disposición de bienes inmuebles (art. 242 bis LH) y no en el folio real de la finca y que solo procederá cuando lo solicite la persona en cuyo favor se constituye la medida, por tanto no se está dando a los apoyos la misma trascendencia que antes tenían las resoluciones judiciales de incapacitación (eso sí, el Registrador tendrá acceso a la publicidad del Registro Civil).

No obstante, tal y como ha sido configurado el sistema de apoyos, puede seguir admitiéndose que el establecimiento de medidas judiciales produce cambios en su estado civil porque inserta a la persona con discapacidad en un estado estable de heteronomía en el ejercicio de su capacidad jurídica lo cual supone un cambio de posición de incidencia significativa sobre el régimen de los actos. Ciertamente habrá importantes diferencias según la situación de la persona: en unos casos el ajuste será poco intenso por tener la persona aptitudes en grado suficiente, (memoria, potencial cognitivo) aunque acusen trastornos o enfermedades que les impidan cuidar de sí mismos y tomar el control de su vida en todas sus esferas (por ejemplo, por deterioro neuronal, depresión, síndrome Diógenes, ludopatías, trastorno bipolar, alcoholismo,...), en otros se tratará de medidas de apoyo intenso si padece déficits severos (demencias, daño perinatal, parálisis cerebral, alteraciones cromosómicas), siendo de suyo que las medidas de apoyo «establecidas» sean muy diferentes según la situación de la persona. Ahora bien, en cualquiera de ellos los efectos sobre el régimen de sus actos dimanarían directamente de la posición estable de heteronomía y no de una valoración *ad casum* de su capacidad natural.

Atendiendo a la nota de permanencia o carácter duradero que tiene el establecimiento de medidas resulta significativo el interés por dotar a las medidas instituidas de la nota de temporalidad o revisabilidad. Ahora bien, que la resolución prevea su revisión periódica en un plazo máximo de tres años o, de forma excepcional y motivada, de seis y mediante expediente de jurisdicción voluntaria (art. 268 CC y art. 761 LEC) no significa que caduque, por tanto, continuará modulando la situación de la persona hasta que se produzca de facto dicha revisión.

Desde las reglas de ineficacia contractual de los actos realizados sin apoyos también se aprecian diferencias con el anterior sistema de la capacidad modificada: a) Se fija una nueva fecha para el cómputo inicial de la acción, ahora más reducida, desde la celebración del contrato (art. 1301.4 CC), más reducido incluso que para los vicios del consentimiento (desde la consumación del contrato art. 1301.2 CC), b) Se dispone que la legitimación activa la tenga la persona con discapacidad y sus herederos durante el tiempo que faltare hasta completar el plazo (art. 1302.3 CC) admitiéndose excepcionalmente dicha legitimación al prestador de apoyo cuando la otra parte conociera la existencia de esas medidas de apoyo o bien se aprovechara de su discapacidad obteniendo una ventaja injusta (art. 1302.3 in fine CC). Es preciso detenernos en esta cuestión de la legitimación indirecta de la acción de anulabilidad del contrato realizado sin apoyos pues, como indicó DE SALAS, el sistema es «inoperante si se lleva hasta sus últimas consecuencias la imposibilidad de anular el acto por nadie que no sea el propio interesado» (DE SALAS, 2020, 2254). Debe ser posible y por ello la LAPDECJ los admite pese a ser clara la voluntad del legislador de reducir la legitimación indirecta del que apoya en línea con los objetivos de la reforma de actuar siempre según los deseos y preferencias de la persona con discapacidad.

- En primer lugar, tenemos el «conocimiento de las medidas de apoyo» que implica el conocimiento efectivo de que la persona está sujeta a medidas de apoyo. Puede interpretarse como la reconocibilidad de las medidas de manera que la otra parte del contrato no pueda negar que la persona las tenía sin faltar a la buena fe. Se trata de la buena fe en sentido subjetivo que malamente podría presumirse de la inscripción registral en la medida en que el acceso a esta información está sujeta *ex novo* a un régimen de publicidad restringida [art. 83.1 b) LRC].

- La segunda hipótesis, el aprovechamiento de la discapacidad para obtener una ventaja injusta nos remite a las exigencias de buena fe objetiva y justicia contractual de nuestro Derecho. Su incorporación en las reglas de los artículos 1302, 1304, 1163, 1314 y 1765 del Código Civil nos la configura dentro de los apoyos y, por tanto, en un lugar distinto al de la «ventaja injusta» próxima al error y al dolo, vicios del consentimiento, donde se encuentra ubicada en la Propuesta de Modernización, como hemos visto.

La reducción en las hipótesis de legitimación activa indirecta no nos impide seguir teniendo al sistema de apoyos como un sistema específico que conserva su singularidad con vías propias de impugnación de los actos, como expresan los artículos 1301.4 y 1302.3 del Código Civil. La actuación del prestador del apoyo en este punto, aunque lo sea solo bajo ciertas circunstancias, (cuando no accione por mandato del propio sujeto), es una

manifestación clara de que la persona no es autónoma y por tanto estaríamos ante hipótesis de heteronomía. Volveremos sobre esta cuestión al referir los efectos de las medidas de apoyo en sentido estricto en el siguiente epígrafe, en todo caso, nótese que el presupuesto de la impugnabilidad es que la «persona con discapacidad» esté «provista de medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad».

### III. LAS MEDIDAS DE APOYO EN SENTIDO ERICTO

Procede ahora entrar a valorar el panorama general de las medidas de apoyo en sentido estricto desde la perspectiva de la heteronomía que generan. Según se deriva de la Ley se distingue entre medidas voluntarias, la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial (art. 250 CC). Todas son medidas de apoyo en sentido estricto y se relacionan entre sí por el principio de supletoriedad y de complementariedad, habiendo una preferencia por las voluntarias pero condicionadas a su aplicación eficaz. En este capítulo presentaremos una comparativa entre las medidas voluntarias, la guarda de hecho y la curatela, medidas que operan sobre los mismos tipos de discapacidad pero que tienen un alcance desigual en lo que a posición heterónoma de la persona se refiere.

El sistema de apoyos se construye sobre la preferencia a las medidas de naturaleza voluntaria y la guarda de hecho frente a las judiciales. Se entiende con ello que aquellas son más respetuosas y menos invasivas de la esfera de la persona dado que en ellas está contenida la propia voluntad actuante y, además, la persona colabora y consiente *de facto* dicha actuación, sin fricciones. El cambio que trae el nuevo sistema podría resumirse de esta forma, mientras basten las medidas voluntarias o la guarda de hecho no será precisa mayor actuación y cuando no basten se le habrán de establecer medidas formalmente a través de los procedimientos judiciales de apoyo que, en su caso, dispondrán la curatela de la persona concernida siempre procurando la participación de esta y teniendo en cuenta su voluntad, deseos y preferencias. Esta forma de configurar la protección supone el empoderamiento y respeto de la persona concernida en una doble vertiente, por un lado, tiene un contenido negativo de no intervención o invasión y, por otro, un contenido positivo que comprende la puesta a su disposición de ciertos medios o instrumentos que la persona necesite, lo que se plasma en un derecho al apoyo como instrumento necesario para que la persona dependiente pueda elegir una forma de vida.

Desde un punto de vista técnico, sin embargo, es cuestión discutible si todas las medidas —voluntarias, la guarda de hecho y la curatela— suponen en igual medida para la persona la entrada en un escenario de

heteronomía en lo que concierne al régimen de sus actos. El Código Civil no indica mucho al respecto, aunque podemos sacar algunas conclusiones aplicando el artículo 1301.4 del Código Civil que regula la anulabilidad de los contratos realizados por persona con discapacidad prescindiendo de los apoyos. Este artículo pone el énfasis en que sean medidas «establecidas» y en que la persona se halle «provista» de apoyos lo que indudablemente nos reconduce a un pronunciamiento formal al respecto, pero ¿se limita a personas sujetas a medidas curatelaes? ¿es aplicable también a las medidas voluntarias o a la guarda de hecho formalizada? En Derecho catalán la anulabilidad por falta de apoyos es un efecto expresamente asociado a la falta de medidas voluntarias y legales (art. 226-5 CCCat) ¿Supone ello admitir supuestos de auto modulación de la capacidad de ejercitar los derechos?. Veremos esta cuestión al presentar las medidas de apoyo de naturaleza voluntaria, dejando para un segundo y tercer epígrafe la guarda de hecho y la curatela.

## 1. MEDIDAS DE APOYO DE NATURALEZA VOLUNTARIA

Las fórmulas de protección basadas en la autonomía de la voluntad tienen su origen en previsiones efectuadas por la persona concernida que anticipa y ordena sus futuras necesidades de apoyo para el momento en que las precise. Son fórmulas amplias y flexibles acordes con el respeto a la libre decisión de la persona que resultan altamente positivas pues permiten a la persona misma tomar decisiones sobre su futura asistencia personal y ordenar el mejor modo de administrar su patrimonio (BELLO, 2011, 400). Ahora bien, parece excesivo darle a un poder preventivo la misma trascendencia sobre la autonomía/heteronomía de la persona que a las medidas judiciales de apoyo que se le hayan impuesto contra su voluntad y aplicando los principios de necesidad y proporcionalidad.

Las soluciones que dependen exclusivamente de la autonomía de la voluntad, autcuratela y apoderamientos preventivos, estaban recogidas antes de la reforma en los artículos 223 y 1732 del Código Civil (redacción dada por Ley 41/2003 de protección patrimonial de las personas con discapacidad)<sup>15</sup>. Sobre esta base se permitía que la persona pudiera tomar decisiones en previsión de su futura incapacidad, algo que ha recibido una buena acogida social<sup>16</sup>. Son figuras respetuosas con la capacidad de autodeterminación de la persona, poseen enorme virtualidad práctica y son muy asequibles. La LAPDECJ les da ahora una mejor ubicación en el Código, capítulo específico (Capítulo II. Medidas voluntarias de apoyo) dividido en dos secciones: «Disposiciones generales» y «De los poderes y mandatos preventivos». Si con estas medidas estuviera bien atendido no sería preci-

so acudir a medidas complementarias dadas por la autoridad judicial las cuales se activarán «solo en defecto o por insuficiencia de estas medidas de naturaleza voluntaria, y a falta de guarda de hecho que suponga apoyo suficiente» (art. 255, párrafo quinto CC).

El alcance de estas medidas y la admisibilidad o no de hipótesis de automodulación o autolimitación del ejercicio de la capacidad (es decir, lo que antes se podía denominar la autoincapacitación) constituyen elementos controvertidos. Abordamos estas cuestiones junto a una somera aproximación a la nueva figura catalana de la asistencia.

#### *A) Los poderes preventivos*

En la sección primera «Disposiciones generales» se da solución al problema de los menores con discapacidad respecto de los cuales se prevé que puedan precisar apoyo una vez alcanzada la mayoría de edad (art. 254 CC). Por su parte el artículo 255 del Código Civil regula el acto formal por el que la persona puede determinar las medidas de apoyo en previsión o apreciación de la concurrencia de circunstancias que pueden dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones que las demás, por el cual la persona puede establecer el régimen de actuación, alcance de facultades de la persona o personas que le hayan de prestar apoyo o la forma de ejercicio, que se prestará conforme a lo dispuesto en el artículo 249 y podrá asimismo prever las medidas u órganos de control que estime oportuno, las salvaguardas necesarias 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 (art. 255 CC tres primeros párrafos). Como puede verse es una regla que da un amplio margen de libertad a la persona para gestionar el mecanismo de apoyo frente a situaciones de futura falta de autonomía.

La sección segunda regula «los poderes y mandatos preventivos» (los *enduring power of attorney*) y con ella se comienza a llenar un vacío legal respecto de la regulación del apoderamiento que hasta la fecha se sustentaba aplicando la regulación del contrato de mandato. Es acertado el artículo 262 del Código Civil que manda aplicar estas normas al caso de mandato sin poder. Se admiten las dos modalidades habituales: el poder con cláusula de ultraactividad (art. 256 CC) y el poder otorgado solo para el supuesto de que en el futuro precise apoyo en el ejercicio de su capacidad (art. 257 CC). Para determinar cuándo comienza la vigencia del poder se dispone la posibilidad de otorgar acta notarial que incorpore un informe pericial en el mismo sentido.

Integrados entre los negocios jurídicos del derecho de familia se entiende que posee los caracteres de personalísimo tanto en su otorgamiento —pues no podrá ser otorgado por representación— como en su ejercicio —pues no admitirá delegación—, y por su trascendencia se exige forma *ad solemnitatem*, algo que era demandado por la doctrina que no consideraba factibles ni los apoderamientos preventivos verbales ni los tácitos por los problemas de ratificación que devienen cuando la persona carece de capacidad (MARTÍNEZ PIÑEIRO, 2009, 24 y 25), mientras que explicitar el poder documentalmente da soporte a la actuación de guarda sobre la persona concernida. Como todo acto jurídico requiere que la persona lo hubiere adoptado con suficiente capacidad. Una vez activo el poder será la medida de apoyo a aplicar si fuere suficiente y se ejercite de forma eficaz o debidamente.

No podemos dudar de que la voluntad del legislador sea la de configurarlas como verdaderas medidas de apoyo en sentido estricto ni tampoco que puedan servir para proveer a la persona de apoyos similares a los que obtendría por el expediente de apoyos. Partiendo siempre de que «todas deberán ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad» (art. 249.1.º in fine CC), solo aquellos poderes que respondan a estos principios estarán integrados dentro del sistema de apoyos, ahora bien, ¿son iguales en efectos jurídicos?, estas medidas voluntarias ¿sitúan a la persona en escenarios de heteronomía en el ejercicio de la capacidad jurídica? Desde la perspectiva del apoderado es clara la legitimidad que obtiene del poder para actuar sobre la esfera del poderdante, ahora bien, desde la perspectiva de la persona con discapacidad su situación resulta poco definida y suscita dudas: ¿Cambia de estado civil por estar ahora sujeta a medidas voluntarias? ¿Se aplica a su actuación la regla de anulabilidad por falta de apoyos? La primera es una cuestión discutible mientras se trate de medidas exclusivamente voluntarias incardinadas en el seno de una relación poderdante-apoderado de lo cual no cabría cambio en el estado civil de la persona. En cuanto a la segunda pregunta, el apoderado dispone de legitimación activa para invalidar contratos realizados sin apoyo pues la misma nace para él del propio poder (representación voluntaria) ahora bien, no podrá actuar contra la voluntad del poderdante que conserva su autonomía, y esto mismo hace dudoso que pueda beneficiarse de la anulabilidad por falta de apoyos quedando con ello liberado de las exigencias probatorias propias de la invalidación de actos viciados (exigencias de prueba del error, dolo, intimidación, etc.) y se le aplicarían reglas de restitución más beneficiosas (*vid.* art. 1304 CC).

En efecto, la regulación de los poderes preventivos es pobre al respecto y requiere ser completada, máxime en la medida en que estamos ante ámbitos del Derecho de la Persona y no dentro del mero ámbito patrimonial. VALLS deduce del nuevo sistema una posible y plausible ampliación de la

labor del notario el cual, auxiliado por determinados profesionales podría autorizar medidas voluntarias para personas que presenten una cierta discapacidad volitiva, evolucionando desde los poderes preventivos clásicos donde se habla de apoderado y poderdante y en el que el apoderado conserva intactas sus facultades, hacia algo nuevo, un «acuerdo voluntario de apoyo», en el que cupieran verdaderas autolimitaciones en distintos niveles «sin imposición externa ni judicial de ningún tipo» (VALLS, 2022, 110). Es dudoso determinar el sentir del legislador estatal al respecto, cierto es que el artículo 257 del Código Civil dispone la activación del poder cuando acaece de facto la situación de necesidad, la cual podrá acreditarse mediante Acta notarial en la que al juicio del notario se suma el informe pericial, pero una interpretación extensa nos situaría en otro escenario, el de la figura catalana de la asistencia que el legislador estatal no ha querido implementar para el Derecho común.

### *B) La autocuratela*

En lo que concierne a la «autocuratela» aparece en una subsección propia (la 1.<sup>a</sup>) en el capítulo dedicado a la curatela (capítulo IV, arts. 271 a 274). Con esta denominación se refiere el acto formal por el que una persona mayor de edad o menor emancipada puede proponer el nombramiento o la exclusión de una o varias personas para el ejercicio de la función de curador (art. 271 CC). Con esta fórmula la misma persona puede concretar y organizar el apoyo, indicar quien lo realizará, así como su forma de control, retribución y la obligación o no de inventario. La STS núm. 734/2021 delimita sus notas jurídicas como negocio jurídico de derecho de familia, personalísimo, inter vivos, solemne, vinculante para el juez, revocable e inscribible y de contenido flexible por admitir que la persona disponga aquello que considere oportuno con respecto al funcionamiento y ejercicio del cargo (FJ 3.º).

Lo dispuesto en este documento va a resultar vinculante para la autoridad judicial que constituya la curatela, quedando a salvo la posibilidad de prescindir de estas disposiciones cuando existan circunstancias graves desconocidas por la persona que las estableció (art. 272 CC). Se advierte una clara inclinación de la jurisprudencia del Supremo por hacer prevalecer la voluntad de la persona expresada en las disposiciones del documento de autocuratela, pues el juez ciertamente deba atender siempre a la voluntad y deseos de la persona concernida. La expresión «atender, en todo caso» significa que, si bien el juez no puede dejar de recabar y tener en cuenta esta voluntad, deseos o preferencias, tampoco habrá de seguirlos siempre y necesariamente como ha sostenido recientemente el Tribunal Supremo



en Sentencia núm. 589/2021: «El texto legal emplea un término polisémico que comprende (...) un doble significado, el de tener en cuenta o en consideración algo y no solo el de satisfacer un deseo, ruego o mandato. Si bien ordinariamente atender al querer y parecer del interesado supone dar cumplimiento a él, en algún caso, como ocurre en el que es objeto de recurso, puede que no sea así, si existe causa que lo justifique» (STS núm. 589/2021). Con todo, la regla general es la voluntad de la persona de forma que para desplazarla se requerirán razones consistentes o de peso, no lo serían por ejemplo las desavenencias entre hijos (STS núm. 706/2021), o incidentes que no acrediten la prueba de un perjuicio patrimonial para la persona en el nombramiento del designado (STS núm. 734/2021).

Es admisible la previsión de varios curadores si bien ello presenta el problema del orden, para lo cual el Código recoge varias reglas, siendo preferido el propuesto en documento posterior o, si están en el mismo documento, el propuesto en primer lugar (art. 273 CC). También se prevé la posibilidad de delegar en el cónyuge u otra persona la elección del curador llegado el caso, siempre que sea indicado en escritura pública (art. 274 CC).

*C) ¿Cabría en el sistema voluntario de apoyos una suerte de auto limitación de la capacidad como la figura catalana de la asistencia?*

Como hemos indicado anteriormente dada la amplitud con que la LAPDECJ refiere al contenido del poder podíamos plantearnos si alcanza a la posibilidad de una suerte de auto limitación de la capacidad (antigua «autoincapacitación»). La doctrina, antes de la actual reforma, llegó a considerar que un Derecho moderno de la persona puede plausiblemente insertar nuevas fórmulas de protección de quien sea vulnerable, débil o frágil, pero no «incapacitable» como es el caso de la figura catalana del asistente o admitir una especie de «incapacitación voluntaria» o auto-incapacitación en los casos en que la persona se sienta necesitada de protección, algo que fue considerado por autores relevantes como una posibilidad sugerente para proteger a las personas no incapacitadas que no pudieran regirse normalmente, como nos indica CASTÁN VÁZQUEZ (CASTÁN VÁZQUEZ, 2001, 355). La LAPDECJ no es clara al respecto, la remisión al artículo 249 del Código Civil en el que se indica que «todas las medidas deberán ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad» (además de respetar los principios de subsidiariedad, temporalidad, revisión necesaria y control fijados en los arts. 249, 250, 253, 258 y 259, 270 CC), sugiere que las medidas de apoyo, para ser tales, es decir en sentido estricto, deben circunscribirse a las necesidades concretas de la persona con discapacidad para la toma de decisiones válida en Derecho (régimen de los actos jurídicos). Aunque son

verdaderas medidas de apoyo un notario nunca podrá autorizar acuerdos que pretendan contener autolimitaciones de exclusión absoluta pues estaríamos ante una incapacitación de facto que no es admisible en nuestro sistema (VALLS, 2022,109).

El Derecho catalán por su parte, sí parece admitir lo que VALLS denominaba contratos de apoyo en la regulación actual de la asistencia, reconfigurada por el Decreto Ley 19/2021, de 31 de agosto<sup>17</sup> como una fórmula de auto modulación o autodelimitación de la propia actuación civil. Antes del referido Decreto Ley esta figura coexistía como un *tertium genus* con la tutela, la curatela y la guarda de hecho<sup>18</sup> pues era una fórmula intermedia y flexible de proveer apoyos para el ejercicio de sus derechos a la persona que se encontrara en una situación de vulnerabilidad no incapacitante (LECIÑERA IBARRA, 2014, 42). La figura se circunscribía a hipótesis ligadas a una cierta disminución de facultades físicas o psíquicas o intelectivas (analfabetos, encarcelados, alcohólicos, drogodependientes, ludópatas, depresivos, hospitalizados de larga duración sin parientes o debilitados por edad y fácilmente sugestionables) sin que pudiera tratarse de personas encuadrables en la capacidad modificada. La coexistencia de la asistencia con otras figuras protectoras que tenían funciones tan similares (guardador de hecho, curador, administrador y el anterior tutor) fue una fuente de problemas como ocurría en Italia (LENTI, 2011, 495) y, de hecho, el esfuerzo delimitador que hizo la norma catalana excluyendo de la asistencia los supuestos de personas a las que se podía modificar la capacidad judicialmente supuso, a la postre, que tuviera una implantación reducida. Algún autor lamentó que no se hubiera implementado en el Derecho común (MAGARIÑOS, 2018, 203).

El Decreto Ley catalán 19/2021 le va a dar un giro copernicano a esta institución y actualmente la asistencia contiene en su seno el grueso del sistema de apoyos reemplazando la tutela, curatela y la patria potestad prorrogada o rehabilitada. Se trata por tanto de una figura reconfigurada, al menos hasta nueva orden, como un sistema curatelar mixto de constitución tanto legal como voluntaria (art. 226-3 CCCat). Varía notablemente en su contenido respecto a la anterior figura que se limitaba a ciertas funciones como velar por el bienestar de la persona asistida (antiguo art. 226-2.2 CCCat) o el desempeño de funciones patrimoniales para determinados actos o incluso la administración ordinaria (antiguo art. 226-2.3 CCCat), mientras que el actual artículo 226-4 CCCat lo reajusta totalmente asemejándolo al de la curatela (art. 42 bis.a.3 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria a partir de ahora LJV<sup>19</sup>) si bien con carácter supletorio respecto de la constituida voluntariamente o del poder preventivo en vigor que sea suficiente. El artículo 226-6 CCCat aplica en este punto las reglas de la tutela en todo lo que no se oponga al régimen propio de la asistencia e interpretadas conforme a la CIDPD.

La medida catalana de apoyo que comentamos conserva fórmulas de constitución voluntaria y está abierta a situaciones en que la persona no precisa apoyos en sentido estricto, es decir, no tiene discapacidades limitadoras de su aptitud para consentir. Así lo indica en la exposición de motivos que desvincula esta figura (en su forma original) de las disminuciones incapacitantes de las facultades físicas o psíquicas de la persona y por tanto los supuestos de falta de capacidad, luego la constitución notarial de la asistencia puede reconducirse a estos supuestos. La constitución voluntaria y la aplicabilidad a discapacidades no incapacitantes significa que puede proveerse de apoyos formales a la persona, asociando la anulabilidad a la falta de asistencia en cualquier de sus clases (art. 226-5 CCCat). ¿Cuál sería fundamento de su invalidez? En su momento RIBOT sostuvo que la anulabilidad del negocio realizado sin asistencia era un efecto vinculado a una determinada estructura negocial defectuosa (RIBOT, 2014, 60), pero ahora podría entenderse que es efecto de la posición de heteronomía en la que queda el sujeto respecto al ejercicio de su capacidad jurídica resultando poco clarificado. También sigue planteando dificultades la cuestión de su extinción (art. 226-8 CCCat, anteriormente 226-5 y referido ahora a la asistencia constituida notarialmente) pues, al tener su origen en un acto de la voluntad, debería poder extinguirse por su decisión, algo no recogido expresamente y que debiera admitirse si entendemos que la persona conserva su capacidad (RIBOT, 2014, 58).

## 2. LA GUARDA DE HECHO

La guarda de hecho es una medida informal o *de facto* que remedia situaciones en que la persona no tiene establecidos formalmente apoyos en sentido estricto y los precisa. Nos situamos ante hipótesis de incapacidad de hecho del guardado. Su mayor utilidad es la de solucionar de forma natural las necesidades de la persona que no puede valerse por sí misma y permite mantener su *status quo* gracias a las gestiones del guardador. Es la solución idónea, por ejemplo, para las personas de avanzada edad pues permite mantener el estado de cosas que ellas mismas determinaron cuando podían y que puede continuar con naturalidad y sin fricciones (si ella misma colabora en su cuidado, facilita la labor del guardador, está de acuerdo y a gusto con esta situación) bajo el cuidado y supervisión de sus familiares cercanos. Tiene dos presupuestos: la necesidad de la persona de ser guardada por mor de su discapacidad y la actuación voluntaria del guardador que asume su protección.

La nueva regulación de la guarda es el colofón de un proceso que se veía venir tras las leyes 15/2015 de jurisdicción voluntaria, 26/2015 de protección de la infancia y la adolescencia<sup>20</sup> y Ley 4/2017, de 26 de junio de reforma de las anteriores<sup>21</sup> que la habían fortalecido y ahora se le da un carácter

permanente. El guardador *per se* no necesita investidura judicial formal por lo que ejercerá su función de forma continuada cuando no existan medidas de naturaleza voluntaria o judicial de apoyo o existan, pero «no se estén aplicando eficazmente» (art. 263 CC). Suscita interés su naturaleza o singularidad dentro del sistema de apoyos que va más allá de labores de mero cuidado (a diferencia por ejemplo del pacto de acogida de personas mayores en la Ley foral navarra)<sup>22</sup> y la delimitación de la actuación del guardador.

*A) Naturaleza de la guarda de hecho como medida de apoyo*

SOLÉ critica que la LAPDECJ haya encajado la guarda de hecho como una figura de origen legal (tal y como parece deducirse del art. 250 CC) pues la considera más próxima a las medidas de origen voluntario al entender que solo se le pueden reconocer efectos como tal guarda cuando proceda de la voluntad de la persona con discapacidad, lo contrario no casaría bien con los principios de la CIDPD (SOLÉ, 2021, 21 y 22). Ciertamente la figura de la guarda incorpora elementos volitivos muy relevantes como la voluntariedad o aceptación de la situación por parte de la persona con discapacidad y la voluntad del guardador. Puede decirse que la guarda se apoya siempre en una relación querida y voluntaria por ambas partes, a caballo entre los mandatos tácitos (que generan hipótesis de representación indirecta) y las figuras cuasinegociales o cuasicontractuales similares a las reguladas en el artículo 1887 del Código Civil con efectos *ex lege* pero en este caso centrada en la protección de quien padece déficits en el ejercicio de su autogobierno.

Por lo dicho ni es una medida de apoyo que encuentre su origen plenamente en la voluntad de la persona ni genera obligaciones puramente convencionales sino obligaciones legales que requieren vías de control de los actos del guardador y tiene fisonomía propia. La falta de constitución formal deja a la guarda en una suerte de indigencia jurídica difícil de arreglar pues, como indica PALLARÉS, es de imposible configuración legal por su propia naturaleza (PALLARÉS, 2022, 268) y su aplicación dependerá mucho de cómo se entienda la labor del notario en el nuevo sistema de apoyos.

Eso sí, tiene gran flexibilidad derivada de su carácter informal por lo que abarca ampliamente las necesidades del guardado sin que esté obligado el guardador a poner el hecho en conocimiento de la autoridad judicial. El legislador dispone garantías apropiadas, como el deber de continuar en el desempeño del cargo, o el de informar sobre su actuación cuando sea requerido para ello: a) el nuevo artículo 263 del Código Civil recoge el deber del guardador de continuar en el desempeño de su función, aunque puede desistir poniéndolo en conocimiento de la entidad pública del respectivo territorio para que se ocupe de ellas (art. 267.3.<sup>a</sup> CC) que nos recuerda al deber del

gestor oficioso, del artículo 1893 del Código Civil de continuar su gestión hasta el término del asunto o a requerir al interesado para que le sustituya, aunque no olvidemos que en nuestro caso estamos en un ámbito personal y no meramente patrimonial, b) respecto al deber de acreditar la bondad de sus gestiones podrá requerirse al guardador para que informe de su actuación (art. 265 CC) en cualquier momento, de oficio, a solicitud del Ministerio Fiscal o a instancia de cualquier interesado. El carácter cuasinegocial de la asunción voluntaria de la guarda que nos remite a derechos y obligaciones para el guardador de naturaleza cuasicontractual, la sitúa, por tanto, en la órbita legal. También de la ley nace para el guardador el derecho al reembolso de los gastos que haya pagado de su bolsillo y justifique debidamente y a la indemnización de los daños derivados de la guarda que serán abonados con el patrimonio del guardado como señala el artículo 266 del Código Civil.

El ejercicio de la guarda puede llevarse a cabo a través de personas físicas o jurídicas. En este último caso pueden encomendarse a entidades públicas o privadas de atención a personas con discapacidad como soluciones que han emergido en la práctica con vistas a garantizar el previsible cese de la guarda por el familiar (imposibilidad del que actualmente esté ejercitando las funciones de guarda, escasez de familiares que puedan atenderlo, etc.) y que pasa a ser realizada por una entidad. Esta solución, conocida como «pretutela» (hoy diríamos precuratela) no está propiamente regulada en nuestro Derecho, pero se abre con nombre propio en los foros jurídicos. LEGERÉN-MOLINA la define como la relación establecida entre una persona, su familia y una entidad (persona jurídica) que será quien finalmente se hará cargo de su guarda (LEGERÉN-MOLINA, 2014, 1621). Se facilita con ello el tránsito entre la situación actual y la futura y viene favorecida por la anuencia o aceptación de la persona incapaz. Suelen ser soluciones previstas por padres o hermanos de quienes precisan apoyos intensos y no pueden proporcionárselos con soluciones continuistas<sup>23</sup>. La existencia de una pretutela orientará la futura decisión del juez en beneficio de esta institución a la hora de nombrarle un curador con funciones representativas. También se habla de pretutelas referidas a la guarda de hecho asumidas espontáneamente por las entidades tutelares (ahora curatelaes) cuando reciben noticia de una persona con discapacidad en situación de riesgo. En estos casos deberá instarse una formalización de la guarda a cargo de estas instituciones y con los ajustes al ejercicio de la capacidad que deban proveerse.

### *B) La actuación del guardador*

El legislador ha habilitado al guardador para realizar válidamente ciertos actos sin necesidad de acreditar su representación, veamos a *grosso modo*

algunos de ellos: a) la guarda, de suyo, le permite realizar toda actuación que no requiera acreditar la representación, incluyendo en este punto actos de naturaleza tanto personal como patrimonial y en este sentido el artículo 264 párrafo 3.º del Código Civil le permite, sin precisar autorización judicial, solicitar «una prestación económica a favor de la persona con discapacidad, siempre que esta no suponga un cambio significativo en la forma de vida de la persona» o realizar actos jurídicos «sobre bienes de esta que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar» como actos de menor intensidad patrimonial, que permiten no sobrecargar al guardador ni colapsar la justicia con autorizaciones de actos de escasa entidad, aunque esto ha sido objeto de críticas (MAGARIÑOS, 2018, 214), b) El guardador está legitimado desde la Ley 41/2003 «para solicitar y obtener de los organismos públicos la información jurídica y económica de relevancia patrimonial y contable que resulte de interés para el ejercicio de sus funciones», una previsión que ha sido interpretada restrictivamente hasta la fecha por entender que el acceso a la información económica afecta a un derecho fundamental de la persona y «solo podrá ser recabada cuando el guardador haya sido requerido judicialmente para que informe sobre el estado del guardado» (LECIÑENA, 2014, 87), pero que posiblemente deba ser reinterpretado a la luz de la LAPDECJ, c) En el ámbito personal, el guardador puede tenerse por legalmente habilitado para realizar actos ordinarios en los que se mantenga el estatus y estilo de vida del guardado, si bien deberá hacerlo conforme a los deseos y preferencias de la persona con discapacidad. Por el contrario, para realizar actos de trascendencia personal o familiar, cuando la persona afectada no pueda hacerlo por sí misma, será preciso obtener autorización judicial, dejando a salvo lo dispuesto legalmente en materia de internamiento, consentimiento informado en el ámbito de la salud o en otras leyes especiales (art. 287.1 CC). En este punto la Ley de Autonomía del Paciente (LAP)<sup>24</sup> permite a las personas vinculadas al paciente «por razones familiares o de hecho» obtener información sobre la salud de la persona concernida o prestar el consentimiento por representación en ciertos casos (art. 5.1, 5.3 y 5.4 y art. 9.2 y 9.3 LAP y en normativa autonómica<sup>25</sup>).

Además de estas actuaciones, la LAPDECJ permite asignarle al guardador funciones representativas pudiendo actuar con mayor alcance con autorización judicial (art. 264.1). Esto no resulta completamente novedoso pues, antes de la reforma, ya se permitía atribuirle al guardador funciones con un cierto carácter de permanencia siempre que fueran tasadas y dotadas de un adecuado control de su actuación, migrando hacia una suerte de «guarda de derecho» (GARCÍA GARNICA, 2017, 1398). En 2015 el antiguo artículo 303 del Código Civil regulador de la guarda fue reformulado para explicitar que el juez podía dotar al guardador de hecho de

facultades tutelares sobre el incapaz natural no incapacitado, cubriendo el vacío legal que había quedado tras la reforma del artículo 239 bis del Código Civil, (asunción de tutela por entidad pública que se limitaba a los casos en los que la persona tuviera su capacidad ya modificada). En sede judicial los jueces podían arbitrar «la guarda o cualquier otro que resulte adecuado» (STS núm. 597/2017 de 8 de noviembre) como medio de apoyo más conveniente para el declarado incapaz, (además de, entonces, la tutela, la curatela y el defensor judicial).

Las habilitaciones al guardador para la representación a través de expediente de jurisdicción voluntaria se presentan como algo excepcional, cabe aplicarlas si hubiera necesidad y en los términos y con los requisitos adecuados a las circunstancias del caso (art. 264.1 CC). Como en toda actuación representativa el guardador deberá actuar de conformidad con la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, lo que significa que deberá realizar su función de la manera en la que mejor pueda ella participar. Lógicamente, si se tratara de los actos recogidos en el artículo 287 del Código Civil se precisaría en todo caso autorización judicial en coherencia con la curatela.

La necesidad de habilitación legal nos conduce a valorar el tratamiento que cabe dar a los actos realizados por el guardador sin autorización judicial cuando esta sea precisa (¿serían nulos o anulables?). En este punto se podrían aplicar las soluciones jurisprudenciales de la teoría del negocio incompleto, que son las más recientemente elaboradas por nuestra jurisprudencia para los negocios realizados por los padres y los tutores sin autorización judicial. La STS de 22 de abril de 2010 en su fundamento jurídico quinto explica en qué consiste esta expresión, se tiene por un acto de eficacia provisional, que queda pendiente de la autorización judicial o bien de la ratificación del interesado, y si tal cosa no aconteciere el acto sería inexistente. Desde la perspectiva del guardado, la existencia de la guarda podría afectar a su ejercicio heterónomo si se le hubiera establecido o reconocido formalmente esta medida.

### 3. LA CURATELA

La curatela «es la principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad» (EM núm. III) y procederá cuando no exista otra medida de apoyo suficiente (art. 269 CC), es decir, si no hubiera medidas voluntarias o si la guarda de hecho hubiera de extinguirse por voluntad del guardado, por desistimiento del guardador o porque la autoridad judicial así lo decidiera (art. 267 CC). Sustituye a la tutela (así como la patria potestad prorrogada y rehabilitada) que, como indicó PALLARÉS



NEILA, era mejor reservar para al menor de edad en exclusiva, como hacía el Derecho Romano y recogió el proyecto de GARCÍA GOYENA de 1851 (PALLARÉS, 2016, 4-11).

*A) La curatela como principal medida de apoyo de origen judicial*

Antes de la reforma se trataba de una institución secundaria, a la sombra de la tutela, como un recurso de intensidad menor que ofrecía un apoyo puntual de contenido básicamente patrimonial (DE LA IGLESIA, 2018, 453) a modo «de complemento de capacidad y no de representación o sustitución del consentimiento del tutelado» (DE COUTO, 2018, 112). MORENO QUESADA sostuvo, atendiendo a la regulación de 1983 recién vigente entonces, que ni es factible una curatela meramente personal ni cabe dotarla de facultades representativas, entendiendo que «curatela solo de persona no la hay» y que el curador no es administrador ni representante del curatelado (MORENO QUESADA, 1985, 309-311). También el Tribunal Supremo adoptó una posición restrictiva considerando que el curador no representa, sino que asiste y protege con su apoyo o intervención en aquellos actos que realice el incapaz y estén especificados en la sentencia pues el curador «no suple la voluntad del afectado, sino que la refuerza, controla y encauza, complementando su deficiente capacidad» (SSTS núm. 995/1991 y núm. 341/2014).

Esto nos muestra el reducido alcance del servicio que la curatela estaba destinada a realizar reservada para casos menores que no siempre llegaban a sustanciarse ante los tribunales y, por tanto, de escasa aplicación práctica. Su característica básica era garantizar a la persona sus espacios de autonomía y capacidad de decidir sobre sí misma y sobre el destino de sus medios económicos<sup>26</sup> reduciendo a casos concretos los supuestos para los que precisaba asistencia (que no representación) del curador. Este enfoque hizo que se viera en ella una figura de apoyo más acorde a la CIDPD por lo que tras la ratificación de la Convención se fue fortaleciendo en diversas formas, por ejemplo en 2015 se unificó con la tutela en lo concierne al procedimiento y las reglas sobre prestación de fianza, aceptación y toma de posesión del cargo, formación de inventario, derecho de retribución y la rendición de cuentas se hicieron comunes para ambas instituciones (arts. 44 a 51 LJV) y jurisprudencialmente se le comenzaron a otorgar funciones personales o representativas (STS núm. 373/2016 de 3 de junio) consolidando el avance que la reforma de 1983 había dado a las instituciones de guarda, en lo que, en palabras de MARTÍNEZ DE AGUIRRE, significaba un «giro personalista» (MARTÍNEZ, 2010, 209), convergiendo en su ámbito de protección y difuminando en parte los lindes con la tutela. Los esfuerzos por

enriquecer la curatela tras la CIDPD estaban ya en la mente de la Fiscalía General del Estado que veía en ella instrumento más idóneo para el apoyo y asistencia de las personas con discapacidad en su Instrucción 3/2010<sup>27</sup> y en numerosos autores (LASARTE, 2015, 211; MEDRANO, 2016, 12-32).

La doctrina en su momento se mostró favorable a que le pudieran ser encomendadas labores representativas (DE SALAS, 2013, 17). GETE-ALONSO, apoyándose en la flexibilidad del artículo 289 del Código Civil, consideraba que el juez podía crear supuestos intermedios entre la tutela y la curatela entendidas estas de modo rígido, «de forma que la asistencia del curador puede comportar representación legal e incluso administración legal del patrimonio del incapacitado» (GETE-ALONSO, 1986, 701). Los autores entendieron que podía superarse el axioma tutela = representación con suplencia de la persona e incapacitación total, por un lado, y curatela = asistencia o mero complemento de la capacidad de obrar, incapacitación parcial, por otro. En el ámbito de algunas comunidades aforadas, se indicaba expresamente la posibilidad de que el curador realice funciones representativas como la Ley aragonesa 13/2006, de 27 de diciembre<sup>28</sup> o el artículo 223-6 del Código Civil de Cataluña<sup>29</sup>.

Tras la LAPDECJ la curatela abarca (y se adapta a) todas las situaciones en las que la persona no pueda tomar las decisiones sola. El juez dispone de gran libertad para ajustar la medida a las necesidades de la persona, incluida la representación. Por principio la curatela debe tenerse como un oficio asistencial cuando ello baste, lo que acaece singularmente cuando la persona conserva un grado de discernimiento, capacidad volitiva y equilibrio y está en «condiciones de regir su cotidianidad con suficientes garantías para ella misma y sin riesgo para tercero» aunque precisamente por padecer una enfermedad se les dota de «asistencia para los actos de gestión patrimonial de una cierta complejidad» (SAP Barcelona 313/2008). El nombramiento del curador se prevé dentro de un procedimiento de provisión (o de modificación) de apoyos y requerirá una resolución motivada en la que se determinen los actos para los que la persona requiere asistencia, reservándose la representación para «casos excepcionales» (art. 269 CC).

Al igual que en la regulación anterior cabe nombrar curador a personas jurídicas algo que fue incorporado al Código Civil en la reforma de 1983 y que son capaces de proveer con eficacia soluciones de guarda de la persona con discapacidad (MARTÍNEZ DE AGUIRRE, 2010, 218). Con los avances en la profesionalización de estos oficios, hoy en día son numerosos los casos de instituciones sin ánimo de lucro que ostentan cargos tutelares (curatelares) y disponen de estructura organizativa, experiencia, medios y recursos para realizar su servicio dentro del paradigma de la Convención (BLANCO, 2016, 161).

*B) La curatela representativa*

Al suprimirse la tutela (al igual que la patria potestad prorrogada y rehabilitada) la curatela va a ocupar su espacio normativo por lo que atañe a la persona mayor de edad con discapacidad. Ello ha obligado a introducir expresamente la función representativa dentro de la curatela, lo cual ha sido aplaudido por la doctrina (PEREÑA, 2018, 67; CUADRADO, 2020), y es conforme a la opinión de las fundaciones tutelares que ven en la representación un instrumento idóneo para la protección, ejercicio y defensa de los derechos de las personas que sufren trastornos mental graves que hayan perdido su capacidad de autogobierno (MEMORIA, 2018, 55)<sup>30</sup>.

Eliminar de plano la tutela sin arbitrar alguna institución con facultades representativas habría resultado una solución ineficaz cuando la persona concernida estuviera en situación de necesitarla. Desde la perspectiva del discapaz puede considerarse incluso como un derecho «a que una tercera persona tome decisiones en su nombre velando por sus intereses» (CUENCA, BARRANCO y RAMIRO, 2012, 76-77). Como indicaban ÁLVAREZ LATA y SEOANE la tutela (entiéndase ahora la curatela representativa) puede ser también un «nivel de apoyo necesario, ajustado y proporcionado» (ÁLVAREZ LATA, SEOANE, 2010, 23).

La reforma recoge también la posibilidad de una curatela con funciones representativas plenas. La fijación de esta medida requerirá dejar explícitos los actos concretos sobre los que se extenderá la representación, sin que pueda la sentencia incluir meras prohibiciones de derechos, aunque claramente podría abarcar una pluralidad de actos (art. 288 CC). Ahora bien ¿existen diferencias sustanciales entre la actual curatela con funciones de representación plena y la antigua tutela del incapaz? Necesariamente debe haberlas, aunque se trate sobre todo de la forma en la que debe actuar el curador y su carácter residual como se ha indicado anteriormente.

#### IV. EL PRINCIPIO DE RESPETO A LA VOLUNTAD, DESEOS Y PREFERENCIAS DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD

El número de veces que este principio aparece en la LAPDECJ es buena muestra de que el objetivo de la participación del sujeto afectado por la discapacidad y la actuación conforme a sus deseos y preferencias están en el corazón del nuevo sistema de protección civil de la persona con discapacidad, de ahí que merezca tener singularidad en este trabajo. El principio estaba recogido en la Ley General de derechos de las Personas con discapacidad (a partir de ahora LGDPD)<sup>31</sup> integrado en la relación de principios de actuación cuando se refiere al «respeto de la dignidad inherente, la

autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas» (art. 3.a LGDPD). También la jurisprudencia<sup>32</sup> se había esforzado en los últimos tiempos por explicitar en las sentencias la obligación del tutor y curador de respetar en su actuación los deseos, la voluntad y preferencia de la persona, procurándose en sede judicial que las restricciones y ajustes a la capacidad respondan a las necesidades de la persona y su protección de manera que esta pudiera seguir siendo «protagonista activo en el desarrollo de su proyecto vital»<sup>33</sup>.

El principio de respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad se entendía dirigido a que estas tengan «su propia autonomía e independencia y sus habilidades, tanto en el ámbito personal como familiar, que le permitan hacer una vida independiente, poder cuidar de su salud, de su economía y ser consciente de los valores jurídicos y administrativos, reconociendo y potenciando la capacidad acreditada en cada caso»<sup>34</sup>. Ahora bien, ¿cómo debe interpretarse y qué alcance tiene este principio en el actual sistema de apoyos?

#### 1. EL PRINCIPIO DE ACTUACIÓN CONFORME A LOS DESEOS Y PREFERENCIAS DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD

La actuación de los sujetos que prestan apoyo estará transida de respeto hacia la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, lo que se traduce en un nuevo enfoque basado en el acompañamiento a la persona con capacidad dispar para la expresión de su voluntad (PEREÑA, 2016, 19). El acompañamiento comprenderá cinco actuaciones: primero escucharle, segundo informarle de manera comprensible y objetiva sin manipulación, filtración u omisiones, tercero explicar y resolver las dudas que pueda tener, cuarto respetar sus ritmos y tiempos, por último, acompañar en la expresión de la voluntad aceptando el derecho de la persona a cambiar de opinión (PEREÑA, 2016, 36). Este enfoque contribuye a dignificar a la persona, frente a posturas asfixiantes que en el pasado pudieron llevar a arrinconarla. De ello se deduce que el prestador de apoyo no puede limitarse a desplegar meras funciones administrativas, de representación o de administración sino comprometerse con el proyecto personal del discapacitado (FILLAT y PINAR, 2016, 15) y, por supuesto, no puede prevalecerse de su posición para someter a la persona con apoyos a un control que estrangule su vida. Con ello el nuevo sistema busca favorecer su integración y participación en la vida social como objetivo fundamental de la CIDPD (ARSTEIN y FLYNN, 2016).

De este principio deriva la preferencia por las actuaciones meramente asistenciales y de acompañamiento a las personas en su propio proceso

de toma de decisiones, ayudándola a comprender y razonar y facilitando la expresión de sus preferencias y «cuando no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona» se acudirá a la representación teniendo siempre, « en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación» (fragmentos del art. 249 párrafos 2 y 3 CC). Por tanto, la persona con discapacidad debe poder participar en las decisiones que se tomen sobre ella, incluso cuando haya una reducida capacidad para el autogobierno, quedando obligado el que ejerce las funciones «a integrar en la mayor medida de lo posible a la persona con discapacidad en el proceso de toma de decisiones» (ÁLVAREZ y SEOANE, 2010, 24).

Y si como regla general hay que procurar en cada acto y en todos ellos que la persona con discapacidad pueda prestar consentimiento personalmente, aunque se requiera también que otro consienta juntamente con él, como manifestación de su deber de vela (JIMÉNEZ, 2014, 1590— refiriéndose al ámbito sanitario) cuando ello no sea posible, el representante deberá decidir desde las opciones vitales que habría tomado la persona con discapacidad. Esto último no puede significar, sin embargo, que el representante esté abocado a realizar un esfuerzo puramente imaginativo, inventivo o taumatúrgico, sino que debe tener un fundamento sólido sobre el que se pueda cimentar (parafraseando a CUADRADO, 2020, 41), de ahí la importancia de valorar el lugar que debe darse al principio del interés superior de la persona con discapacidad como criterio válido de actuación para el que presta apoyo.

## 2. EL INTERÉS SUPERIOR DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD Y EL DERECHO A EQUIVOCARSE

El principio de actuación conforme a la voluntad, los deseos y las preferencias de la persona concernida tiende a desplazar en la nueva regulación el criterio del interés superior de la persona con discapacidad en el sentido de su interés objetivo (BERCOVITZ, 2001, 453). Así se debe entender de la interpretación realizada por la Observación General Primera 2014 (ap. 21) que indica que «el paradigma de la voluntad y las preferencias deberán reemplazar al del interés superior para que las personas con discapacidad disfruten del derecho a la capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás». En esta línea la LAPDECJ en su versión final elimina la referencia contenida en el Proyecto a los «actos de administración ordinaria que resulten beneficiosos para el guardado».

Ahora bien, el interés superior es un concepto jurídico indeterminado ampliamente aceptado como criterio de actuación en nuestras leyes. A título de ejemplo mencionamos el artículo 60.3 LJV que lo recoge en relación al expediente de autorización judicial del consentimiento para las intromisiones ilegítimas al honor, intimidad y propia imagen de una persona con discapacidad con medidas de apoyo o el artículo 63 de la Ley andaluza de Derechos y atención a las personas con discapacidad<sup>35</sup> que define el interés superior como «el derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado». También la jurisprudencia lo ha recogido y llega a definirlo como la «suma de distintos factores que tienen en común el esfuerzo por mantener al discapaz en su entorno social, económico y familiar en el que se desenvuelve» (SSTS núm. 269/2021 y núm. 304/2021).

La doctrina más reciente entiende que el interés superior no puede quedar descartado como principio de actuación y por tanto el juez no puede prescindir totalmente de él (SANCHO GARGALLO, 2022, 64). Eso sí, ahora ocupa un nuevo lugar en el panorama del sistema de apoyo quizá limitado a los supuestos de grave riesgo, pero igualmente exigible dado que el prestador de apoyos siempre debe actuar como «persona cabal», es decir, como actuaría la generalidad de las personas honestas en circunstancias similares, oyendo a la persona con discapacidad, pero guiándose por su interés superior en los casos de riesgo. El mismo sistema de apoyos incluye elementos heterónomos capaces de imponer al guardado aquel protocolo saludable que necesite, aunque no lo quiera o rechace siempre que sea necesario, siendo lo contrario sería un absurdo jurídico. LEGERÉN-MOLINA considera que el «peligro objetivo» para la persona en su dimensión personal o patrimonial es un límite al derecho a equivocarse pudiendo en este caso acudir a la autoridad judicial para que establezca medidas adecuadas, un peligro que es más que un simple perjuicio objetivo pues este estaría amparado por el derecho a equivocarse (LEGERÉN-MOLINA, 2019, 191).

Así pues, el sistema de apoyos no puede despojarse completamente del criterio de interés superior para las decisiones que tome el curador o quien asista, ni se puede interpretar que al guardador o curador ha pasado a ser un mero *nuntius* o mensajero de la persona con discapacidad en sus funciones representativas. El interés superior puede entenderse como la exigencia de un estándar de actuación (ej. el de «buen administrador» o «buen guardador») y operará de dos maneras, a veces como criterio secundario si no es posible determinar la voluntad de la persona o bien como criterio moderador en los casos de perjuicio grave (CASTÁN, 2022, 225).

Veamos cómo puede aplicarse en los dos ámbitos o esferas de la persona concernida, personal y patrimonial:

- En la esfera personal, el peso de sus deseos y preferencias sobre su salud, vida, honor tienen como límite el del peligro para la salud física, psíquica o moral. Así se deduce por ejemplo de las garantías de la Ley de Autonomía del Paciente respecto al consentimiento dado por representación, el cual solo pueda ser beneficioso para la salud de la persona con discapacidad y como salvaguardia el artículo 9.6 LAP, (añadido por Ley 26/2015), manda poner en conocimiento de la autoridad judicial las decisiones que tomen los familiares sobre la persona que no pueda expresar su voluntad cuando se dé la circunstancia de que tales decisiones sean contrarias a los intereses de esta, con objeto de que se pueda adoptar la resolución correspondiente. En caso de que, por razones de urgencia, no fuera posible obtener tal autorización, serán los profesionales sanitarios los que tomen las medidas necesarias para salvaguardar su vida y salud. *A contrario* y visto en positivo, la conducta del guardador o del curador deberá estar orientada a potenciar las fórmulas que puedan mejorar las aptitudes intelectivas de la persona con el fin de garantizar que ella en el futuro pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo.

- En el ámbito patrimonial, el que actúa en apoyo a la persona con discapacidad debe ser ante todo un gestor honesto, un buen administrador que en previsión de las cuentas que deba rendir de su gestión, atienda a las soluciones más beneficiosas. Ello debe hacerse sin perjuicio de sus deseos y preferencias como elemento integrante del libre desarrollo de su personalidad o su derecho a participar en la toma de decisiones sobre la organización patrimonial de su vida. En este ámbito los valores y preferencias tienen también su función, por poner un ejemplo, un buen gestor no suprimiría las suscripciones a instituciones de beneficencia de su representado, respetando así los deseos y preferencias conforme a sus creencias, pero si se produjeran cambios significativos en la situación económica de este que exigieran cancelar donaciones periódicas, ha de hacerse presumiendo que esta sería la decisión que la misma persona habría tomado de poder hacerlo por ella misma.

## V. CONCLUSIONES

I. El nuevo sistema de apoyos a la capacidad que elimina la antigua incapacitación puede tenerse por una solución coherente y adecuada a los postulados del artículo 12 de la Convención Internacional de los Derechos de las personas con discapacidad y ofrece vías menos invasivas para la esfera de decisión de la persona. En su conjunto, con su enfoque amplio y respetuoso, da respuesta legal a las dificultades que ciertas discapacidades ofrecen para el régimen de los actos y este aspecto constituye el núcleo del



sistema de apoyos centrado en el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad lo que es más favorable para el objeto de la plena participación social. Sin embargo, como reflejan algunas críticas doctrinales, adolece de imprecisión en el lenguaje con una terminología poco clarificada como acaece al utilizar términos muy generales (ej. «discapacidad» o «apoyos por razón de su discapacidad») o por usar frases ambiguas (ej. «cuando no sea posible determinar la voluntad de la persona» o «persona que presuntamente necesite apoyos»). La doctrina y sobre todo la práctica judicial deberán ir deslindando y concretando de forma apropiada las hipótesis que puedan incluirse en el particular régimen de los apoyos vinculados a incapacidades de hecho para la toma de decisiones.

II. Como la persona con discapacidad puede necesitar para su actuación jurídica apoyos de diversas clases debemos distinguir entre lo que serían meros ajustes o adaptaciones que la persona precisa para obtener la información de forma adecuada a sus aptitudes cognitivas, que posee, o para exteriorizar su decisión, y que tienen un menor alcance y lo que serían auténticos apoyos al ejercicio de la capacidad en sentido estricto circunscritos a déficits en la voluntad. El sistema de apoyos se concreta en este segundo tipo en el que la persona está desvalida en su propio proceso deliberativo interno por falta de aptitudes relacionadas con la toma de decisiones. Es en esta situación donde cabe imponerle a la persona actuaciones legales no consentidas por ella, pero necesarias para su protección. Así pues, detrás de la amplitud terminológica empleada por la Ley es necesario concretar la especificidad del nuevo sistema de apoyos en las hipótesis de «apoyos en sentido estricto» distinguiéndolo de otro tipo de ajustes o apoyos en sentido amplio.

III. Esta diferencia entre clases de apoyos implica reconducir la impugnabilidad de los actos realizados sin apoyos en sentido amplio hacia un ámbito distinto, el de los vicios del consentimiento pues si bien se trata de ajustes que la persona necesita para la expresión de la voluntad y de hecho son importantes para la correcta conformación de la voluntad, no implican ejercicio heterónomo de su capacidad jurídica ni colocan a la persona en una situación general de protección o estado civil propio. La falta de este tipo de ajustes (en sentido amplio) se reconduce a los vicios del consentimiento cuya prueba puede resultar más o menos dificultosa dependiendo de la excusabilidad del error o de la prueba del dolo o de la intimidación. Por el contrario, las medidas del sistema de apoyo propiamente dicho poseen nombre propio y tienen asentada su vía de impugnabilidad en un numeral propio del artículo 1301 del Código Civil, el cuarto.

IV. Las medidas de apoyo en sentido estricto se concretan en las siguientes posibilidades: poderes preventivos y otras medidas voluntarias, guarda de hecho, curatela y defensor judicial. El establecimiento formal

de medidas dotadas de estabilidad, aunque temporales y revisables, que modulan el ejercicio de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad, origina estadios de heteronomía dotados de cierta permanencia que bien pueden sugerir la existencia de un estado civil de persona dotada de apoyos. Ello no significa merma o limitación de su capacidad jurídica, ni en la titularidad de derechos, tampoco cabe entender que la persona pierda aptitud abstracta para tomar decisiones la cual conserva plenamente, sino que opera en un plano inferior, el de los requisitos de validez de los actos (o de categorías de actos) que no implican minusvaloración de la persona en su consideración jurídica.

V. Los poderes preventivos tienen aplicación preferente en el sistema de apoyos sin embargo es dudoso que puedan utilizarse para generar fórmulas de auto modulación o auto delimitación arbitrarias de la propia actuación civil (autoincapacitación). Solo podremos tenerlas por medidas de apoyo cuando respondan a necesidades de la persona con discapacidad para la toma de decisiones válidas en derecho. El Derecho catalán parece haber optado por una solución más integrada al unificar en una sola figura, la Asistencia, dos fórmulas antes separadas (una referida a vulnerabilidades no incapacitantes y otra a la provisión judicial de apoyos en sentido estricto).

VI. La nueva regulación da impulso a instituciones antes secundarias como la guarda de hecho que es revitalizada al eliminarle las dosis de provisionalidad contenidas en la regulación anterior y se convierte en el mecanismo adecuado cuando la persona esté siendo cuidada sin conflicto por un familiar lo que hace de ella una institución nuclear en el nuevo sistema. La Ley da amplias posibilidades de actuación al guardador incluso en ámbitos con especial significación para la persona, requiriendo en este último caso de habilitación judicial (art. 264 CC). Como la guarda se cimienta en la voluntariedad o aceptación consciente por el guardado de dicha situación está a caballo entre las medidas voluntarias y las legales, ahora bien, de ello no podemos colegir que la guarda sea una suerte de representación voluntaria o mandato tácito, se trata de un supuesto de representación legal teñido de obligaciones dimanantes de la ley de distinto cariz que la representación voluntaria.

VII. La curatela, por su parte, es la medida a aplicar como resultado de los procedimientos de provisión de apoyos (vía expediente de jurisdicción voluntaria vía procedimiento litigioso). Su constitución marca necesariamente el estado civil de actuación heterónoma de la persona con discapacidad en el ejercicio de la capacidad jurídica y determina una situación de protección fuerte de la persona afectante al contexto en el que su vida se desarrolla. Todas las medidas se reenfozan hacia el acompañamiento y la búsqueda del consenso de la persona, que participará en la toma de decisiones que le afecten y esto es, sin duda, una solución más respetuosa con la persona.

VIII. Finalmente, respecto al criterio del interés superior no puede entenderse completamente suprimido en el sistema de apoyos y sustituido por el principio de actuación según la voluntad, deseos y preferencias de las personas con discapacidad. Se le deben aplicar al prestador de apoyos los cánones del buen administrador o del gestor honesto y deberá dar soluciones cabales a las necesidades de cuidado y asistencia personal del guardado.

## VI. REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

- STS (Sala Primera) núm. 995/1991, de 31 de diciembre (*RJ* 1991, 9483)
- STS (Sala Primera) núm. 282/2009, de 30 de marzo (*RJ* 2009, 2901)
- STS (Sala Primera) núm. 225/2010, de 22 de abril (*RJ* 2010, 2380)
- STS (Sala Primera) núm. 341/2014, de 1 de julio (*RJ* 2014, 4518)
- STS (Sala Primera) núm. 244/2015, de 13 de mayo (LA LEY 54799/2015)
- STS (Sala Primera) núm. 553/2015, de 14 de octubre (*RJ* 2015, 4755)
- STS (Sala Primera) núm. 373/2016, de 3 de junio. (*RJ* 2016, 2311)
- STS (Sala Primera) núm. 597/2017, de 8 de noviembre (*RJ* 2017, 4760)
- STS (Sala Primera) núm. 269/2021, de 6 de mayo (*RJ* 2021, 2381)
- STS (Sala Primera) núm. 271/2021, de 10 de mayo (*RJ* 2021, 1990)
- STS (Sala Primera) núm. 304/2021, de 12 de mayo (*RJ* 2021, 2137)
- STS (Sala Primera) núm. 589/2021, de 8 de septiembre (*RJ* 2021, 4002)
- STS (Sala Primera) núm. 706/2021, de 19 de octubre (*RJ* 2021, 332114)
- STS (Sala Primera) núm. 734/2021, de 2 de noviembre (*RJ* 2021, 342663)
- ATS, de 11 de diciembre de 2008 (*RJ* 2009, 288)
- ATS, de 19 de mayo de 2009 (*RJ* 2009, 2927)
- ATS, de 21 de enero de 2009 (*RJ* 2009, 553)
- ATS, de 11 de mayo de 2010 (*RJ* 2010, 3691)
- ATS, de 3 de febrero de 2011 (*RJ* 2011, 4383)
- SAP Barcelona (sección 18.<sup>a</sup>), núm. 313/2008 de 7 de mayo (*JUR* 2008, 20556)

## VII. BIBLIOGRAFÍA

- ADROHER BIOSCA, S. (2019). La protección de adultos en el Derecho internacional privado español: novedades y retos. *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 71/1, 163-185.
- (2021). La protección de adultos en el Derecho internacional privado español: novedades y retos. En *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad. El Derecho en el umbral de la Política*. Madrid: Marcial Pons, 157-173.

- ÁLVAREZ LATA, N., SEOANE, J.A. (2010). El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad. Una revisión de los modelos de representación y guarda a la luz de la Convención de los Derechos de las Personas con discapacidad. *Derecho Privado y Constitución*, núm. 24, 11-66.
- ARSTEIN-KERSLAKE, A. (2014). El sistema español en materia de capacidad jurídica: aspectos que faltan y otros sistemas que podrían servir de mejores modelos. Disponible en [www.convenciondiscapacidad.es/Noticias/CapacidadJuridica\\_03032010.doc](http://www.convenciondiscapacidad.es/Noticias/CapacidadJuridica_03032010.doc)
- ARSTEIN-KERSLAKE, A.; FLYNN, E. (2016). The General Comment on Article 12 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities: A Roadmap for Equality Before the Law. *The International Journal of Human Rights*, Volume 20, Issue 4, disponible en <http://ssrn.com/abstract=2779383>.
- BARIFFI, F.J. (2014). El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y sus relaciones con la regulación actual de los ordenamientos jurídicos internos. Tesis doctoral dirigida por Fernando M. Mariño Menéndez. Universidad Carlos III de Madrid, disponible en <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/18991>.
- BELLO JANEIRO, D. (2011). Una mirada crítica sobre la regulación de la autotutela. *La Encrucijada de la Incapacitación y la Discapacidad*, Madrid: La Ley, 353-404.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2021). Prólogo, *Código Civil*, ed. 40, Madrid. Tecnos, (23-25).
- BERENGUER ALBALADEJO, M.C. (2013). Responsabilidad civil de la persona mayor incapaz y de sus guardadores por los daños causados a terceros: especial referencia a la responsabilidad del incapaz en el sistema del *common Law*. *Revista de Derecho Privado*, núm. 6, noviembre-diciembre, 3-51.
- BLANCO ROS, F. (2016). La convención de los derechos de las personas con discapacidad: impacto del artículo 12 en la capacidad jurídica y las figuras de protección en vista de una posible reforma legislativa. *Revista de Trabajo Social*, núm. 207, 155-162.
- CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, S. (2022). La curatela ¿una nueva institución?. Vol. *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio*, Valencia: Tirant Lo Blanc, 219-256.
- CASTÁN VÁZQUEZ, J.M. (2001). La tercera edad y el derecho. *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, núm. 31, 339-360.
- CUADRADO PÉREZ, C. (2020). Modernas perspectivas en torno a la discapacidad. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 777, 13-90.
- CUENCA GÓMEZ, P. (2012). El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad: principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española. *REDUR*, núm. 10, 61-94.
- CUENCA GOMEZ, P., BARRANCO AVILÉS, MC., RAMIRO AVILÉS, M.A. (2012). Capacidad jurídica y discapacidad: el artículo 12 de la Convención de Derechos de las personas con Discapacidad. *Anuario de la Facultad de Derecho*, núm. 5, 76-77.
- DE COUTO GÁLVEZ, R. (2018). Instituciones jurídicas de protección y guarda de menores y de personas con capacidad de obrar modificada judicialmente

- (incapacitado). Cargos tutelares con actuaciones estables: la tutela y la curatela. En vol. *Derecho de las relaciones familiares y de los menores*. Rosa M.<sup>a</sup> De Couto Gálvez, coord. Madrid: Dykinson, 99-122.
- DE SALAS MURILLO, S. (2013). Repensar la curatela. *Revista Derecho Privado y Constitución*, núm. 27, (11-48).
- (2020). ¿Existe un derecho a no recibir apoyos en el ejercicio de la capacidad? *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 760, 2227-2268.
- (2020-II). Inscripción y anotación preventiva de resoluciones judiciales y medidas previstas en las leyes que afecten a la libre administración y disposición de los bienes. En *Tratado de Derecho inmobiliario y registral*. Valencia: Tirant lo Blanch, 931.
- FERRANDO, G. (2011). Las figuras de protección de las personas vulnerables tras la reforma introducida por La Ley 6/2004, de 9 de enero. En J. Pérez de Vargas Muñoz (coord.) *La Encrucijada de la Incapacitación y la Discapacidad*, Madrid: La Ley, 151-189.
- FILLAT DELGADO, Y.; PINAR ÁLVAREZ, A. (2016). Estudio sobre la situación de la tutela de las personas adultas con discapacidad intelectual en España. Servicios de apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica. Madrid: Real Patronato sobre Discapacidad, disponible en: <https://www.sis.net/documentos/ficha/529708.pdf>
- GARCÍA GARNICA, M.C. (2017). La guarda como medida de protección de menores y personas con discapacidad tras su reforma por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. *Anuario de Derecho Civil*, octubre-diciembre, 1375-1421.
- GARCÍA MEDINA, J.; GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (2011). La Protección Jurídico-Civil de la Ancianidad. *Oñati Socio-Legal Series*, Vol. 1, núm. 8, (15 págs.), disponible en <https://ssrn.com/abstract=1968389>
- GETE-ALONSO CALERA, M.C. (1986). La curatela. En *Comentarios a las reformas de Nacionalidad y Tutela*, Madrid: Tecnos.
- GINÉS CASTELLET, N. (2016). La ventaja o explotación injusta en el ¿futuro? Derecho contractual. *Revista InDret*, núm. 4, (1-57).
- INFANTE RUIZ, F. J. (2021). Preguntas y respuestas sobre la virtualidad de la undue influence como vicio del consentimiento. *Revista de Derecho civil*, Vol. VIII, núm. 2, 1-37.
- JIMENEZ MUÑOZ, F.J. (2014). Actuaciones sanitarias, consentimiento de la persona con discapacidad incapacitada y papel del guardador legal. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 744, (1585-1609).
- LACRUZ BERDEJO, J.A., DELGADO ECHEVERRÍA, J.E. (2008). *Elementos de Derecho civil*. I Parte General, vol. segundo Personas, quinta edición revisada y puesta al día por Jesús Delgado Echeverría, Madrid: Dykinson.
- LADRÓN TABUENCA, M.P. (2012). Los procesos en materia de capacidad a la luz de la Convención de Naciones Unidas de derechos de las personas con discapacidad, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá*, 203-222.
- LASARTE ÁLVAREZ, C. (2015). Principios de Derecho civil: Teoría General y Derecho de la Persona. Tomo I. Madrid: Marcial Pons.
- LECINERA IBARRA, A. (2014). *La guarda de hecho de las personas mayores*. Madrid: Civitas.

- LEGERÉN-MOLINA, A. (2014). La tutela ejercida por persona jurídica. Algunas ideas para su reforma. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 744, 1611-1633.
- (2019). La relevancia de la voluntad de la persona con discapacidad en la gestión de apoyos. En *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*, Valencia: Tirant lo Blanch, 159-206.
- LENTI, L. (2011). Los instrumentos de protección patrimonial del discapacitado: entre administración de apoyo e incapacitación. En J. Pérez de Vargas Muñoz, (coord.) *La Encrucijada de la Incapacitación y la Discapacidad*, Madrid: La Ley, 495-519.
- MAGARIÑOS BLANCO, V. (2018). Comentarios a la propuesta para la reforma del Código Civil sobre discapacidad. *Revista de Derecho civil*, Vol. 5. núm. 3, 199 a 225.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. (2010). Panorama general de las figuras de guarda legal de los discapacitados intelectuales. En *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico privados de protección en materia de discapacidad*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 187-220.
- MARTÍNEZ PINEIRO CARAMÉS, E. (2009). El apoderamiento o mandato preventivo. *Boletín de la Academia de Legislación y Jurisprudencia de Baleares*, vol. 10, 11-29.
- MAYOR DEL HOYO, M.V. (2014). La interrelación de los aspectos jurídico-civiles de la discapacidad y la minoridad: clave en la reforma de la discapacidad. *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2173, 1-26.
- (2021). La incidencia de la reforma estatal del Derecho civil en materia de capacidad en los Derechos civiles territoriales. *Diario La Ley*, núm. 9859, (versión digital).
- MEDRANO PÉREZ, B. (2016). Incapacitación: tutela y curatela. *Actualidad civil*, núm. 2, 12-32.
- MORENO MARTÍNEZ, J.A. (1987). El defensor judicial. Alicante: Universidad de Alicante, disponible en <http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/3755>
- MORENO QUESADA, B., (1985). El curador, el defensor judicial y el guardador de hecho. *Revista de Derecho Privado*, abril, 307-330.
- MORENO TRUJILLO, E. (2021). La capacidad jurídica y el estado civil de las personas. En *Curso de Derecho Civil I Parte General y Derecho de la Persona*. Valencia: Tirant Lo Blanc, 103-118.
- MORENO-LUQUE CASARIEGO, C. (1985). ¿Tutela de familia o tutela de auto-ridad?, *Diario La Ley*, núm. 2, 1297-1301.
- PALACIOS GONZÁLEZ, M.D. (2019). Protección jurídica de las personas con funcionamiento intelectual límite y discapacidad intelectual ligera: medidas judiciales de apoyo y autodeterminación socio-sanitaria. *Actualidad civil*, núm. 10.
- PALLARÉS NEILA, J. (2016). Tutela versus curatela. *Actualidad civil*, núm. 2, 4-11.
- (2018). La revisión de las sentencias dictadas en el nuevo procedimiento de provisión de apoyos. *Revista de Derecho civil*, núm. 3, 153-171.
- (2022). El ejercicio de la nueva curatela. Vol. *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio*, Valencia: Tirant Lo Blanc, 257-280.

- PAU PEDRÓN, A. (2018). De la incapacitación al apoyo: El nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código Civil. *Revista de Derecho civil*, Vol. 5, núm. 3, 5-28.
- PEREÑA VICENTE, M. (2016). Derechos fundamentales y capacidad jurídica. Claves para una propuesta de reforma legislativa. *Revista de Derecho Privado*, núm. 4, 3-40.
- (2018). La transformación de la guarda de hecho en el Anteproyecto de ley. *Revista de Derecho civil*, núm. 3, 61-83.
- RIBOT IGUALADA, J. (2014). La asistencia regulada por el Código Civil de Cataluña: perfiles y configuración jurídica. *Revista de Derecho Privado*, núm. 2, 41-68.
- ROGEL VIDE, C. (2021). ¿Capacidad de los discapaces? Notas en torno al proyecto de Ley 121/27. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 1, 7-9.
- RUIZ DE HUIDOBRO DE CARLOS, J.M. (2016). *Derecho de la Persona*. Madrid: Dykinson.
- (2021). *Derecho de la Persona. Introducción al Derecho civil*, Madrid: Dykinson.
- SANCHO GARGALLO, I. (2022). El juez en el nuevo sistema de apoyos. Vol. *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio*, Valencia: Tirant Lo Blanc, 61-83.
- SERRANO GARCIA, I. (2015). ¿Tutela? ¿Apoyo para la toma de decisiones?: Bet-tencourt, Sordi, di Stéfano. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 751, 2587-2606.
- SOLÉ RESINA, J. (2021). Apoyos informales o no formalizados al ejercicio de la capacidad jurídica y la guarda de hecho (1). *La Ley Derecho de Familia*, núm. 31, 18-33.
- VALLS I XUFRÉ, J.M. (2022). El papel del notario en el nuevo sistema de apoyos. Vol. *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio*, Valencia: Tirant Lo Blanc, 85-154.
- VERDERA IZQUIERDO, B. (2014). La problemática derivada del otorgamiento de testamento por personas ancianas. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 744, 1635-1660.

## NOTAS

<sup>1</sup> 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. BOE núm. 132, de 3 de junio de 2021.

<sup>2</sup> Observación General núm. 1 del Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad sobre el artículo 12: igual reconocimiento como persona ante la ley, 11.º período de sesiones, 30 de marzo a 11 de abril de 2014, disponible en <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRPD/Pages/Session6.aspx>

<sup>3</sup> Vid. ARSTEIN-KERSLAKE, Anna and Flynn, Eilionóir, The General Comment on Article 12 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities: A Roadmap for Equality Before the Law (May 12, 2016). The International Journal of Human Rights, Volume 20, Issue 4, 2016, disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2779383>

<sup>4</sup> Ley 26/2011, de 1 de agosto de Adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. (BOE núm. 184, 2 de agosto de 2011).



<sup>5</sup> BO Cortes Generales, Congreso de los Diputados, serie D, núm. 119, de 29 de junio de 2012, 6 y sigs.

<sup>6</sup> Propuesta articulada de reforma del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil para su adecuación al artículo 12 de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad. Subcomisión de expertos, Comisión de Legislación del Real Patronato de Discapacidad, disponible en <http://www.notariosyregistradores.com/AULASOCIAL/2013-PropuestaModificacionCCLEC.pdf>

<sup>7</sup> Y se recoge también en otros documentos, por ejemplo, en el anteproyecto de Ley Orgánica de protección de datos personales de 8 de junio de 2017, para referirse a las personas con capacidad modificada utiliza la siguiente expresión «*personas con discapacidad para las que se hubiesen establecido medidas de apoyo*», algo todavía inconcreto en el marco civil del momento, (art. 3.3, 13, 30 e) del Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de datos personales de 8 de junio de 2017, disponible en <https://ayudaleyprotecciondatos.es/2017/06/27/lopd-2018/>

<sup>8</sup> Ley de 28 de mayo de 1862 del Notariado. BOE de 29 de mayo.

<sup>9</sup> Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos. (BOE núm. 266, de 6 de noviembre de 1979).

<sup>10</sup> Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia. (BOE núm. 72, de 25 de marzo de 2021).

<sup>11</sup> Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE núm. 10, de 12 de enero de 2000).

<sup>12</sup> Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (BOE núm. 11, de 13 de enero de 2000).

<sup>13</sup> Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (BOE núm. 287, de 30 de noviembre de 2007).

<sup>14</sup> Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (BOE núm. 175 de 22 de julio de 2011).

<sup>15</sup> 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 las normas tributarias. (BOE núm. 277, de 18 de noviembre de 2003).

<sup>16</sup> La consulta a la base de estadísticas del Consejo General del Notariado refleja un incremento notable de los apoderamientos preventivos, que asciende desde 498 en el año 2008 a 10570 en el año 2019 y respecto a las autotutelas, que ahora reciben el nombre de autocuratelas, se han duplicado entre 2008 y 2017. Desde 1672 en el año 2008 a 3399 en el año 2017 Consulta exportada a Excel de la base de estadísticas del Consejo General del Notariado, disponible en <http://www.notariado.org/liferay/web/cien/estadisticas-al-completo>).

<sup>17</sup> Decreto Ley 19/2021, de 31 de agosto, que adapta el Código Civil de Cataluña a la reforma del procedimiento de modificación de capacidad (DO. Generalitat de Catalunya núm. 8493, de 2 de septiembre de 2021).

<sup>18</sup> Ley 25/2010 de 7 de julio, del Libro II del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y a la familia. (DO. Generalitat de Catalunya núm. 5686, de 5 de agosto de 2010).

<sup>19</sup> Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción voluntaria (BOE núm. 158, de 3 de julio).

<sup>20</sup> Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE, 29 de julio).

<sup>21</sup> Ley 4/2017, de 26 de junio (BOE núm. 154, de 29 de junio).

<sup>22</sup> Artículo 4.3 Ley Foral núm. 34/2002, de 10 de diciembre de acogimiento familiar de personas mayores de Navarra. (BO. Navarra núm. 150, de 13 de diciembre de 2002).

<sup>23</sup> *Vid.* en este sentido Informe de la Fundación tutelar de la Rioja de las Jornadas sobre protección jurídica de la incapacidad 7 y 8 de mayo de 2009, disponible en [http://www.fundaciontutelardelar Rioja.org/archivos/libro\\_IIJornadas.pdf](http://www.fundaciontutelardelar Rioja.org/archivos/libro_IIJornadas.pdf)

<sup>24</sup> Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. (BOE núm. 274 de 15 de noviembre de 2002).

<sup>25</sup> Ley de Castilla-La Mancha 5/2010 de 24 de junio de derechos y deberes en salud (DO. Castilla-La Mancha núm. 131, de 9 de julio de 2010) a partir de ahora LCM 5/2020. Esta Ley permite, además, que las personas vinculadas al paciente puedan ser informadas «en la medida en que este lo permita expresa o tácitamente» (art. 10.1 LCM 5/2010) o «cuando carezca de capacidad para comprender la información o para hacerse cargo de su situación a causa de su estado físico o psíquico» (art. 10. 3 LCM 5/2010).

<sup>26</sup> STS núm. 244/2015 de 13 de mayo, Rec. 846/2014 (LA LEY 54799/2015)

<sup>27</sup> Fiscalía General del Estado, Instrucción núm. 3/2010 sobre la necesaria fundamentación individualizada de las medidas de protección o apoyo en los procedimientos sobre determinación de la capacidad de las personas (LA LEY 3618/2010).

<sup>28</sup> Ley 13/2006 de 27 de diciembre, de Derecho de la Persona de Aragón (BOE núm. 23, de 26 de enero de 2007). Esta Ley, actualmente derogada, introdujo una curatela con facultades representativas para determinados actos patrimoniales o de contenido personal (cuidado de la persona). La actual regulación viene contenida en el artículo 150.2 del Código de Derecho foral de Aragón aprobado por Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo (BOA núm. 67, de 29 de marzo de 2011).

<sup>29</sup> En el Código Civil de Cataluña aparecía claramente la singularidad de la tutela de incapacitados respecto de la cual se admite expresamente la representación mientras que para de menores de edad se limita a completar su capacidad (art. 223.4 CCcat) (Ley 25/2010 de 29 de julio que aprueba el libro II del Código Civil de Cataluña, relativo a persona y familia. DO. Generalitat de Catalunya 5 agosto 2010, núm. 5686).

<sup>30</sup> Memoria del Análisis de Impacto normativo. Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, 21 de septiembre de 2018, disponible en <https://www.notariasyregistradores.com/web/wp-content/uploads/2018/09/anteproyecto-discapacidad-memoria.pdf>

<sup>31</sup> Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social (BOE núm. 289, de 3 de diciembre de 2013).

<sup>32</sup> STS (1), 282/2009, 30 de marzo de 2009. *Vid.* comentarios a esta sentencia en DE PABLO CONTRERAS, Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2009. La incapacitación en el marco en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, en *VVAA Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina; civil y mercantil*, Vol. 3, IZQUIERDO TOLSADA, M, dir., Dykinson 2009, 555 a 580 y en GARCÍA PONS, A. (2013). El artículo 12 de la Convención de Nueva York de 2006 sobre los Derechos de las Personas con discapacidad y su impacto en el Derecho civil de los Estados signatarios: el caso de España. *Anuario de Derecho Civil*, (76-80).

<sup>33</sup> Autos del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2008 (*RJ* 2009, 288), de 19 de mayo de 2009 (*RJ* 2009, 2927), 21 de enero de 2009 (*RJ* 2009, 553), de 11 de mayo de 2010 (*RJ* 2010, 3691) núm. 2/2011 de 3 de febrero (*RJ* 2011, 4383).

<sup>34</sup> STS (Sala Primera, de lo Civil) núm. 553/2015 de 14 de octubre, Rec. 1257/201. *Vid.* MEDRANO PEREZ, B., (2016). Incapacitación: tutela y curatela. *Actualidad civil*, núm. 2.

<sup>35</sup> Ley 4/2017, de 25 de septiembre, de Derechos y la Atención a las personas con discapacidad en Andalucía (BOJA, núm. 191 de 4 de octubre).

*(Trabajo recibido el 13 de enero de 2022 y aceptado  
para su publicación el 4 de abril de 2022)*