



---

# Universidad de Valladolid

**Facultad de Derecho**

**Grado en Derecho**

**LA REFORMA EN MATERIA DE  
CAPACIDAD JURÍDICA: EL SISTEMA  
DE APOYOS PARA EL EJERCICIO  
DE LA CAPACIDAD.**

Presentado por:

**ELSA VILLALBA GARCÍA**

Tutelado por:

**GERMÁN DE CASTRO VÍTORES**

Valladolid, 25 de mayo de 2023

## RESUMEN

La novedosa reforma en materia de discapacidad generada por la Ley 8/2021, de 2 de junio pretende ajustar nuestro ordenamiento jurídico español a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006. Dicha adaptación normativa ha provocado una verdadera revolución en la interpretación y en el tratamiento de la discapacidad, dejando atrás el conocido modelo de sustitución en la toma de decisiones por un novedoso sistema respaldado por las medidas de apoyo, donde el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de las personas con discapacidad se eleva como el planteamiento fundamental de la nueva reforma. Por todo ello, el presente trabajo tiene como objetivo el estudio y análisis de la Ley 8/2021, tratando los principales avances introducidos en el Código Civil.

**Palabras clave:** Capacidad jurídica. Incapacitación. Discapacidad. Apoyo. Curatela. Tutela. Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad. Reforma. Voluntad. Necesidad. Proporcionalidad.

## ABSTRACT

The new reform on disability generated by Law 8/2021, of June 2, aims to adjust our Spanish legal system to the International Convention on the Right of Persons with Disabilities of 2006. This regulatory adaptation has caused a true revolution in the interpretation and treatment of disability, leaving behind the well-known model of substitution in decision-making for a new system backed by support measures, where respect for the will, wishes and preferences of people with disabilities is the fundamental approach of the new reform. Therefore, the purpose of this paper is the study and analysis of Law 8/2021, dealing with the main advances introduced in the Civil Code.

## ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN .....	6
2. UN POCO DE HISTORIA. LA DISCAPACIDAD Y LA CAPACIDAD JURÍDICA.....	8
3. LA REFORMA DE LA CAPACIDAD DE OBRAR DE 1983 Y EL SISTEMA HASTA LOS AÑOS 2000.....	10
3.1 Las causas de incapacitación con la reforma del Código Civil introducida por la Ley 13/1983, de 24 de octubre.....	12
3.2 El proceso de incapacitación en la Ley 13/1983 de 24 de octubre.....	12
3.3 La sentencia que declaraba la incapacitación según la normativa de 1983.....	13
3.4 Otras cuestiones relevantes en la regulación de 1983.....	15
4. LA CONVENCIÓN DE NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.....	18
4.1 ¿Cómo hemos llegado aquí? ¿Por qué surge el Convenio?.....	18
4.2 El Convenio de Nueva York y su impacto.....	21
4.3 El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.....	25
5. PRIMERAS ADAPTACIONES AL CONVENIO DE NUEVA YORK. HACIA UNA REFORMA CIVIL Y PROCESAL PARA EL APOYO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.....	31
5.1 Primeras adaptaciones legales a la Convención de Nueva York.....	31
5.1.1 El Informe del Consejo de ministros de 30 de marzo de 2010.....	31
5.1.2 Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.....	32
5.2 Jurisprudencia una vez aprobado el Convenio.....	32
5.2.1 Introducción.....	32
5.2.2 Algunas Sentencias desde que fue aprobado el Convenio de Nueva York.....	34

5.3 Evolución legislativa: la aparición del Anteproyecto de ley de la reforma de la legislación civil y procesal.....	38
5.3.1 Características del Anteproyecto.....	40
6. LA LEY 8/2021, SU SENTIDO Y NOVEDADES ESENCIALES.....	44
6.1 La necesidad de la Ley 8/2021 y la razón de su tardanza.....	44
6.2 Algunos contenidos y novedades esenciales de la Ley 8/2021.....	45
6.3 Alguna jurisprudencia que aplica ya la Ley 8/2021.....	50
7. EXAMEN MÁS DETALLADO DE VARIOS TEMAS CONCRETOS QUE TIENEN PARTICULAR RELEVANCIA EN LA NUEVA NORMATIVA.....	54
7.1 La voluntad, deseos y preferencias de la persona discapacitada.....	54
7.1.1 La voluntad del discapacitado y la nulidad de los contratos.....	56
7.1.2 Los niveles de la voluntad del discapacitado.....	58
7.1.3 Las posibles manifestaciones de la voluntad del discapacitado.....	59
7.1.4 La Sentencia 589/2021 del Tribunal Supremo, de 8 de septiembre. Breve comentario siguiendo a Bercovitz.....	60
7.2 La guarda de hecho.....	63
7.2.1 Concepto y regulación.....	63
7.2.2 Filosofía de la reforma.....	64
7.2.3 La guarda de hecho tras la nueva regulación de la Ley 8/2021.....	64
7.2.4 Características básicas de la guarda de hecho.....	66
7.2.5 Funciones posibles del guardador de hecho a partir del texto legal de la nueva ley.....	66
7.2.6 Posibilidad de aplicar las reglas de la nulidad a los actos del guardador de hecho.....	67

7.2.7 La improcedencia de constituir curatela cuando existe guarda de hecho que funciona correctamente (art. 263 CC) .....	68
7.2.8 Inexistencia de guardador de hecho.....	68
7.2.9 Existencia de guarda de hecho que no funciona correctamente.....	69
8. CONCLUSIONES.....	70
9. BIBLIOGRAFIA.....	72

## 1. INTRODUCCIÓN

La evolución del tema de la incapacitación es en la actualidad un asunto que influye a una de cada cinco personas en todo el mundo. Hablamos de que mil millones de personas poseen actualmente un tipo de anomalía o deficiencia psíquica, física, intelectual o sensorial resultando ser una barrera para su independencia y plena participación en la sociedad.<sup>1</sup>

A pesar de que durante años hemos trabajado para construir en nuestro ordenamiento jurídico la igualdad ante la ley para todos y el respeto de los derechos inherentes e inalienables, en aplicación del art. 10.1 y 14 de la Constitución Española todavía vivimos en una sociedad donde se producen ciertas desigualdades.

Dichas desigualdades se manifiestan en el hecho de que las personas con discapacidad tienen dificultades para tener acceso a distintos ámbitos importantes de nuestra vida como pueden ser el empleo, la educación o la sanidad y centrándonos en este último, tal y como afirma la Organización Mundial de la Salud *“la inclusión de la discapacidad en el sector de la salud sigue siendo una brecha en las agendas de salud de los países”* señalando además que *“la realidad es que pocos países brindan servicios de calidad adecuada a las personas con discapacidad”*.<sup>2</sup>

Para algunos autores, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha supuesto un cambio profundo no solo en la terminología sino también en el espíritu del tratamiento legal de las personas con discapacidad, empujando a los Estados miembros, incluida España, a modificar su legislación interna insertando los procesos apropiados para adecuarlo en conformidad con las disposiciones del Convenio.

La Asamblea General de las Naciones Unidas dentro de la Agenda para el Desarrollo Sostenible señala la necesidad de proteger a las personas vulnerables además de manifestar sus necesidades, donde identificamos a las personas con discapacidad.

Desde el punto de vista jurídico, en nuestro ordenamiento, desde el 3 de septiembre de 2021 está vigente la Ley 8/2021, de 2 de junio, que tiene por objeto la reforma de la normativa procesal y civil para mejorar el apoyo y asistir a las personas con discapacidad en la realización de su capacidad jurídica.

---

<sup>1</sup> The world bank. Disability inclusion. (Last Updated: Mar 19, 2021)  
<<https://www.worldbank.org/en/topic/disability> > [Consulta: 23 agosto 2021]

<sup>2</sup> World health organization. Disability and health. (10 de diciembre de 2020)  
<<https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/disability-and-health>> [Consulta: 23 agosto 2021]

La finalidad del presente trabajo es, pues, llevar a cabo un estudio de la transformación y progreso normativo de la incapacitación en nuestro marco jurídico, contrastando el tratamiento legal de las personas con discapacidad previamente a la reforma que introduce la Ley 8/2021 así como después de ella.

El trabajo comienza con el tratamiento de la incapacitación hasta los años 2000, sus causas y aquellos procesos que había que seguir para ser declarado incapaz. Es decir, la primera parte del trabajo se centra en analizar la Ley 13/1983 así como la evolución que experimenta con la reforma del año 2000. Más tarde nos centraremos en desarrollar la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad pues tuvo una gran repercusión ya que originó un cambio en los términos que se usaban para referirnos a estas personas dando lugar a un nuevo término, por ello, vamos a enfocarnos en analizar a fondo el Convenio de Nueva York y su impacto, así como el papel que juega España en este ámbito. Posteriormente, analizaremos el Anteproyecto de ley, así como el Proyecto de Ley y la Ley que actualmente está en vigor para ver todo el proceso evolutivo que ha seguido.

La esencia del trabajo es llevar a cabo el examen e investigación de la evolución en materia de “capacidad jurídica” y “proceso de incapacitación” en España, haciendo hincapié en el impacto de la Convención y sus modificaciones jurídicas hasta llegar a la Ley 8/2021, cuyo punto central es la instauración de un régimen de facilitación asistencial cuya categoría ha de ser de apoyo en la realización de la personalidad jurídica de las personas con discapacidad. Es decir, el tema es la repercusión de la discapacidad, en términos generales, en la capacidad jurídica de la persona y la evolución de este aspecto.

## 2. UN POCO DE HISTORIA. LA DISCAPACIDAD Y LA CAPACIDAD JURÍDICA

En los últimos 40 años se han promulgado más de 200 leyes y decretos asociados a la protección de los derechos de las personas con discapacidad. En 1982 se inicia esta larga batalla aprobando la LISMI, Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos. Una ley importante que creó Centros Especiales de Empleo, Centros Ocupacionales, pensiones asistenciales y no contributivas. Esta ley fue la pionera en establecer la obligación de fijar un porcentaje no inferior al 2% de trabajadores con discapacidad en empresas con más de 50 trabajadores. En aquel momento todavía se hablaba de “minusválidos” teniendo que esperar a la ley 39/2007 para eliminar esta expresión, aunque curiosamente sigue estando hoy en día en nuestra Constitución.

En el año 1983, el régimen de instituciones de protección en nuestro Derecho interno se reformó. En primer lugar, se reemplazó la tutela de familia (con la figura del tutor, protutor y consejo de familia) por un modelo de tutela judicial, graduable y revisable. Esta reforma se convierte en un punto clave en el progreso del tratamiento jurídico de las personas con discapacidad. Es cierto que en muchas ocasiones en la práctica no siempre se elegía por los jueces una correcta aplicación, pero no era culpa de la norma sino de cómo se venía aplicando, por lo que no parecía correcto pensar que lo necesario era modificar la norma, sino exigir en la Sentencia su correcta aplicación. Se normalizó la incapacitación y la tutela, y la razón no es otra que la congestión que tenían los juzgados y su exigencia de solucionar por el camino más fácil los incidentes sin una excesiva consideración, es decir, eligieron el método más cómodo. Y su resultado sería ver al incapacitado como una persona que vive en un mundo aparte, cuya vida jurídica queda relegada al poder de otra persona, un tutor, pero que además es desposeído de la oportunidad de ejercer sus derechos y llevar a cabo actos jurídicos, incluso aquellos de naturaleza personalísima, cuya consecuencia era que no se sabía en qué medida iba a perjudicar a la persona. En otras palabras, se intentaba seguir un modelo común de incapacitación donde una vez era declarada dicha incapacitación la actividad jurídica de la persona iba a quedar supeditada a la decisión de otra. Por esta razón, el sistema empezó a verse por las propias personas incapacitadas como un sistema privativo de libertad y derechos, una especie de “condena”.

Por otro lado, hasta finales del siglo XX no se planteó la idea de que fuese la propia persona la que previera su futura incapacidad y estableciera un sistema de apoyos, asunto



que se trató en la Ley 41/2003 que incorpora a nuestro derecho interno la autotutela y los poderes preventivos.<sup>3</sup>

En términos generales no fue hasta la década de los 2000 cuando la Organización Mundial de la Salud (OMS) elabora una definición de discapacidad, que viene a suponer un notable cambio. Según la OMS, la discapacidad es una condición del ser humano que abarca las deficiencias, limitaciones de actividad y restricciones de participación de una persona. Esto supuso ver la discapacidad como una situación que no contempla al individuo de forma independiente, sino que por primera vez se contempla en el interior de su contexto social. Al respecto, las normas escritas son quizás muy optimistas pero la práctica llega a ser así pues, por ejemplo, actualmente el 65% de las personas con discapacidad en edad de trabajar no tiene empleo.<sup>4</sup>

En el transcurso de todos estos años ha cambiado prácticamente todo, pero lo que no había cambiado eran “los derechos de las personas con discapacidad” que es una expresión, en mi opinión, errónea pues no hay derechos de las personas con discapacidad pues sus derechos son los mismos que los de cualquier persona, lo que se debe reglamentar es su garantía, es decir, garantizar a cualquier persona el ejercicio de sus derechos.

---

<sup>3</sup> MUÑIZ ESPADA, E., y DE CASTRO VÍTORES, G., “Divergencias para una futura reforma legislativa de la discapacidad”, en MARÍN VELARDE, CABEZUELO ARENAS y MORENO MOZO (Dir.), *Familia y Derecho en la España del siglo XXI: libro homenaje al profesor Luis Humberto Clavería Gosálbez*, 2021

<sup>4</sup> RAMIRO IGLESIAS, J.C., “La evolución conceptual del derecho de la discapacidad”, en blog *bayderecho.com* (2011/06/28)

### 3. LA REFORMA DE LA CAPACIDAD DE OBRAR DE 1983 Y EL SISTEMA HASTA LOS AÑOS 2000.

No fue hasta el año 1983 con la aparición de la Ley 13/1983, de 24 de octubre donde el modelo tutelar de la ley inicial de 1889 experimentó cambios. Una de las cuestiones que sufrió modificaciones fueron las causas que definían el sometimiento de una persona concreta a la incapacitación, fijadas en el antiguo art. 200 del CC. Originalmente estas causas eran *numerus clausus*, pero esto cambió con la Ley 13/1983 que incluyó una definición más extensa señalando que serían sujetos de incapacitación todas aquellas personas con enfermedades físicas o psíquicas de forma permanente y que no puedan gobernarse por sí mismas a causa de dicha enfermedad.<sup>5</sup>

Al mismo tiempo, la Ley 13/1983 incorporó la regulación del sistema de protección de estas personas de conformidad con sus necesidades en comparación con el modelo estricto y permanente de la legislación antigua. Por ello, se fijó una graduación de la capacidad de obrar. En función de cómo fuese esta graduación los incapacitados se remitirían a una figura de protección y a una limitación de su capacidad de obrar diferentes.

Además, esta reforma exigió que el procedimiento de incapacitación únicamente se llevase a cabo a través de una Sentencia judicial. Con base en el art. 199 del CC, -derogado por el art. 2.21 de la Ley 8/2021- las personas sólo podrán ser declaradas incapaces a través de sentencia judicial por las causas establecidas en la ley. A pesar de que quien declara incapaz a una persona es el Juez, no se ha eliminado por el completo el papel de la familia a la hora de la configuración y el funcionamiento de la tutela, en algunos aspectos siguen siendo decisivos los vínculos familiares.<sup>6</sup>

Un artículo notorio fue el art. 215 CC, con anterioridad a la modificación de la Ley 8/2021, que instauraba una nueva figura de guarda y protección de los menores de edad e incapacitados que era la curatela, es decir, que nos encontrábamos con tres figuras de guarda y protección, la tutela, la curatela y el defensor judicial.

Además, la Ley 13/1983 incluyó la oportunidad de que las personas menores de edad fueran declaradas incapacitadas con la concurrencia de unas condiciones concretas. Por otro lado, a través de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del

---

<sup>5</sup> GARCÍA GARNICA, M.C., *Nuevas perspectivas del tratamiento jurídico de la discapacidad y la dependencia*, Dykinson, 2014, pág. 171

<sup>6</sup> SERRANO GARCÍA, I., "Proyectos de reforma del tratamiento jurídico de las personas con discapacidad" en MUÑIZ ESPADA, E., (coord.), *Contribuciones para una reforma de la discapacidad: un análisis transversal del apoyo jurídico a la discapacidad*, Madrid, Wolters Kluwer, 2020, págs. 73-74

Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, del art.1263.2 del CC se reemplazó el término que se empleaba para mencionar a los sujetos propensos a ser incapacitados que era “los locos y dementes y los sordomudos que no sepan escribir” por “incapacitados”.

Es importante tener en cuenta que no es lo mismo el procedimiento de incapacitación que aquel procedimiento por el cual se consigue el “certificado o calificación legal de discapacidad<sup>7</sup>” expedido por la Administración Pública correspondiente. Este certificado no conlleva la entrada de esa persona en el estado civil de incapaz, en contraste con lo que sucede con el proceso de incapacitación, ya que es para aquellas personas que tienen una “incapacidad simple o de hecho”. Es decir, que la capacidad que se refiere el proceso con el que se obtiene la certificación es la capacidad “natural”, por lo que su punto central es el grado de madurez y no influye en el estado civil porque el estado civil de incapacitado se aplica por motivo de un “*déficit de la persona para gobernarse por sí misma*” a través del procedimiento de incapacitación, al cual no se someterán los que tienen una simple incapacidad natural.<sup>8</sup>

Anteriormente, la incapacitación se concebía en todo momento como forma de protección de la persona incapacitada, de su persona y patrimonio, limitando su capacidad de obrar cuando reunía determinadas causas que estaban previstas en la ley. Esta incapacitación se establecía a través de una sentencia judicial. Si la persona era declarada incapacitada a través de una Sentencia, en principio era necesario que otra persona le sustituyera, por lo tanto, la sentencia no sólo declaraba a una persona como incapacitada sino también determinaba a una persona para que el incapacitado quedara sometido a su poder, que podría ser un tutor, un curador o una patria potestad, pues así lo afirmaba el artículo 199 del Código Civil que fue redactado por la Ley 13/1983 de 24 de octubre, al expresar que “*Nadie puede ser declarado incapaz sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la ley*”<sup>9</sup>. Es decir, que mientras no existiese una sentencia judicial que declarara a una persona incapaz, no existía la incapacitación.

---

<sup>7</sup> Regulado en el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía

<sup>8</sup> GARCÍA GARNICA, M.C., *Nuevas perspectivas...* cit., pág., 172

<sup>9</sup> Ley 13/1983, de 24 de octubre, de Reforma del Código Civil en materia de tutela

### **3.1 LAS CAUSAS DE INCAPACITACIÓN CON LA REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL INTRODUCIDA POR LA LEY 13/1983 DE 24 DE OCTUBRE**

Como he mencionado anteriormente, la persona era declarada incapaz si reunía unas determinadas causas. Estas causas se encontraban reguladas en el artículo 200 del Código Civil que nos decía que “*son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impiden a la persona gobernarse por sí misma*”.<sup>10</sup>

Según la doctrina y la jurisprudencia, el impedimento de autonomía que determinaba la pérdida de capacidad, aunque esté sujeta a razones físicas, debía atender siempre en un sentido psicológico. Así lo declaró la STC de 31 de octubre de 1994 que desestimó la solicitud de incapacitación porque se creyó que demostraba que la acusada tenía la conciencia suficiente para poder disciplinarse, incluso si tenía dificultades de movilidad y dificultades de expresión debido a la afasia.<sup>11</sup> Hay que dejar claro que si la enfermedad o deficiencia no perjudicaba a la persona para que se gobierne por sí misma no será estimada como una causa de incapacitación. Se exigía que la enfermedad perdurara, es decir, que fuera una situación que se prolongara en el tiempo, por ello el juez tenía la obligación de comprobar al supuesto incapaz para que en tal caso decidiera si existía incapacitación o no, porque era posible que se tratara de enfermedades mentales en que dicha incapacidad no fuera constante sino esporádica.

### **3.2 EL PROCESO DE INCAPACITACIÓN EN LA LEY 13/1983 DE 24 DE OCTUBRE**

Todo proceso de incapacitación comenzaba con un procedimiento que correspondía única y exclusivamente a la jurisdicción civil. La demanda de incapacidad podía presentarla el cónyuge o quien estuviera en una situación similar, los descendientes, los ascendientes o los hermanos del presunto incapaz, pues así lo permitía el contenido del artículo 757.1 LEC. Además de las personas mencionadas también podían hacerlo aquellas personas que sospecharan que existía una incapacidad avisando al Ministerio Fiscal, pues éste también podía iniciar una declaración de incapacidad. Por el contrario, el juez debía poner en conocimiento tales hechos al Ministerio Fiscal ya que no estaba legitimado para iniciar el procedimiento. Existía el deber de comunicar al Ministerio Fiscal la presunta causa de incapacitación, ya fuera por las autoridades o por los funcionarios públicos que tuvieran

---

<sup>10</sup> Artículo 200 de la Ley 13/1983, de 24 de octubre, modificado por la Ley 8/2021, de 2 de junio

<sup>11</sup> STS (Civil) de 31 de octubre de 1994 (ES:TS: 1994:19203)

conocimiento de tal situación pues de lo contrario se podía exigir responsabilidad civil a los funcionarios.

Una vez era iniciado el procedimiento aparecía una notificación que iba dirigida hacia el presunto incapaz, pues como mencionamos en párrafos anteriores hasta que no existía una sentencia que declarara la incapacidad se consideraba que la persona estaba en plenas facultades de sus derechos por lo que tenía la posibilidad de personarse y representarse él mismo como en un procedimiento normal. En caso de que no lo hiciese era amparado por el Ministerio Fiscal a través de un abogado, pero siempre que no fuese éste el que había iniciado el proceso.

El objetivo principal sigue siendo proteger a la persona incapacitada, por ello se debían dar las máximas garantías y una de ellas era la de imponer una serie de obligaciones al juez. El juez debía escuchar a los familiares más cercanos del presunto incapaz, así como analizar a éste determinando los informes necesarios vinculados a la intención de la demanda pues no se podía resolver una demanda de incapacitación sin un diagnóstico facultativo previo. Pero, además, con el objetivo de prevenir ciertos abusos e incapacitaciones de personas que no tenían la posibilidad de protegerse y podían ser declaradas incapaces sin que existiese ninguna causa de incapacitación el juez podía ordenar que se realizaran tantas pruebas como creyera oportunas. Como en todos los procedimientos hasta que se dicta la sentencia el juez podía ordenar las medidas temporales de seguridad que podían incluir la designación de un dirigente de sus bienes, de sus cuentas corrientes, de un defensor o inscribir tal procedimiento en el Registro de la Propiedad o Registro Civil.

### **3.3 LA SENTENCIA QUE DECLARABA LA INCAPACIDAD SEGÚN LA NORMATIVA DE 1983**

Una vez era dictada la sentencia si concurría alguna de las causas mencionadas en el artículo 200 del Código Civil uno de los efectos que producía era la incapacitación oficial, es decir, la capacidad de obrar de la persona quedaba restringida en los aspectos que establecía la sentencia junto con la guarda a la que tenía que estar sujeto el incapacitado.

Como he dicho, la sentencia restringía la capacidad de obrar de la persona para llevar a cabo determinados actos o negocios jurídicos pudiendo ser una incapacitación plena o limitada, es decir, el incapacitado podía llevar a cabo determinados actos porque se le reconocía capacidad, pero se establecerían cuáles no podía llevar a cabo por sí mismo produciendo efectos la incapacitación. Aunque esto es lo que se debería hacer, en realidad

los jueces se limitaban sólo a incapacitar, quedando sometidos a tutela o curatela, sin entrar a profundizar en qué actos eran capaces y en cuáles no.

En caso de que el incapacitado hubiera celebrado un contrato había posibilidad de impugnar el acto alegando la incapacitación estableciéndose un modo de defensa que beneficiaba al incapacitado. El contrato celebrado por un incapacitado no era nulo de pleno derecho sino anulable<sup>12</sup>. Hay determinados actos que la persona realizó en un intervalo lúcido pero la sentencia permitía excluirlos ya que estaba incapacitada. La sentencia provocaba efectos desde la fecha en que se dictó ya que la incapacitación se refería al futuro y no al pasado, es decir, siendo constitutiva y no teniendo efecto retroactivo.

Una vez era dictada la sentencia, el juez establecía la gradación de la incapacitación, pues dependiendo de la prolongación y los límites de la incapacitación correspondía aplicar un régimen distinto.

El incapacitado quedaba sometido a tutela y a su vez a su tutor si su grado de sensatez era mínimo. En este caso el propio incapacitado podía realizar sólo aquellos actos que fuera capaz de realizar por sí mismo, aunque la sentencia establecería los actos que sí podía realizar excluyéndose así la actuación del tutor.

El incapacitado quedaba sometido a curatela y a su curador si el grado de lucidez era mayor donde podría realizar aquellos actos que estableciera la sentencia.

Así mismo se podría determinar el nombramiento de una persona que asistiría al incapacitado. Esto se hizo posible cuando se introdujo la Ley 1/2000 de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil ya que anteriormente sólo se determinaba el sistema de guarda, pero no era posible determinar el nombramiento de personas que se encargarían de la tutela o curatela.

La sentencia podía plantear problemas relacionados con la capacidad de obrar del incapacitado. Para saber si una persona tenía la capacidad necesaria para realizar un determinado comportamiento de manera efectiva era necesario prestar atención al contenido de la resolución. En otras palabras, las disposiciones de las sentencias prevalecen sobre las normas contenidas en la ley. En aquellos casos en que la sentencia no determinara

---

<sup>12</sup> En el caso de los actos llevados a cabo por un incapaz natural, que es aquella persona que debería estar incapacitada y no lo está, la jurisprudencia no se pronunció sobre si eran nulos o anulables. Se optaba por hablar de anulabilidad, aunque si se probaba que no existía tal consentimiento se aplicaría la nulidad absoluta. Por el contrario, los actos del concursado o quebrado que se dan cuando una persona no tiene suficientes activos para poder enfrentarse a las deudas que tiene frente a varios acreedores, sí serán declarados nulos

de manera específica tales actos que podía o no realizar, dado que no existían reglas generales, era difícil determinar dicha capacidad. La sentencia debía manifestarse sobre la incapacidad ya que así lo exige la ley, por lo tanto, si la sentencia no determinaba tal incapacidad se entendía que era capaz.

Aunque existían casos rigurosamente subjetivos donde sólo la persona, si era capaz, podía celebrar un matrimonio o divorcio, es decir, aunque la persona tuviera una incapacidad total, nadie podría obligarle a casarse o divorciarse ya que son actos personalísimos donde se suprime la figura del representante. Así lo enunció el Tribunal Constitucional que estableció que la figura del tutor no podía iniciar una acción de divorcio representando al incapacitado ya que se trata de una acción personalísima pues entiende que se vulneraba el derecho a la tutela judicial efectiva dando lugar a una postura desigual entre los presuntos cónyuges. Aunque en el tema laboral se exigía que la persona tenga plena capacidad para celebrar un contrato se permitía que, en caso de tratarse de una persona incapacitada, su representante podía autorizarle para realizar un determinado trabajo.

### **3.4 OTRAS CUESTIONES RELEVANTES EN LA REGULACIÓN DE 1983**

Existían casos en que la incapacidad no resultaba suficiente y lo adecuado entonces era internar a la persona. Hablamos del internamiento por trastorno psíquico. Este internamiento implicaba privar de libertad y por ello requería que la persona prestara su consentimiento, aunque podían presentarse casos en los que la persona no tuviera la facultad para consentirlo o se resistían siendo necesaria entonces una autorización judicial que posibilitara dicho internamiento.

Actualmente, esto no funciona así, pues si la persona no dispone de la facultad para prestar el consentimiento necesita de autorización judicial incluso si está sujeta a tutela o curatela. Esta autorización no se requiere si se trata de una persona que sufre una enfermedad somática o en los internamientos de personas mayores en una residencia salvo que sufran una alteración psíquica que les imposibilita dar el consentimiento. La autorización judicial ha de ser anterior al internamiento salvo que existan supuestos urgentes donde el internamiento debe llevarse a cabo de forma inmediata. En caso de que una persona sea internada sin la anterior autorización judicial, el responsable del centro debe notificar al tribunal con urgencia de tal manera que, si en un plazo no se hace, dicho internamiento será ilegal.

Para poder otorgar la autorización judicial era competencia del juez oír a la persona, al Ministerio Fiscal o a las personas que considere. El tribunal atendía al informe del médico y observaba a la persona afectada. La persona afectada contará siempre con un representante y defensa. El tribunal tomará una decisión que no podrá ser impugnada. Hay casos en los que se impide la puesta en libertad de un internado cuando existen razones suficientes para hacerlo y se establece que no vulnera el derecho a la libertad.

El régimen del artículo 763 LEC que es el que acabo de analizar se emplea también en los casos de menores. Antes de la reforma de 1996 no se exigía la autorización judicial para los internamientos de menores, sólo se exigía dicha autorización al tutor, pero el citado artículo hace necesaria dicha autorización.<sup>13</sup>

Otro concepto interesante es la prodigalidad pues no es lo mismo que la incapacidad, aunque antes de la reforma del Código Civil se regulara de la misma forma. La diferencia es que la incapacitación tenía por objeto proteger a una persona mientras que la prodigalidad no se centraba en tal persona sino en la protección de los intereses de otras personas. La capacidad de obrar de una persona que había sido declarada pródiga se vería limitada. Aunque no contaba con una determinación exacta podía entenderse que el pródigo era quien derrochaba de manera injusta sus bienes o lastimaba los intereses familiares.

Las personas que estaban autorizadas para solicitar la declaración que determinara la prodigalidad eran el cónyuge, los hijos o progenitores que recibieran alimentos del presunto pródigo. No tenían la posibilidad de solicitar tal declaración ni los hermanos ni el divorciado del presunto pródigo. El presunto pródigo podía personarse él mismo en el procedimiento con su propia defensa, de lo contrario sería amparado por el Ministerio Fiscal con el único requisito de que éste no hubiera iniciado el procedimiento. La resolución que diera lugar a la prodigalidad debía ser registrada en el Registro Civil determinando aquellos actos que esta persona no podía llevar a cabo siendo necesaria la actuación de un curador que realizaría aquellos actos que la sentencia determinó que el pródigo no podía realizar por sí mismo.

Una diferencia clara que encontramos con la incapacitación es que en la prodigalidad no se podía impugnar aquellos actos llevados a cabo anteriormente pero sí los posteriores ya que el prodigo podría deshacerse de sus posesiones desde que se presentara la demanda hasta que se dictara una resolución.

---

<sup>13</sup> Artículo 763, internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico, que se añadió con la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil



En definitiva, podemos señalar que la reforma de 1983 resultó ser insuficiente pues no se aplicó de manera flexible ya que resultó ser una normativa llena de carencias.

Lo que hemos visto hasta ahora es una pequeña introducción de cómo se trataba la incapacidad hasta las reformas de los años 2000, es decir, el contenido de la Ley 13/1983. Para poder ver la evolución que tratamos en este trabajo pasaremos ahora a analizar uno de los temas más importantes de este trabajo, la clave de dicha evolución, la Convención de Nueva York y su impacto.

## 4. LA CONVENCION DE NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.

### 4.1 ¿CÓMO HEMOS LLEGADO AQUÍ? ¿POR QUÉ SURGE EL CONVENIO?

En este punto conviene analizar, en primer lugar, cómo hemos llegado al Convenio de Nueva York, su aparición y desarrollo. El asunto de los derechos de las personas con discapacidad se había mantenido en el temario de diversos organismos de las Naciones Unidas durante un período prolongado de tiempo antes de que comenzara a iniciarse la elaboración y redacción de un dispositivo vinculante.

La adopción por la Asamblea General de la Declaración de los Derechos del Retrasado Mental el 20 de diciembre de 1971 muestra los primeros esfuerzos de codificar los derechos de las personas con discapacidades específicas.<sup>14 15</sup> En 1975, cuatro años después, le siguió la Declaración de los Derechos de los Impedidos, en la cual se determinó el término “impedido” y, además, se plantearon una serie de derechos<sup>16</sup>. La Asamblea General aprobó la resolución 31/82, de 13 de diciembre de 1976, que llevaba por título “Aplicación de la Declaración de los Derechos de los Impedidos” y a través de ella aconsejó que todos los Estados Miembros tuvieran presente los derechos y principios que se exponían en la Declaración a la hora de desarrollar sus políticas y proyectos<sup>17</sup>. Además, la Asamblea General declaró el año 1981 como el “Año Internacional de los Impedidos”. La Asamblea General fijó el 16 de diciembre de 1977 un Comité Asesor para el Año Internacional de los Impedidos y además incorporó el Programa de Acción Mundial para los Impedidos el 3 de diciembre de 1982. Ese mismo día declaró los años 1983 a 1992 como el Decenio de las Naciones Unidas para los Impedidos. Diez años después, la Asamblea General declarararía el día 3 de diciembre como el Día Internacional de los Impedidos.

En el momento de acercarse el fin del Decenio de las Naciones Unidas para los Impedidos, el 24 de mayo de 1990, el Consejo Económico y Social permitió a la Comisión de Desarrollo Social estudiar la posible instauración de un equipo específico de trabajo

---

<sup>14</sup> Las siguientes resoluciones, informes del Comité, así como las observaciones finales de cada país que voy a mencionar a continuación pueden encontrarlas en: [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/TreatyBodyExternal/Countries.aspx](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/TreatyBodyExternal/Countries.aspx) <<https://www.un.org/es/documents/ag/res/26/ares26.htm>>

<sup>15</sup> Adopción por la Asamblea General de la Declaración de los Derechos del Retrasado Mental en su Resolución 2856 (XVI), 20 de diciembre de 1971

<sup>16</sup> Resolución 3447 (XXX) proclamada por la Asamblea General el 9 de diciembre de 1975

<sup>17</sup> Resolución 31/123 de la Asamblea General, de 16 de diciembre de 1976; posteriormente, en su resolución 34/154, de 17 de diciembre de 1979, la Asamblea General amplió el tema de forma que pasara a ser “participación e igualdad plenas”

incorporado por expertos gubernamentales con el fin de formular normas únicas sobre la igualdad de oportunidades para niños, jóvenes y adultos impedidos. La Asamblea General aplicó las normas uniformes sobre la igualdad de oportunidades para personas con discapacidad el 20 de diciembre de 1993.<sup>18</sup>

La Comisión de Derechos Humanos destacando las normas uniformes resultantes solicitó el 25 de abril de 2000 a la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, a que analizara las medidas con el fin de reforzar la protección y supervisar los derechos humanos de las personas con discapacidad.<sup>19</sup>

Del 31 de agosto al 8 de septiembre de 2001 se celebraba la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia en Durban (Sudáfrica). Esta Conferencia aconsejó a la Asamblea General que contemplara la oportunidad de diseñar una convención internacional global con el objetivo de salvaguardar e impulsar los derechos y la dignidad de las personas discapacitadas.

El 19 de diciembre de 2001, considerando todos estos puntos, la Asamblea General fijó un comité especial para que realizara un examen de aquellas sugerencias relativas a una convención internacional global. La Asamblea General prorrogó el mandato del Comité Especial que se encargaba de elaborar una convención internacional global y amplia para la salvaguardia de los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad hasta en cuatro ocasiones, de 2002 a 2005.

El primer período de sesiones se celebró del 29 de julio al 9 de agosto de 2002 donde el Comité Especial fijó un método de participación de los representantes de los órganos no gubernamentales y, además, sugirió un proyecto de resolución a la Asamblea General.

El segundo período de sesiones se celebró del 16 al 27 de junio de 2003. En esta ocasión el Comité Especial optó por determinar un grupo de trabajo cuyo objetivo era elaborar y exponer un proyecto que se convirtiera en la base para la negociación por los Estados Miembros y los observadores. Este grupo de trabajo estaba integrado por veintisiete representantes gubernamentales elegidos por grupos regionales, doce representantes de órganos no gubernamentales y un representante de las instituciones de derechos humanos. El grupo de trabajo tuvo un encuentro reuniéndose del 5 al 16 de enero de 2004 donde se

---

<sup>18</sup> Resolución 1990/26 del Consejo Económico y Social

formuló un proyecto de convención internacional global para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad.

El tercer período de sesiones se celebró del 24 de mayo al 4 de junio de 2004. En este encuentro el Comité Especial comenzó a discutir un proyecto de convención cuya base era el proyecto preparado por el grupo de trabajo dando lugar a la primera interpretación del proyecto de texto.

Del 23 de agosto al 3 de septiembre de 2004 se celebraba el cuarto período de sesiones donde el Comité Especial finalizaba la primera lectura del proyecto y analizaba algunas propuestas de artículo. En el quinto período de sesiones, desde el 24 de enero al 4 de febrero de 2005, el Comité Especial continuó su debate de forma no oficial sobre determinados proyectos y presentó otros<sup>20</sup>. Así lo hizo también en las sesiones sexta y séptima desde el 1 al 12 de agosto de 2005 y del 16 de enero al 3 de febrero de 2006<sup>21</sup>. En el octavo período de sesiones, desde el 14 al 25 de agosto de 2006, el Comité Especial terminó con las reuniones y aprobó el proyecto de texto de una convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, incluyendo un protocolo facultativo, sin votación<sup>22</sup>. El 5 de diciembre de 2006, el Comité Especial aconsejó a la Asamblea General que promulgara un proyecto que llevaría por título “Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad”.<sup>23</sup>

El 13 de diciembre de 2006, la Asamblea General aprobó por unanimidad la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y su protocolo facultativo. La Convención entraba en vigor el 3 de mayo de 2008.

Por ello, la Convención es consecuencia de muchos años de trabajo de las Naciones Unidas con el objetivo de modificar dichos comportamientos. Es un gran paso el contemplar a las personas con discapacidad como “cosas” de compasión a considerarlas como sujetos con

---

<sup>20</sup> Informe del Comité Especial encargado de preparar una convención internacional amplia e integral para proteger y promover los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad sobre su quinto período de sesiones, A/AC.265/2005/2

<sup>21</sup> Informes del Comité Especial encargado de preparar una convención internacional amplia e integral para proteger y promover los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad sobre sus períodos de sesiones sexto y séptimo, A/60/266 y A/AC.265/2006/2

<sup>22</sup> Informe provisional del Comité Especial encargado de preparar una convención internacional amplia e integral para proteger y promover los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad sobre su octavo período de sesiones, A/AC.265/2006/4 y Add.1

<sup>23</sup> Informe final del Comité Especial encargado de preparar una convención internacional amplia e integral para proteger y promover los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad sobre su octavo período de sesiones, A/61/611

derechos, capacitados para reclamar esos derechos y de tomar por sí mismos decisiones que influyan en sus vidas, todo ello basado en su consentimiento libre, así como de ser miembros activos de la sociedad.

## 4.2 EL CONVENIO DE NUEVA YORK Y SU IMPACTO

Acabamos de ver cómo y porqué aparece la Convención de Nueva York. Ahora será necesario analizarla desde dentro además de ver su evolución. Se conoce como “La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad” que fue elaborada en Nueva York por la Asamblea General de Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006. Desde que aparece el Convenio se vio la necesidad de que nuestro ordenamiento jurídico debía adaptarse a aquel y por ello pasó a formar parte de nuestro ordenamiento el 3 de mayo de 2008.

Como hemos visto anteriormente, el Convenio ha sido fruto de un prolongado proceso pues desde hace varios años ya se contemplaba la necesidad de modificar dicha regulación, así lo manifestó nuestro Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil que desde el año 1983 observaron esta necesidad. Es importante destacar que se trata del primer tratado del siglo XXI sobre los derechos humanos en ser aprobado lo que supone un gran avance. Además, su negociación fue de las más inmediatas dentro del derecho internacional.

Este Convenio aparece por una clara razón y es la necesidad de modificar la capacidad de las personas discapacitadas pues su objetivo es que todos sus derechos sean reconocidos, así como los medios necesarios para erradicar todo tipo de obstáculos o impedimentos pues la vida de estas personas está claramente más limitada que la vida de las personas con una capacidad ordinaria. Gracias a la Convención las personas con discapacidad dejarían de ser sujetos invisibles pues así es como se les consideraba, siendo ahora personas con derechos reconocibles.

El Convenio se inclina por un diseño de soportes y ayudas para elaborar un dispositivo orientado a dar efecto a aquellos derechos de las personas que sufren una discapacidad. Se trata de un instrumento jurídico que ha dado lugar a un mayor protagonismo a este grupo.

Haciendo referencia a su artículo 1 podemos señalar que su principal objetivo es *“promover, proteger y asegurar el disfrute pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades*

*fundamentales*<sup>24</sup>. Para conseguir este objetivo, los Estados han de garantizar que se suministren todas las medidas oportunas para así prevenir cualquier vulneración. Para conseguir dicho objetivo, los obstáculos o impedimentos que mencioné anteriormente deben cambiar y todo ello para conseguir ese impulso, esa protección y esas garantías para el disfrute íntegro, ya que es el mundo el que debe transformarse y no aquellas personas con discapacidad.

Debo hacer referencia a lo que engloba la persona con discapacidad a la que hace referencia dicha Convención, pues, aunque aparecen indicadas algunas personas eso no supone que las demás estén excluidas pues pueden estar amparadas por otras legislaciones y ello por una clara razón, la diversidad de las personas con discapacidad, pues cada persona necesitará un procedimiento jurídico diferente.

Profundizando en dicha Convención, es importante enumerar los principios que tienen que inspirar la regulación de la discapacidad y que se van a convertir en el núcleo de la Convención de Nueva York de 2006.<sup>25</sup> Los principios aparecen formulados en el artículo 3 de la Convención y son los siguientes:

1. Principio de supremacía del interés de la persona con discapacidad. Se menciona en los arts. 7 y 23 de la Convención al hacer referencia a los menores con discapacidad, aunque debe referirse a todas las personas con discapacidad.
2. Principio de no discriminación por razón de discapacidad.
3. Principio de respeto a las decisiones personales. Se refiere a que se respeten los deseos, la voluntad y las preferencias de la persona.
4. Principio de proporcionalidad. Alude a que las medidas adoptadas han de ser proporcionales y ajustadas a la situación de las personas.
5. Principio de temporalidad. Es imprescindible que las medidas adoptadas se impongan en el período más corto posible.
6. Principio de revisión necesaria. Las medidas deben ser objeto de exámenes regulares por parte de uno organismo independiente e imparcial.

---

<sup>24</sup> Artículo 1. Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006

<sup>25</sup> PAU PEDRÓN, A., “De la incapacitación al apoyo: El nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código Civil”, *Revista de Derecho Civil*, vol. V, n. 3, 2018, págs. 8-13

7. Principio de apoyo desinteresado y leal. Hace referencia a que aquellas personas que ofrecen el apoyo a estas personas tienen que intervenir de tal forma que no exista una situación de conflicto.

La Convención de 2006 adoptó el principio de “*participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad*”<sup>26</sup>. Con dicho principio se quiere eliminar todos aquellos obstáculos que impiden que los derechos sean ejecutados, por ejemplo, el derecho de voto. Otra gran aportación de la Convención fue la adopción del principio de “*accesibilidad*” que se relacionan con derechos que la misma convención reconoce. Así lo establece el artículo 19 en el que se reconoce el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad, donde se contempla la exigencia de los Estados de aplicar normas que favorezcan el ejercicio de este derecho para las personas con discapacidad<sup>27</sup>. Así como el artículo 24 en el que se reconoce el derecho a la educación inclusiva a todos los niveles, así como la formación para toda la vida garantizando los Estados que las personas con discapacidad no estén en una situación excluyente en cuanto a la educación pudiendo tener acceso a la educación en las mismas condiciones que los demás, si bien es cierto que se aplicarán las medidas necesarias dependiendo de las necesidades de cada persona<sup>28</sup>.

Otros derechos importantes los encontramos en los artículos 26 y 27 donde se reconoce el derecho a la habilitación y rehabilitación cuyo objetivo es alcanzar la mayor autonomía y capacidad en todos los sentidos y la inclusión y participación en todas las esferas de la vida, así como el derecho a un trabajo en un ambiente libre, integrador y asequible a las personas con discapacidad.<sup>29</sup>

Sin embargo, la Convención no sólo reconoce los derechos de las personas con discapacidad, sino que profundiza en la esfera social donde se engloban todos los derechos humanos cuyo objetivo es que la sociedad identifique los errores y los transforme de tal forma que se consiga una aceptación por parte de las personas reconociéndose la dignidad humana. Así lo reflejan varios artículos de la Convención, como el artículo 5 que reconoce

---

<sup>26</sup> Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. Artículo 3

<sup>27</sup> Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. Artículo 19

<sup>28</sup> Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. Artículo 24

<sup>29</sup> Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. Artículo 26 y 27

el derecho a la igualdad y la no discriminación.<sup>30</sup> La Convención hace referencia a un mecanismo de asistencia que está incorporado en nuestro derecho a través de curatela y la tutela además de la guarda y el defensor jurídico.

Después de múltiples negociaciones acerca del término “discapacidad” y manteniéndose todos firmes en que la función de dicha convención es garantizar los derechos de todas las personas con discapacidad, sea cual sea el tipo de discapacidad, la Convención decidió que la definición de “discapacidad” debe incluir a aquellas personas con deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que pueden impedir su participación plena en la sociedad en igualdad de condiciones con los demás. Y como mencioné anteriormente, esas barreras que impiden la participación plena y en igualdad de condiciones deben removerse para garantizar el disfrute pleno de los derechos humanos. Por ello, afirmo que el problema no está en la persona, sino en la sociedad, ya que es la sociedad la que debe cambiar. Cabe destacar que esta definición no es cerrada, sino abierta, pues no se excluyen otras situaciones o personas.

Para conseguir que todas estas personas no sufran una discriminación en los derechos reconocidos, la Convención ve necesario incorporar una serie de medidas por parte de los Estados. He de mencionar a la Corte Interamericana de Derechos Humanos que determinó que no se permite ningún acto jurídico que colisione con el principio de igualdad, no se admiten tratos discriminatorios que perjudiquen a una persona por razones de género, raza, idioma, religión, opinión política, origen étnico, nacional o social, edad, patrimonio, etc.<sup>31</sup>

Y para que no se produzcan este tipo de conflictos, los Estados no deben llevar a cabo actos que puedan dar lugar a situaciones discriminatorias ya sea directa o indirectamente. Los Estados deberán aplicar medidas favorables para eliminar situaciones discriminatorias ya existentes. De hecho, la Convención declaró que aquellas medidas que sean necesarias para conseguir la igualdad de las personas con discapacidad no se contemplarán como discriminatorias. La Convención establece que, aunque se adopten medidas específicas, las personas con discapacidad cuentan con los mismos derechos que las demás personas.

Estas medidas y obligaciones no sólo incumben a los Estados, sino a todas las personas sean o no beneficiarias de las medidas, pues todos los ciudadanos tenemos derecho a vivir

---

<sup>30</sup> Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. Artículo 5

<sup>31</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos



en una sociedad inclusiva e integradora que respeta la dignidad de todos. Es por ello, que puedo afirmar que la Convención no sólo se ha creado para proteger los derechos de las personas con discapacidad, sino que estamos ante un tratado que fortalece la esfera de los derechos humanos de todos los ciudadanos.

En definitiva, gracias a la Convención de 2006 el Derecho internacional y los ordenamientos nacionales se han visto equiparado de nuevas herramientas para evadir la explotación y la vulneración de las personas con discapacidad. La Convención no desarrolla ningún derecho, sino que trata de proteger los derechos que ya existían, pero no se respetaban lo suficiente. Aunque la auténtica discriminación se encuentra en el pensamiento de la comunidad que está dotada de prejuicios que impiden a las personas con discapacidad el goce de sus derechos y para ello es necesario que se eliminen estos estereotipos consiguiendo una sociedad que pueda caracterizarse por ser integradora y que respeta la dignidad de todos los ciudadanos independientemente de sus diferencias.

La aparición del Convenio supuso un antes y un después a la hora de enfocar los derechos de las personas con discapacidad, aunque hay aspectos que han sido criticados y que algunos autores piensan que la Convención presenta algunos problemas.

### **4.3 EL COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD**

Debemos hacer especial mención al Comité que nació para supervisar el cumplimiento por parte de los Estados firmantes de la Convención y su obligación es proporcionar informes regulares sobre las medidas adoptadas para poner en práctica la Convención.

En primer lugar, debemos señalar la importancia que tiene el artículo 12 de la CDPD pues es el eje central de la Convención. En él se dispone que las personas con discapacidad tienen plena capacidad jurídica en todos los ámbitos de la vida y asigna a los Estados Parte la obligación de reconocer esa igualdad de condiciones en cuanto a la capacidad jurídica. La capacidad jurídica a la que hace referencia el art.12 de la CDPD se remite al ejercicio de derechos y obligaciones de los que se es titular a través de determinados actos o negocios jurídicos.<sup>32</sup>

---

<sup>32</sup> PONS GARCÍA, A., “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*, 2013, n.1, págs., 118 y ss

Conforme al artículo 35 de la Convención, los Estados parte deben presentar al Comité, en el plazo de dos años tras la entrada en vigor de la Convención para ese Estado, un informe inicial exhaustivo sobre las medidas que hayan adoptado para cumplir sus obligaciones conforme a la Convención. Posteriormente, los Estados parte presentarán informes ulteriores al menos cada cuatro años y en las demás ocasiones en que el Comité se lo solicite.

Pues bien, después de los informes enviados por España son varias las discrepancias que el Comité ha entendido que España está incumpliendo respecto de la Convención. Todos nos preguntamos qué ha hecho España para ajustar las normas a lo que exige la Convención. España ha publicado informes hasta la fecha donde mantiene su eficaz cumplimiento y puesta en práctica en nuestro Estado de lo que exige el artículo 12 de la Convención. Pero el Comité no le da la razón pues han sido varias las ocasiones en que el Comité ha insistido en la falta de cumplimiento de lo que exige la Convención además de que observa cómo nuestros gobernantes mantienen una actitud despreocupada para llegar al cambio.

España emitió su primer informe el 3 de mayo de 2010. En él expresa que el Código Civil actual no presenta ninguna deficiencia para su correcta aplicación.<sup>33</sup> Nuestro Estado expresaba que el proceso judicial de incapacitación es la herramienta más útil donde se priva, total o parcialmente, a una persona física de su capacidad de obrar y sólo puede declararse mediante sentencia atendiendo a las causas previstas en la ley. España señalaba que para incapacitar a una persona no bastaba con que sufriera una enfermedad, sino que lo realmente importante es que tal enfermedad impida gobernarse por sí misma.

Estas declaraciones pusieron en alerta al Comité porque ello no implicaba una compatibilidad con el ordenamiento de la Convención, pues no se puede aceptar un régimen que consienta cambiar o denegar judicialmente la capacidad jurídica de una persona sólo por el hecho de tener una discapacidad. Cuando el Comité conoció dichas declaraciones pidió a España un informe en el que se detallara el número concreto de sentencias judiciales de personas con discapacidad que se encuentran bajo la regulación de la tutela y qué medidas de salvaguardia se han aplicado en los casos en que existe conflicto de intereses. Además, exige conocer las medidas que se prevén adoptar para que la persona

---

<sup>33</sup> Informe inicial presentado por el Estado español al Comité, en cumplimiento del artículo 35 de la Convención:

<[https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD%2fC%2fESP%2f1&Lang=es](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD%2fC%2fESP%2f1&Lang=es)>

lejos de verse sujeta a la tutela cuenta con el apoyo para tomar decisiones en el desempeño de su capacidad jurídica, conforme al artículo 12 de la Convención.

Frente a estas exigencias España da respuesta al Comité proporcionando los datos sobre las cuestiones reclamadas, aunque realiza una declaración que vuelve a inquietar al Comité pues señala que será el tutor el que se verá obligado a cuidar al tutelado. Entendiendo que la figura de la curatela que es la que actualmente se entiende como la más acorde, y no la tutela, sin embargo, el informe no la menciona en ningún momento y tampoco menciona que para alcanzar la curatela también es necesario un juicio previo que modifique la capacidad. Se declaró que España vulneraba el artículo 12 de la Convención al declarar la incapacitación, además de que situar a una persona con discapacidad bajo el sistema de la tutela o cobertura de cualquier tipo parece violar su derecho a vivir de forma independiente.

En el año 2011 el Comité presentó sus conclusiones recomendando a España que evalúe y revise las leyes por las que se establecen los sistemas de sustitución en la toma de decisiones adoptando un sistema que respete la autonomía, voluntad y preferencias de la persona. Además, se aconseja que se suministre una formación sobre este asunto a todos los funcionarios públicos. Después de cada informe de los Estados, deberán presentar además informes regulares, por lo menos cada cuatro años, de acuerdo con la Convención. Por ello, el Comité lanza una serie de preguntas al Estado español para garantizar el cumplimiento cuestionándole sobre las medidas que reconocen la capacidad jurídica, la incorporación de leyes y políticas que sustituyan los sistemas de sustitución en la adopción de decisiones, además de que señalen qué régimen contemplan para la supervisión y evaluación de las resoluciones de guarda y tutela, además de un repaso y evaluación de sentencias de incapacitación dictadas hasta la fecha.

En los informes sucesivos, presentados en mayo de 2018 por España se mencionan muy pocas de las propuestas que el Comité había indicado. Sí admite que se está realizando un trabajo sobre el Foro Justicia y Discapacidad además se informa de la reforma del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento civil en materia de discapacidad donde se espera una modificación en la terminología y reducir el régimen de la tutela a los menores de edad no emancipados y no sujetos a patria potestad. También señala el Estado español que se van a controlar las instituciones de apoyo como la curatela, defensor judicial y guarda de hecho. Aunque habrá que esperar hasta julio de 2020 cuando el Consejo de ministros presenta el

Anteproyecto que será presentado como Proyecto de Ley pues en 2018 esta propuesta queda frustrada.

En definitiva, aquí hemos expuesto el debate y las diferencias entre el Estado Español y el Comité. Al comité le inquieta que el Código Civil de nuestro Estado pueda negar la capacidad jurídica a una persona por motivos de discapacidad y conserve sistemas de sustitución en la adopción de decisiones. Por ello, el Comité insiste a España en que elimine todas leyes discriminatorias, para erradicar completamente los sistemas de sustitución en la adopción de decisiones, conceda el reconocimiento de la plena capacidad legal de todas las personas con discapacidad e incluya herramientas de apoyo para la toma de decisiones que atiendan a la dignidad, autonomía, voluntad y preferencias de las personas con discapacidad.<sup>34</sup>

La respuesta del Comité al informe en 2019 resultó firme señalando su preocupación debido a que el Código Civil permite negar la capacidad jurídica a una persona por motivos de discapacidad y mantiene sistemas de sustitución en la adopción de decisiones.<sup>35</sup>

El Comité admite que los Estados lidian con multitud de desafíos al momento de poner en práctica el derecho de las personas con discapacidad para ser consultadas e incorporadas en la preparación, realización y supervisión de leyes y políticas que aplican la Convención. Por ello, los Estados parte tienen la tarea de incorporar las siguientes medidas:

- a) Abolir todas aquellas leyes que nieguen la capacidad jurídica y que priven a toda persona con discapacidad ser informada e incorporada activamente a través de las organizaciones de personas con discapacidad.
- b) Construir un ambiente favorable para el establecimiento y el desempeño de las organizaciones de personas con discapacidad, preparando un entorno de políticas adecuadas a instauración.
- c) Impedir toda amenaza, vejación o represalia contra las personas y organizaciones que impulsan y fomentan sus derechos. Los Estados parte deberían establecer herramientas

---

<sup>34</sup> LÓPEZ BARBA, E., *Capacidad jurídica. El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y las medidas no discriminatorias de defensa del patrimonio*, Dykinson, 2020, pág. 42

<sup>35</sup> Observaciones finales sobre los informes periódicos segundo y tercero combinados de España, emitido por el Comité sobre los Derechos de las personas con discapacidad, perteneciente a las Naciones Unidas, de 13 de mayo de 2019, podemos encontrarlos en: [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD%2fCO%2fCO%2f2-3&Lang=es](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD%2fCO%2fCO%2f2-3&Lang=es)

para salvaguardar a las personas con discapacidad y sus organizaciones contra cualquier tipo de acoso o intimidación, especialmente cuando cooperan con el Comité.

d) Impulsar la elaboración de organizaciones de personas con discapacidad que se ocupen de adecuar y representar las labores de sus integrantes, así como organizaciones individuales que tengan algún tipo de deficiencia cuyo objetivo sea garantizar su inserción e implicación en el procedimiento de supervisión.

e) Promulgar leyes y políticas que aprueben el derecho de las organizaciones de personas con discapacidad a la contribución e inserción, así como una normativa que incorpore los procesos para la realización de consultas.

f) Fijar los dispositivos de consulta con organizaciones de personas con discapacidad como las mesas redondas o diálogos participativos.

g) Asegurar y respaldar la participación de personas con discapacidad por medio de organizaciones de personas con discapacidad que muestren una variedad de situaciones.

h) Colaborar con las organizaciones de personas con discapacidad que representan a las mujeres y niñas con discapacidad y garantizar su participación directa en todos los procesos de adopción de decisiones en el ámbito público, en un entorno seguro. Trabajar con las organizaciones de personas con discapacidad que actúan en nombre de las mujeres y niñas con discapacidad y asegurar su participación en todos los procedimientos de toma de decisiones en un ambiente de seguridad.

i) Informar e incluir a las personas con discapacidad mediante las organizaciones en la programación, realización, control y evaluación de los procedimientos de toma de decisiones.

j) Incentivar y ayudar a la instauración, el refuerzo de la aptitud, la subvención y la participación de las organizaciones de personas con discapacidad, incluyendo a los padres y familiares en su rol de ayuda.

k) Formular e iniciar las herramientas adecuadas de aplicación, con multas y recursos en caso de violación por los Estados parte de las obligaciones.

l) Asegurar el acceso a todas las instalaciones, equipos, encuentros, procesos e información para la aplicación de decisiones.

- m) Redactar planteamientos para garantizar la intervención de niños y niñas con discapacidad en los procedimientos de asesoría que sean integradores, apropiados para su edad y que se ajusten a los derechos de libertad de expresión y pensamiento.
- n) Realizar los procesos de consulta de manera libre.
- p) Asegurar que las organizaciones de personas con discapacidad tengan la posibilidad de pedir y disponer de ayuda financiera y otros recursos de procedencia nacional como internacional.
- q) Asegurar que los procesos de consulta que no se refieran exclusivamente a la discapacidad estén disponibles y comprendan a las personas con discapacidad.
- r) Incluir e informar a las personas con discapacidad en los procedimientos de preparación de presupuestos públicos, que se las tenga en cuenta en la adopción de resoluciones internacionales y colaboración con otros estados y consentir que se inserten sus opiniones en la puesta en práctica de la Agenda 2030.
- s) Asegurar su intervención y cómodo ingreso a los organismos de coordinación a todas las categorías de gobierno.
- t) Impulsar y asegurar su participación e inserción en los instrumentos internacionales de derechos humanos tanto a escala regional como mundial.
- u) Fijar los índices de una participación correcta

## 5. PRIMERAS ADAPTACIONES AL CONVENIO DE NUEVA YORK. HACIA UNA REFORMA CIVIL Y PROCESAL PARA EL APOYO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

### 5.1 PRIMERAS ADAPTACIONES LEGALES A LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK

#### 5.1.1 El Informe del Consejo de ministros de 30 de marzo de 2010

El 30 de marzo de 2010 el Consejo de Ministros aprobó el *‘Informe sobre las medidas necesarias para la adaptación de la Legislación a la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad’*. Después de que el grupo de trabajo interministerial<sup>36</sup> analizara la legislación interna desde la perspectiva de la Convención, se recopiló en el Informe las reflexiones correspondientes.

Según el Informe, la adaptación ha de abarcar todas las áreas del derecho positivo español, pero todo lo relativo al derecho civil y procesal mostrará una relevancia mayor, de tal forma que será preciso examinar tanto el Código Civil como la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En cuanto al Código Civil es necesario remitirse al acto de salvaguardar y reconocer a las personas con discapacidad una capacidad jurídica plena por parte de todos los Estados Parte.

La necesidad de ofrecer una igualdad de trato a las personas con discapacidad se plasma a través de la introducción y adopción del sistema de apoyos, es decir, la disposición de apoyos voluntarios y legales para aquellas personas con discapacidad que en aquellos casos específicos y solamente necesarios no puedan decidir por ellos mismos sin vulnerar ningún derecho fundamental. De tal forma que el Consejo de ministros decide establecer este texto en el Título XI del Libro I, pues es el que trata sobre las medidas de apoyo para las personas con discapacidad. Pero, además, la sentencia que dicta el Juez que modifica la capacidad deberá recopilar todo lo que se refiera a la medida, pero en ningún caso las personas que brinden el apoyo van a intervenir en aquellos actos que traten derechos personalísimos de las personas con discapacidad.

En cuanto a la LEC, el *Informe* resalta las adaptaciones necesarias en el proceso que modifica la capacidad donde la sentencia se ocupa de fijar los actos para los que la persona

---

<sup>36</sup> Creado el 10 de julio de 2009 por el Consejo de Ministros y a propuesta del Ministerio de Sanidad y Política Social cuya función es estudiar la legislación española en materia de discapacidad para adaptarla a la Convención de Nueva York

necesitará la medida de apoyo, así como de establecer quién será esa persona o las medidas de apoyo, es decir, se recopilarán todas las situaciones relativas al caso por el cual se modifica la capacidad.<sup>37</sup>

### **5.1.2 Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad**

Un primer esfuerzo de reajuste del Derecho español a la Convención se produce el 3 de agosto de 2011 cuando entra en vigor en España la Ley 26/2011, donde se recoge en el texto legal la plena igualdad jurídica de las personas con discapacidad, cuando se afirma “se pasa así a considerar a las personas con discapacidad plenamente como sujetos titulares de derechos y no como meros objetos de tratamiento y protección social” y además se mencionan los principios generales del art 3 de la Convención. Este cambio de perspectiva de la discapacidad es resultado del reemplazo del modelo anterior, que era el médico o rehabilitador, por el modelo social.<sup>38</sup>

Además de la Ley 26/2011, es importante mencionar el Real Decreto 1276/2011, de 16 de septiembre, cuyo fin es adaptar la regulación vigente en materia de discapacidad al Reglamento de la Convención, con la conexión que establece la Ley 26/2011.

Por último, es importante señalar la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia. Aunque se emitió el mismo mes y año que la Convención todavía no había sido ratificada por España y sigue la misma línea que la Convención.<sup>39</sup>

## **5.2 JURISPRUDENCIA UNA VEZ APROBADO EL CONVENIO**

### **5.2.1 Introducción**

Como ya hemos visto, el Convenio de Nueva York supuso un primer impacto para que empezaran a aparecer una serie de cambios y adaptaciones dando lugar a la aparición y desarrollo del anteproyecto de la Ley 8/2021. La implantación de la Convención que se convirtió en parte de nuestro Derecho interno cuando fue promulgado, se convirtió en

<sup>37</sup> PONS GARCÍA, A., “El artículo 12 de la convención de Nueva York ... cit. págs. 104-107

<sup>38</sup> MARÍN VELARDE, A., “La discapacidad: su delimitación jurídica”, en MUÑIZ ESPADA, E., (coord.), *Contribuciones para una reforma ...*, cit, págs.52-53

<sup>39</sup> PAU PEDRÓN, A., “De la incapacitación al apoyo...” cit., pág. 6



contradictorio con diversas disposiciones de nuestro ordenamiento que fue necesario modificar. La Convención supuso la aparición de pequeñas reformas, pero, además, dio lugar a la gran reforma de 2021, de la que hablaré más adelante.

No conviene olvidar la puesta en marcha de la Convención de 2006 que completó este cambio de perspectiva en la discapacidad al señalar que al enfermo psíquico se le debe proporcionar un sistema de protección, no de exclusión. Pero esta Convención exige progresar más pues dicha protección debe dirigirse a un objetivo principal que es identificar y preservar la voluntad, deseos y preferencias de estas personas. De forma más clara, con esa protección nos estamos refiriendo a que se desempeñe satisfaciendo la voluntad, deseos y preferencia de esas personas y no enfocándose en el “interés” de las personas con discapacidad. Este es el gran punto que da lugar a ese cambio profundo pues debemos hacer hincapié en la voluntad, deseos y preferencias de la persona antes que en el interés de la persona con discapacidad. Aunque distinta es la supremacía del interés propio de la persona con discapacidad, que es uno de los principios más importantes de la Convención. Dicho en otras palabras, cuando entra en conflicto el interés de la persona con discapacidad con el interés de otras personas tiene preferencia el primero, y así lo señala el Tribunal Supremo en la Sentencia 3925/2017 de 8 de noviembre al indicar que el interés de la persona con discapacidad es superior a cualquier otro.<sup>40</sup>

Como resultado de este nuevo enfoque la discapacidad ha de quedar claro que la discapacidad ni es, ni debe dar lugar a un nuevo estado civil, al contrario de lo que sucedía con la incapacitación, pues así lo expresa la Convención de Naciones Unidas de 2006 cuando indica que las personas con discapacidad no pueden contemplarse como conjunto determinado y ello por varios motivos.

En primer lugar, resulta superficial pensar que las personas con discapacidad cuentan con una posición uniforme considerando que pertenecen a un conjunto determinado. Por ello, debe evitarse una normativa simple y estricta como expresó la STS 29 de abril de 2009<sup>41</sup>. En segundo lugar, porque es preciso procurar que el impacto de la discapacidad no lo soporten las personas que lo sufren, sino aquellas capaces, que son las responsables en adoptar las medidas necesarias permitiendo a las personas con discapacidad tener una vida personal y social íntegra. La razón es muy clara y es que las limitaciones que soportan estas

---

<sup>40</sup> STS (Civil) de 8 de noviembre de 2017 (Roj: STS 3925/2017 - ECLI:ES:TS: 2017:3925)

<sup>41</sup> De “grupo de personas” sigue hablando, a nuestro juicio inadecuadamente la, por lo demás, acertada Sentencia del TS, Sala de lo Civil, de 29 de abril de 2009 (Roj: STS 2362/2009 – ECLI:ES:TS:2009:2362)

personas no dependen sólo de ellas, sino de los obstáculos que establecen quienes los rodean, obstáculos que dificultan su incorporación plena en la sociedad en idénticas condiciones con las demás. Y por último porque el acto legislativo que establece su inserción no resulta hoy en día adecuado.

La creación del novedoso modelo de apoyos tiene su origen en la Convención de Nueva York y de la siguiente e indispensable proyección jurisprudencial del TS que como intérprete de esta elabora un sistema desde la visión de las personas con discapacidad y de la eficacia de sus derechos complementándolo con su capacidad jurídica.

Es cierto que, la Convención no precisó, pues no era su cometido, fijar los tipos de apoyo, pues cada régimen jurídico tiene sus competencias, pero sí estableció la exigencia de armonizar la vida de las personas con discapacidad y su participación en todos los ámbitos. El gran cambio radica en reemplazar el sistema de sustitución de la persona en la toma de decisiones (sistema de incapacitación judicial) por el sistema basado en el apoyo (asistencia) para pronunciarse por sí mismo.

### **5.2.2 Algunas Sentencias desde que fue aprobado el Convenio de Nueva York**

Hay que destacar la sentencia pionera del TS que fue la Sentencia del Pleno de la Sala Primera de 29 de abril de 2009, que estableció los criterios interpretativos que permitían adaptar la legislación interna a los principios de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad.<sup>42</sup>

En contraste con lo perseguido por la Convención, el procedimiento de incapacitación al que están sometidas las personas con discapacidad ha implicado durante años una privación de sus derechos vinculada a la sujeción a una tutela. La Jurisprudencia actual ha relajado estas situaciones como podemos ver en la STS de 29 de abril de 2009 teniendo siempre presente las indicaciones de la Convención que ya formaba parte de nuestro derecho interno, pues dicha sentencia señaló que “la insuficiencia mental para justificar un estatuto particular de incapacidad o capacidad limitada y por lo tanto para *derogar el principio de igualdad formal (artículo 14 CE)*, tiene que representar un estado patológico, que debe ser detectado a través de una compleja valoración de las condiciones personales del sujeto, siempre en relación con el

---

<sup>42</sup> Expresamente la Sentencia indica que de la prueba practicada ha quedado acreditado que la demandada está afectada por una *incapacidad total y permanente* que limita funcionalmente la *capacidad para regir su persona y administrar sus bienes*. Y en ella se pone de manifiesto por el TS las reglas interpretativas que permiten compaginar el sistema constitucional de protección de las personas con falta de capacidad con la Convención de Nueva York de 13 diciembre 2006, sobre los derechos de las personas con discapacidad, y con lo establecido en el Código Civil a partir de la reforma de 1983

*exclusivo interés de la persona.* Esta sigue teniendo la cualidad de tal y, por tanto, sigue teniendo capacidad jurídica y sólo por medio de una sentencia puede ser privada de la capacidad de obrar en la medida que sea necesario para su protección.”

Con posterioridad a la publicación de la Convención, el Tribunal Supremo empezó a dar los primeros pasos remodelando el contexto en que debían ubicarse las dos instituciones básicas de nuestro ordenamiento referentes a la protección en función de la nueva prioridad del sistema de apoyos a la persona con discapacidad. Más adelante, la STS de 29 de abril de 2009 cuando la Convención de Nueva York ya formaba parte de nuestro ordenamiento, saca provecho y establece los nuevos criterios necesarios. Admite que las causas de incapacidad están desarrolladas en nuestro ordenamiento, a partir de la reforma de 1983, como abiertas ya que no hay una lista cerrada, y, además hay una presunción de capacidad que se impone a toda persona mayor de edad, que únicamente se esfuma cuando se demuestra la existencia de una enfermedad permanente que permita deducir que aquella persona no se encuentra en situación de dirigir su persona, administrar sus bienes y realizar las demás funciones de una persona media.

En la Sentencia de 11 de octubre de 2012 se instaura la curatela como la figura para prestar asistencia a una persona con discapacidad siguiendo las indicaciones de la Convención, desde “un modelo de apoyo y de asistencia y el principio del superior interés de la persona con discapacidad, que, manteniendo la personalidad, requiere un complemento de su capacidad”. Lo principal es que ya vemos que se da ese paso al término *apoyo* como uno de los puntos principales sobre el cual girará el Anteproyecto. El planteamiento esencial en la fijación de la medida de apoyo de las personas con discapacidad se enfoca en el Principio de proporcionalidad donde la autoridad judicial deberá tener presente los derechos a su integridad personal, administración de sus bienes, libertad de desplazamiento, derecho a vivir de forma independiente, a la salud, entre otros. Tengamos en cuenta que la Convención en el párrafo 4, de su art.12 obliga a los Estados Parte a que en todas aquellas medidas que se vayan a adoptar que se refieran a la capacidad jurídica sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de las personas.

El cambio presentado y enunciado en la Convención de 2006 se pone de manifiesto en varias sentencias de nuestro Tribunal Supremo. Una de ellas es la STS de 24 de junio de 2013. En ella encontramos a una persona que sufre una esquizofrenia paranoide

produciéndose la modificación parcial de su capacidad donde se determina a un curador. Hay una necesidad de una supervisión tanto en los aspectos patrimoniales como en aquellos que afectan a la persona, que garanticen su estado de salud, el pago de sus necesidades ordinarias, eviten el gasto excesivo y la manipulación por parte de terceras personas, y para ello resulta determinante que se aplique la curatela y no la tutela, reinterpretada a la luz de la citada Convención, desde un modelo de apoyo y de asistencia y el principio del superior interés de la persona con discapacidad, que, manteniendo la personalidad, requiere un complemento de su capacidad.<sup>43</sup>

Este propósito debe ser dirigido en la actualidad a dotar de los apoyos necesarios que en cada caso pueda requerir la persona con discapacidad con el objetivo de *promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales*, de acuerdo con los criterios de la Convención.

Este cambio procede desde la presunción de no mecanizar los expedientes de incapacitación, de tal forma que, al especificar cada caso, el diagnóstico de una enfermedad grave con trastorno mental no implique la solución de una incapacidad plena y en consecuencia se aplique necesariamente como medida de guarda y protección una tutela. Al tener prioridad la medida de apoyo, se investigará el nivel de autogobierno y el contexto en el que necesitará la asistencia para modificarlo, de manera que una curatela adaptable se ajustaría mejor a la función de apoyo y protección.

Tengamos presente que la tutela es el sistema de apoyo más firme pues así lo pone de relieve la Jurisprudencia (STS de 18 de diciembre de 2015)<sup>44</sup>, lo cual quiere decir que va a ser aplicada por el Juez cuando la incapacidad es total, es decir, cuando la persona con discapacidad no puede decidir por sí mismo ni tampoco con el apoyo de otras personas. La curatela, en su lugar, es la medida de apoyo más flexible pues es empleada para dar asistencia como un suplemento de la capacidad, pero sin reemplazar a la persona con

---

<sup>43</sup> STS del Tribunal Supremo, de 24 de junio de 2013, (Roj: STS 3441/2013 - ECLI:ES:TS:2013:3441)

<sup>44</sup> Sentencia que declara la incapacidad total y permanente del demandado para gobernarse por sí mismo al tener mermadas sus facultades intelectivas, cognitivas y volitivas. No tiene capacidad laboral, padece una enfermedad crónica, irreversible y grave que merma su capacidad de gobierno y de administración de sus bienes y sufre un Trastorno Orgánico de la Personalidad, de evolución progresiva con afectación visual, resultándole imposible la permanencia en pie y la deambulacion. Es dependiente en todas las actividades de la vida diaria, careciendo de un adecuado nivel de autonomía. Es más beneficioso para el incapaz someterla a la tutela y no a la curatela, por su incapacidad para autogobernarse. (Roj: STS 5224/2015 – ECLI:ES:TS:2015:5224)

discapacidad. Aunque, por supuesto, dicha flexibilidad de la curatela no alcanza la realización de ninguna acción personalísima como puede ser el otorgamiento de testamento<sup>45</sup> o la autorización para contraer matrimonio.

Aunque no debemos olvidar aquellas situaciones en las que la propia persona conoce una futura discapacidad y manifiesta su voluntad a través de una escritura pública de la auto curatela nombrando a una persona para que sea quien preste el apoyo. En este caso el Juez acatará la decisión salvo que el nombramiento de otra persona sea más beneficioso.

Como observamos ya se empieza a interpretar y valorar de un modo nuevo el principio del interés de la persona con discapacidad, aunque es en los últimos años donde se aprecia claramente este cambio. Por ejemplo, en la Sentencia de 27 de septiembre de 2017, se trataba de una persona con síndrome de Down, con déficit intelectual leve que influye en las decisiones sobre su salud, higiene, horarios, desplazamientos...el Supremo contempla que debe ser controlado porque restringe considerablemente su autosuficiencia. Considera que no es necesario que se someta a tutela, que es propia de una incapacitación total, sino a una curatela que llene esa capacidad en el aspecto personal y patrimonial.<sup>46</sup>

Y ahora, vamos a analizar el otro gran cambio que se produce: el paso hacia la derogación del procedimiento de declaración de incapacitación empieza a notarse en las sentencias del Supremo como en la que vamos a ver a continuación que se refiere a la supresión del procedimiento de incapacitación judicial de la persona con discapacidad que va a dar lugar a un cambio total en nuestro ordenamiento, supresión que ya había solicitado la Convención.

Nos remitimos a la STS de 16 de mayo de 2017, que señaló que el sistema de apoyos al que se refiere la Convención está compuesto en nuestro derecho interno por la tutela y la curatela, junto con otras figuras, como la guarda de hecho y el defensor judicial. Todas ellas deben ser entendidas conforme a los principios de la Convención. Nos referimos a una persona cuya enfermedad no le permite ejercitar sus derechos porque le impide autogobernarse; medidas que no contradicen los principios de la Convención ni violan el principio de igualdad al tratar de forma diferente a los que tienen capacidad para gobernar su persona y bienes y aquellas otras que por diferentes condiciones no pueden regirse por sí mismas. Se analiza un supuesto de modificación parcial de la capacidad del demandado,

---

<sup>45</sup> AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. y MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M., *Derecho de sucesiones y discapacidad: retos y cuestiones problemáticas*, Fundación coloquio jurídico europeo, Madrid, 2020

<sup>46</sup> STS (Civil) de 27 de septiembre de 2017 (Roj: STS 3376/2017 - ECLI:ES:TS:2017:3376)

que padece la enfermedad de Alzheimer que le provoca un deterioro cognitivo y alteraciones de conducta. La discapacidad intelectual que padece le limita su autogobierno tanto en el ámbito personal como en el patrimonial y para complementar su capacidad necesita de la asistencia de un curador y no de un tutor. Es suficiente un apoyo que, sin sustituir a la persona con discapacidad, le ayude a tomar las decisiones que le afecten. Se declara que el demandado tiene una “alta reserva cognitiva”, lo que no es compatible con su sometimiento a tutela. A la hora de designar al curador no se prescinde de la voluntad del demandado alterando el orden legal porque no se identifica una preferencia clara e inequívoca. Se declara a su hijo mayor como el más idóneo para ejercer el cargo.<sup>47</sup>

La Jurisprudencia vigente continua en la vía de reintegrar la capacidad total de la persona ante la mínima duda. Así lo hizo la SAP de Girona de 16 de septiembre de 2019, que reintegró la capacidad total de la persona que se encontraba incapacitada por falta de pruebas de que sufriera el Síndrome de Asperger.

### **5.3 EVOLUCIÓN LEGISLATIVA: LA APARICIÓN DEL ANTEPROYECTO DE LEY DE LA REFORMA DE LA LEGISLACIÓN CIVIL Y PROCESAL**

A pesar de los sucesivos ajustes que se han ido produciendo en el tratamiento de la discapacidad, la mayor parte de la doctrina entendió que era necesaria una reforma más profunda. Una de las razones es que la protección o el apoyo que necesitan las personas con discapacidad no ha de ejercitarse de un modo objetivo, es decir, en interés de la persona con discapacidad, sino de un modo subjetivo, es decir, atendiendo a la “voluntad, deseos y preferencias” de la persona. Ese es el punto clave en torno al cual gira el Anteproyecto.<sup>48</sup>

Los siguientes párrafos que abordan el Anteproyecto van a ser tratados desde el punto de vista de Pau Pedrón, ya que realizó un trabajo bastante claro del contenido del Anteproyecto.

El Anteproyecto de Ley de la reforma de la legislación civil y procesal surge por la necesidad de modificación que va a tener el Código Civil, la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley del Registro Civil debido al gran paso necesario en la adaptación de nuestro ordenamiento a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. Como ya hemos visto,

<sup>47</sup> STS de 16 de mayo de 2017 (Roj: STS 1901/2017 - ECLI:ES:TS: 2017:1901)

<sup>48</sup> PAU PEDRÓN, A., “De la incapacitación al apoyo...”, cit., pág. 4

la Convención incorpora importantes avances en el tratamiento de la discapacidad además de reclamar a los Estados parte que suministren las salvaguardias adecuadas en las medidas que se refieren al ejercicio de la capacidad jurídica para evitar los abusos de acuerdo con el Derecho Internacional. Se fija así la transformación de un régimen hasta ahora vigente en nuestro ordenamiento. Esta reforma es fruto de la ratificación por España de dicho tratado. El Anteproyecto de Ley fue presentado el 26 de septiembre de 2018 y reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad dando lugar a la adaptación del derecho interno a la Convención implicando un cambio significativo de nuestro derecho en materia de discapacidad que se caracteriza por el respeto de los derechos humanos de las personas con discapacidad esforzándose por dotar de una mayor autonomía en la toma de sus decisiones, es decir, que la capacidad jurídica sea igual para todos respecto a ser titular de derechos y obligaciones como respecto a ejercitarlos.

En la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley emitido el 17 de julio de 2020 se mantiene esta percepción de la discapacidad determinando que “la nueva regulación está inspirada, como nuestra Constitución en su artículo 10 exige, en el respeto a la dignidad de la persona, en la tutela de sus derechos fundamentales y en el respeto a la libre voluntad de la persona con discapacidad, así como en los principios de necesidad y proporcionalidad de las medidas de apoyo que, en su caso, pueda necesitar esa persona para el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás”.

El Anteproyecto, y en definitiva la reforma, ha traído consigo un cambio en el empleo de las expresiones. En concreto en la Ley de Jurisdicción Voluntaria al amparo del art. 7.20.3 de la Ley 8/2021, de 2 de junio, donde vemos cómo cambian estos términos al pasar de “personas con la capacidad modificada judicialmente” a “personas con discapacidad” o “personas con discapacidad con medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica”.

En consecuencia, aquellas personas con discapacidad que requieran de apoyos para realizar determinados actos para el desempeño de sus derechos y cumplimiento de sus obligaciones como cualquier sujeto, se sujetarán al “proceso sobre provisión de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad”.<sup>49</sup> Este procedimiento se regula dentro de la Ley de Jurisdicción Voluntaria en el Capítulo III bis bajo la nueva rúbrica “Del expediente de

---

<sup>49</sup> SERRANO GARCÍA, I., “Proyectos...” cit., pág. 80

provisión de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad”; y en el Título I del Libro IV de la LEC bajo la nueva rúbrica “De los procesos sobre provisión de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad, filiación, matrimonio y menores”, siendo estas normas aplicables desde su entrada en vigor el 3 de septiembre de 2021.

En resumidas cuentas, el elemento clave del Anteproyecto es la transición del antiguo sistema de incapacitación o modificación de la capacidad de obrar por el nuevo sistema de apoyos, siendo la curatela la figura principal de medida de apoyo. Uno de los motivos de este cambio es “evitar una regulación abstracta y rígida de la situación jurídica del discapacitado” como bien apuntaba la STS de 29 de abril de 2009.

En este cambio se van a ver afectadas diferentes textos legales: Ley Hipotecaria, Ley de Registro Civil, Ley de Enjuiciamiento Civil, Ley de Jurisdicción Voluntaria, y por supuesto y en mayor medida, el Código Civil que es donde vamos a centrarnos.

### 5.3.1 Características del Anteproyecto

Vamos a indicar una serie de rasgos que contiene el Anteproyecto, que se trasladaron posteriormente al Proyecto de Ley, y que se plasman, finalmente, en la Ley 8/2021.

1. Para hacer efectiva la autorregulación de la discapacidad existen tres medios posibles: la escritura de previsión de medidas de apoyo sobre la propia persona o los propios bienes, los poderes preventivos y la auto curatela. El poder preventivo tiene dos modos de configuración: el poder con eficacia actual o el poder con eficacia futura. En el caso del poder con eficacia futura para el caso de discapacidad estamos ante un momento concreto en que comenzará su vigencia, pero ese momento no lo establece una declaración oficial (como sucedía con la antigua incapacitación), sino que habrá que estar a las previsiones del poderdante. Para garantizar su cumplimiento se prevé la posibilidad de que dicha discapacidad se compruebe a través de un Acta notarial que incluya el criterio del notario y un informe pericial. La Ley 41/2003 fue la responsable de introducir en el Código Civil los poderes preventivos y con esa reforma se añadió el artículo 1732 que señalaba que *«el mandato se extinguirá, también, por la incapacitación sobrevinida del mandante» aunque añade como salvedad: «a no ser que en el mismo se hubiera dispuesto su continuación o el mandato se hubiera dado para el caso de incapacidad de mandante apreciada conforme a lo dispuesto por éste»*.<sup>50</sup>

---

<sup>50</sup> Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, Ley de Enjuiciamiento Civil y Normativa Tributaria



Con el Anteproyecto la Sentencia que concluye un procedimiento de prestación de apoyos no se incluye entre las causas de extinción del mandato del artículo 1732. ¿Significa esto que persisten los poderes no preventivos tras una sentencia que determina una ayuda a una persona con discapacidad? La respuesta es que estos poderes persisten cuando se trata de actos que no están señalados en la sentencia porque la persona con discapacidad los puede realizar por sí misma.

La reforma de 2003 también introdujo en el Código Civil la autotutela que recientemente se conoce como autocuratela. El Anteproyecto pretende distinguir perfectamente en qué consiste la actuación del particular y la actuación del juez. El particular determina un autocurador mientras que el juez nombra curador al designado.

2. Se da prioridad a la autorregulación antes que a la heterorregulación. Las denominadas instituciones de apoyo están enumeradas en el artículo 249 de la Propuesta que corresponden a las medidas legales o judiciales y son las siguientes:

- a) El guardador de hecho que se encarga de brindar el apoyo sin que existan medidas predisuestas voluntarias o judiciales.
- b) La curatela: se recurre a ella para aquellos casos en que se necesite un apoyo continuado.
- c) El defensor judicial que será necesario cuando dicho apoyo se precise de un modo ocasional.

3. Existe la posibilidad de que se dé una coexistencia entre las medidas de autorregulación y las de heterorregulación, cuando unas u otras sean escasas. Así lo establece, por ejemplo, el artículo 256 cuando señala que *“los poderes (preventivos) mantendrán su vigencia pese a la constitución de otras medidas de apoyo en favor del poderdante, tanto si éstas han sido establecidas judicialmente como si han sido previstas por el propio interesado»*.<sup>51</sup>

4. La autorregulación no está obligada a someterse a un control judicial previo sino solo a uno posterior. En caso de que nos encontremos ante un poder preventivo, la determinación del inicio de la discapacidad no puede ser efectuada autónomamente por el juez, sino que habrá que atender a las circunstancias previstas por el del poderdante. Como mencionamos anteriormente, para asegurar el cumplimiento se otorgará, si fuera necesario, un Acta notarial que incluya un informe pericial, adicionalmente de la constatación del Notario.

---

<sup>51</sup> Código Civil. Libro I. Título XI. De los poderes y mandatos preventivos. Capítulo II

5. Se contempla la posibilidad de que el guardador de hecho pueda llevar a cabo actos representativos específicos a través de autorizaciones judiciales también específicas, sin que sea necesario que se haya realizado un procedimiento previo de fijación de apoyos. Se trata de una de las grandes novedades que incluye la Propuesta. Es decir, ya no será necesario para realizar un acto en nombre de la persona “en guarda” un procedimiento judicial de prestación de apoyos, lo que se conocía como “procedimiento de incapacitación”, sino que bastará con que el juez conceda una autorización específica para dicho acto. Aunque el artículo 261, según el Anteproyecto, establece que en caso de que sea necesario certificar la representación, la persona que desempeñe la guarda de hecho reclamará la correspondiente autorización. Lo que sucedía hasta ahora era todo lo contrario pues para llevar a cabo cualquier acto representativo se exigía una previa incapacitación, que debía ser declarada por el juez como total y definitiva dando lugar a una situación desmesurada. La guarda de hecho es simplemente un apoyo que se puede dar cuando no existan medidas de apoyo voluntarias o judiciales. Pero este es uno de los temas que abordaremos más adelante con más detenimiento.

6. La curatela es ahora el instrumento esencial para el apoyo establecido judicialmente a la persona con discapacidad. Con la reforma del Código Civil de 1983 se estableció la curatela como una de las instituciones que permitían al juez regular los límites impuestos al incapaz. Con la reforma futura lo que se consigue es elevar la curatela al rango de máxima categoría de apoyo para la persona con discapacidad. Antes de la reforma, el Código Civil apenas dedicaba normas a la curatela pues lo que hacía era remitirse a la tutela. Pero la futura reforma concede supremacía a la curatela frente a la tutela. Lo que ahora conviene es eliminar la dicotomía tutela-curatela y centrarnos en brindar el apoyo de la persona con discapacidad al terreno particular de la curatela.

En la reforma actual del Código Civil se circunscribe la tutela a los menores de edad no emancipados y no sometidos a patria potestad para enfocar en la curatela el apoyo que requieren las personas con discapacidad. Dependiendo del grado de discapacidad, el juez se inclinará por una curatela asistencial, señalando aquellos actos para los que requiere respaldo o, sólo excepcionalmente, una curatela representativa cuando nos hallamos ante personas con tal grado de discapacidad que les dificulta decidir por sí mismas. El artículo 274, según el Anteproyecto, utiliza la expresión «*sólo en casos excepcionales procederá la curatela representativa*» y con ello está dando un poder de decidir al juez, es decir, el juez debe

inclinarse, en la medida de lo posible, por elegir la curatela asistencial, aunque ello dependerá del grado de discapacidad de la persona para decidir por una u otra.<sup>52</sup> Lo que pretende conseguir la nueva regulación es un equilibrio de esa asistencia con la discapacidad, de tal manera que exista una conexión precisa entre protección y necesidad de protección, entre ayuda y necesidad de ayuda, entre grado de discapacidad y grado de apoyo para garantizar el respeto de la autonomía, la voluntad y los deseos de la persona. Es por ello por lo que la curatela parece la opción más acertada por varias razones. De un lado porque proporciona al juez el instrumento más idóneo para establecer medidas de apoyo y, de otro, porque permite un sistema graduable y libre, atendiendo a las necesidades y condiciones de la persona.

7. Contemplamos la labor del curador de conformidad con el principio de respeto de voluntad de la persona con discapacidad pues el enfoque más importante que ha de regir la actuación del curador es el respeto de la voluntad de la persona con discapacidad. Aunque la nueva reforma no sólo se refiere a la voluntad, sino también a sus deseos y preferencias pues existen casos en que la voluntad no puede ser expresada porque dicha discapacidad no lo permite y por ello, se impone al curador que tenga en cuenta los valores y creencias de la persona.

8. Como ya mencionamos anteriormente, la discapacidad no es un estado invariable sino dinámico, por ello, es necesario que las medidas judiciales de apoyo se sometan a una revisión sistemática de cara a su posible modificación o derogación.

9. Supresión de la patria potestad prorrogada, patria potestad rehabilitada y tutela por la dureza en su ámbito y duración.

10. El proceso que fija la determinación de apoyos sólo puede desembocar a una resolución judicial que indique aquellos actos para los cuales la persona con discapacidad requiere asistencia, pero no la pérdida de derechos.

11. El proceso de determinación de apoyos debe dirigirse a un régimen de cooperación interprofesional con profesionales cualificados encargados de fijar las medidas de apoyo más apropiadas. Vamos a reemplazar el antiguo sistema donde la persona con discapacidad se sentaba frente al juez como un acusado por un sistema más cercano con un trato más personal y humanitario.

---

<sup>52</sup>DE LA IGLESIA, MONJE, M.<sup>a</sup> I., “Naturaleza actual de la curatela: asistencial, patrimonial e incluso representativa”, en MUÑIZ ESPADA, E., (coord.), *Contribuciones...cit.*

## 6. LA LEY 8/2021, SU SENTIDO Y NOVEDADES ESENCIALES.

### 6.1 LA NECESIDAD DE LA LEY 8/2021 Y LA RAZÓN DE SU TARDANZA

Han transcurrido varios años, más de una década, desde que la Convención se ratifica hasta que se aprueba la Ley 8/2021. La razón de esta demora está vinculada con las diferencias acerca del modo en que se debía de realizar la adaptación del Derecho español a la Convención. Una parte de la doctrina entendía que lo establecido en el Código Civil y en la Ley de Enjuiciamiento Civil podía ser interpretado de acuerdo con la Convención. Así se mantenía que el modelo de apoyos al que se refiere la Convención estaba compuesto en nuestro ordenamiento por la normativa de la tutela y la curatela junto con la guarda de hecho y el defensor judicial. Se apreciaba que todas esas figuras debían ser interpretadas de acuerdo con los principios de la Convención, que profundiza en el respeto de la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad. Pero el legislador, atendiendo a otra corriente doctrinal, consideró que el anterior sistema no podía continuar porque no resultaba compatible con los principios de la Convención de que las personas con discapacidad gozan de capacidad jurídica en iguales condiciones que las demás. En la nueva regulación se da prioridad al respeto a la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad, y se renuncia a los principios del modelo anterior, que enfocaba sus objetivos ante todo en la protección y el interés superior de la persona con discapacidad.<sup>53</sup>

La nueva normativa lo que persigue es garantizar y dar una nueva perspectiva al derecho de igualdad de todas las personas lo que va a suponer que las personas con discapacidad disfruten de su capacidad jurídica en las mismas condiciones que las demás personas, y para ello se establece un sistema de apoyos cuyo pilar fundamental será la curatela. Lo que se consigue es ofrecer un modelo de protección más suave que se aplicará de acuerdo con el interés superior de la persona con discapacidad de forma proporcionada a su situación. El cambio radical gira en torno al principio del superior interés de la persona con discapacidad, que, preservando su personalidad necesita un asesoramiento de su capacidad<sup>54</sup>.

La nueva Ley 8/2021 supone una transformación total y absoluta, ya que, a partir de su entrada en vigor, ya no es posible concertar la incapacitación de una persona cuando sufra

---

<sup>53</sup> PARRA LUCÁN, M.A., “Las personas con discapacidad psíquica”, (Capítulo 16), en DE PABLO CONTRERAS, (coord.), *Curso de Derecho civil, Tomo I- Volumen II: Derecho de la persona*, 7ª ed. 2021

<sup>54</sup> DE LA IGLESIA, MONJE, M.ª I., “Naturaleza actual de la curatela...” cit.

una discapacidad psíquica. Por ello, el nuevo régimen legal determina que aquellas personas con discapacidad podrán tomar decisiones en todo aquello que les afecte, y, para ello deberán contar con medidas de apoyo precisas, que serán proporcionales a la situación de cada persona. Por lo tanto, en ningún caso, cabe la declaración de incapacitación y menos aún, la privación de derechos, ya sean personales, patrimoniales o políticos. De esta forma los procesos de “modificación de la capacidad” se sustituyen por aquellos que se dirigen a “proporcionar apoyos” a las personas con discapacidad.

## **6.2 ALGUNOS CONTENIDOS Y NOVEDADES ESENCIALES DE LA LEY 8/2021**

Seguimos aquí la explicación que de estas cuestiones hace una especialista, PARRA LUCÁN, en la última edición de un relevante manual.<sup>55</sup> El propósito de esta ley es adaptar nuestro Derecho interno a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad. Su visión principal es fijar medidas de apoyo a la persona que las necesite, teniendo en cuenta que la persona con discapacidad es propietario del derecho a tomar sus propias decisiones, derecho que debe ser respetado pues se trata de un asunto de derechos humanos.

Las medidas que recoge la nueva ley son las medidas de apoyo para mayores de edad con discapacidad que pasan a ser las siguientes:

- Medidas de apoyo voluntarias: Son aquellas establecidas en escritura pública por la propia persona estimando una futura necesidad: poderes preventivos, autocratela, medidas de administración. Incluso, en el ámbito del proceso de provisión de apoyos, puede suceder que éste desemboque en una manifestación de voluntad acerca del apoyo que va a establecerse inmediatamente.
- La guarda de hecho: Se trata de una medida de apoyo informal que puede darse cuando no se apliquen de manera eficaz las medidas voluntarias o judiciales.
- La curatela: Es una medida de apoyo formal que se adoptará para quienes lo necesiten de modo continuado. Va a sustituir a la anterior figura de la tutela en mayores de edad y su duración vendrá determinada por la resolución judicial.

---

<sup>55</sup> PARRA LUCÁN, M.A., “Las personas con discapacidad ... cit.

- El defensor judicial: Es una medida de apoyo formal que se aplicará cuando la necesidad sea ocasional.

Estas medidas de apoyo no van a tener un carácter representativo sino asistencial, salvo en casos excepcionales, en los que se podrá acordar al curador tener tales funciones representativas. Resaltar que este nuevo método de provisión de apoyos sólo puede celebrarse con una resolución judicial que determine los actos para los que la persona con discapacidad necesita dicho apoyo.

La Ley 8/2021 va a dar máxima prioridad a las medidas voluntarias sobre todo en aquellos en casos en que se puedan pronosticar. Un ejemplo claro es el de la persona que le diagnostican Alzheimer. Esa persona sabe que con el paso de los años no va a tener la capacidad de tomar sus propias decisiones. El legislador lo que pretende es que esa persona, de manera anticipada, pueda establecer las medidas para su futuro. Es por esta razón por la que los poderes preventivos y la autotutela obtienen gran importancia. En estos poderes preventivos la persona podrá determinar el alcance de la potestad de la persona que le brindará apoyo, la forma de ejercitar el apoyo, las medidas de control, las salvaguardas necesarias para prevenir y evitar abusos o los plazos de revisión de las medidas.

La nueva normativa responde a nuevos planteamientos con dos ideas claves.

En primer lugar, no puede plantearse, de entrada, la provisión de apoyos como algo que se sustancia en un juicio contencioso, es decir, que las personas cercanas al discapacitado se ponen “a su servicio” para proveer los apoyos que necesita.

En segundo lugar, tanto el proceso de jurisdicción voluntaria, como, incluso, el eventual posterior contencioso, se ha de tener en cuenta en todo momento la voluntad, deseos y preferencias. Sólo en los casos excepcionales se adoptarán reglas y medidas “especiales” que modulan de un modo u otro esta regla.

Otra novedad que introduce la nueva ley es que se va a optar por la jurisdicción voluntaria, es decir, ninguna causa de provisión de apoyos se puede poner en marcha directamente en la jurisdicción contenciosa porque primero ha de iniciarse un expediente en la jurisdicción voluntaria. Este procedimiento tiene dos fases:

En primer lugar, la fase escrita que se inicia con la petición de las medidas de apoyo y adjuntando una serie de documentación que demuestren la necesidad de este. Por ejemplo, los informes realizados por los profesionales del ámbito social y sanitario.

En segundo lugar, la comparecencia, donde el juez podrá obtener de la entidad pública un informe de las alternativas de apoyo y las posibilidades de prestarlo sin necesitar la adopción de medida alguna por la autoridad judicial. Si lo considera necesario, el juez puede también ordenar un dictamen pericial. En dicha comparecencia, el juez debe celebrar una entrevista con la persona discapacitada a quién podrá informar acerca de las alternativas existentes para obtener el apoyo que necesite. Igualmente, se practicarán las pruebas que hubieran sido propuestas, y se oírán a las personas que hayan comparecido y manifiesten su voluntad de ser oídas. El expediente podrá finalizar de dos maneras:

Si la persona con discapacidad opta por una medida alternativa de apoyo se pondrá fin al expediente.

Si la persona con discapacidad se opone a cualquier tipo de apoyo, o el Ministerio Fiscal o cualquiera de los interesados se oponen a la medida de apoyo, se pondrá fin al expediente, sin perjuicio de las medidas de apoyo que provisionalmente se estimen necesarias. Si no ha habido oposición, y la persona con discapacidad no ha optado por una medida alternativa, el juez pondrá fin al expediente mediante un auto en el que dispondrá el contenido de la curatela y los plazos de revisión.

Una vez establecida la medida de apoyo surge una pregunta clara a la que debemos dar respuesta. ¿Qué sucederá con los actos que lleva a cabo el discapacitado sin contar con la medida de apoyo que estaba prevista para él? Una de las novedades que introduce la Ley 8/2021 es la eliminación del artículo 1263 CC la norma de que no pueden dar consentimiento aquellas personas que tienen la capacidad modificada judicialmente. Algo totalmente coherente. A veces cuando el acto se concede ante notario, este deberá emitir un informe sobre la capacidad concreta del concedente además de que emitió el consentimiento libremente. Esta evaluación del Notario conlleva una suposición de validez, aunque se podrá impugnar si se demuestra que aquella persona no tenía capacidad en ese momento.

En segundo lugar, el artículo 1302.3.1 CC determina la opción de anular los contratos que han sido celebrados por personas con discapacidad que tenían medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad de contratar sin aplicar dichas medidas cuando eran necesarias. Podrán anularlos las mismas personas con discapacidad, con el apoyo necesario, en el plazo de cuatro años desde que se celebró el contrato. También están legitimados para anularlos sus herederos si la persona con discapacidad falleció antes de que pudiera ejercitar la acción. Y también podrán ser anulados por aquella persona responsable de dar apoyo. En

tal caso, la anulación sólo seguirá adelante cuando la otra persona conociera en el momento de la contratación que existían medidas de apoyo o hubiera sacado provecho de la situación de discapacidad recibiendo un beneficio injusto. Al tratarse de una nulidad prevista en interés de la persona con discapacidad, el otro contratante no podrá apelar a la falta de apoyo de aquel con el que realizaron el contrato para impugnar el contrato.

Por otra parte, la regla general es que se elimina la acción de nulidad de los contratos cuando se ha extraviado con dolo o culpa la cosa que hay que devolver, pero si la causa de la acción es haber prescindido el contratante con discapacidad de las medidas de apoyo cuando eran necesarias, la pérdida de la cosa no será impedimento para que la acción predomine, siempre que la otra persona conociera que existían medidas de apoyo cuando realizó el contrato o hubiera sacado provecho de la situación de discapacidad recibiendo un beneficio injusto<sup>56</sup>.

Ahora bien, hay que plantear otra cuestión: la guarda de hecho es una medida más de apoyo y por ese motivo podríamos pensar que también cuando exista un guardador de hecho se aplica la misma regulación de nulidad, aunque el asunto es dudoso, porque no estamos ante una medida de apoyo fijada judicialmente, sino de carácter fáctico. La ley no se pronuncia sobre los contratos realizados por las personas con discapacidad que no tienen ningún tipo de apoyo. En tal caso habrá que comprender que los contratos realizados podrán ser impugnados por ausencia de consentimiento o por sufrir un vicio del consentimiento. El legislador no ha querido pronunciarse ni fijar una regulación especial para las personas con discapacidad que no tienen apoyo, pero, por otra parte, hay motivos para considerar que se podrían ajustar las normas que impidan a los terceros beneficiarse de la discapacidad de la persona con la que realizan el contrato.<sup>57</sup>

Otra pregunta que surge es la siguiente. ¿Qué pasa con los actos realizados por el curador o por el guardador sin autorización judicial cuando ésta sea necesaria? Este tema trae consigo un debate.

Por un lado, PARRA LUCÁN se remite al artículo 287. 1.º CC que indica que el curador que realice el papel de representación de la persona que necesita el apoyo requiere autorización judicial para “realizar actos de transcendencia personal o familiar cuando la

---

<sup>56</sup> Vemos que el concepto de beneficio o ventaja injusta aparece aquí y allá, y tendrá que ser objeto de labor interpretativa por los tribunales, pues de que se aprecie o no su existencia se hacen depender ciertas soluciones.

<sup>57</sup> PARRA LUCÁN, M.A., “Las personas con discapacidad ... cit. pág. 151



persona afectada no pueda hacerlo por sí misma, todo ello a salvo lo dispuesto legalmente en materia de internamiento, consentimiento informado en el ámbito de la salud o en otras leyes especiales”. Esta regla es aplicable también a la figura del guardador de hecho debido a la remisión que el artículo 264 CC hace al artículo 287 CC. La doctrina jurídica anterior ha de ser utilizada de conformidad al nuevo Derecho. Así, la STC, de 18 de diciembre de 2000 reconoció la legitimidad del tutor para realizar el proceso judicial de separación matrimonial del incapacitado. La Sentencia 21 de septiembre de 2011 concedió la legalidad al tutor para realizar la acción de divorcio en nombre de una persona incapacitada al estimar que tal divorcio era beneficioso para él. Actualmente la legitimación para el ejercicio de estas acciones podría ser acordada por el propio juez si esto fuera coherente con los deseos y voluntades de la persona.<sup>58</sup>

Por otro lado, GÓMEZ CALLE indica que el Código Civil sigue sin aclarar tras la reforma qué régimen se aplica a los actos del curador representativo realizados sin autorización judicial, cuando ésta sea necesaria.<sup>59</sup> Cabría pensar que, en este supuesto, podrían instar la anulación del contrato, en los plazos que prevé la ley para los casos regulados de anulabilidad, tanto la persona con discapacidad, “con el apoyo que precise”, como el propio curador, en los cuatro años siguientes a la celebración del contrato.

¿En qué se basa esta solución? (Seguimos en este punto la explicación de GÓMEZ CALLE): en la doctrina del Tribunal Supremo contenida en varias sentencias, sobre todo la STS del 10 de enero de 2018, que zanjó la discusión al respecto, entendiendo que aplicar a estos contratos el régimen de la anulabilidad conduce a las consecuencias más equitativas y más adecuadas a la protección de los intereses en juego. La normativa, a lo que ha de atender (al menos, así se deduce con claridad en el régimen anterior), es a proteger al sujeto a curatela. Habrá que ver si esta idea funciona igual, y con las mismas consecuencias, en el sistema actual, en el que parece ponerse más el acento en la autonomía de la persona que en su “protección”. Por otra parte, los intereses del contratante “capaz” han de ser tenidos en consideración. Las reglas y soluciones que se adopten tampoco tienen por qué situar al cocontratante en una posición de perpetua incertidumbre. Hay que revisar caso a caso la buena o mala fe de las partes. Como dice CAARASCO PERERA, se tratará de una forma de nulidad (anulabilidad) que no tiene por qué coincidir exactamente con otros modelos de

---

<sup>58</sup> PARRA LUCÁN, M.A., “Las personas con discapacidad ... cit. pág. 154

<sup>59</sup> GÓMEZ CALLE, E. “En torno a la anulabilidad de los contratos de las personas con discapacidad”, blog *Almacén de Derecho*, 3 diciembre 2021

nulidad relativa, habrá que construirlo y para ello puede ser útil tener en cuenta las especificaciones del artículo 222-46 del nuevo Código Civil de Cataluña.

Será preciso seguramente ajustar para este caso el punto de la legitimación para pedir la nulidad: ¿cómo se concretará la actuación del curatelado “con el apoyo que precise”? ¿Esto nos conduce ineludiblemente a que sólo pueda impugnar el contrato el mismo representante que antes lo había celebrado sin cumplir con el requisito de la autorización judicial?

La Jurisprudencia (las resoluciones y las referencias doctrinales a que aludo se encuentran en el artículo citado de GÓMEZ CALLE) ha entendido que el reproche que cabe hacer al representante por no cumplir los requisitos para la perfecta validez del acto no debe servir de pretexto para privar al tutelado (hoy, el sujeto a curatela) de la protección que el ordenamiento le concede. Esta idea es aplaudida por BERCOVITZ; pero este autor también indica que ello será “sin perjuicio de la responsabilidad en la que el tutor (ahora, el curador representativo) haya podido incurrir”. En definitiva, el sistema de anulabilidad tampoco debiera servir para que el curador representativo intente maniobras contrarias a la buena fe y perjudique los legítimos intereses del tercero contratante.

En relación con lo anterior, seguramente lo que en todo caso debe facilitar el sistema (y es lo que en buena medida motivó la Jurisprudencia anterior) es el poder realizar el contrato y obtener *a posteriori* la autorización judicial (o, si se dan las condiciones, verificar su confirmación). Es más, teniendo en cuenta los intereses del tercero, lo más lógico es que éste pueda solicitar que cuanto antes se someta el negocio celebrado al visto bueno judicial para saber a qué atenerse.

## **6.1 ALGUNA JURISPRUDENCIA QUE APLICA YA LA LEY 8/2021**

Como ya hemos visto, la Ley 8/2021, de 2 de junio, ha llevado a cabo una extensa labor de modificación del Código Civil. Anteriormente vimos algunas sentencias que se habían producido desde que se aprobó el Convenio de Nueva York en 2006, ahora bien, voy a señalar alguna jurisprudencia reciente cuando se aplica ya la nueva Ley 8/2021. En este sentido, vamos a seguir a VERDA Y BEAMONTE que realiza un gran trabajo analizando

las primeras resoluciones judiciales aplicando la Ley 8/2021, de 2 de junio en materia de discapacidad.<sup>60</sup>

La Ley 8/2021 da prevalencia a las medidas de apoyo voluntarias sobre las medidas judiciales, es decir, a las que la persona con discapacidad establece donde designa quién deberá prestarle apoyo además de su alcance, de tal modo que las medidas judiciales sólo se aplicarán en caso de defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona.

De entrada, debemos recordar el nuevo art. 271.I CC<sup>61</sup>, que dice lo siguiente: «en previsión de la concurrencia de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica», «podrá proponer en escritura pública el nombramiento o la exclusión de una o varias personas determinadas para el ejercicio de la función de curador». Esta propuesta vinculará al juez para constituir la curatela, aunque podrá apartarse de ella, “siempre mediante resolución motivada, si existen circunstancias graves desconocidas por la persona que las estableció o alteración de las causas expresadas por ella o que presumiblemente tuvo en cuenta en sus disposiciones»

La STS de 19 de octubre de 2021 revocó la sentencia recurrida, que se había apartado de lo previsto en la disposición testamentaria en la que se había constituido la autotutela<sup>62</sup>. Se trata de una madre que tiene seis hijos. Ella había designado como tutora a una de sus hijas, y en su defecto y por orden sucesivo, a dos de sus hijos, expresando su intención de que no se nombrara a cualquiera de los otros hijos ni a ninguna asociación.

No obstante, en primera instancia, se nombró tutora a la Agencia Madrileña para la Tutela de Adultos, y en segunda instancia, a uno de los hijos que no había sido nombrado por la madre, y a otro que precisamente la madre había excluido.

El Tribunal Supremo entiende que “no se dan las causas legales previstas para prescindir del criterio preferente de la voluntad de la demandada, ya que no concurren circunstancias graves desconocidas por la misma, o variación de las contempladas al fijar la persona que le prestará apoyos”, puesto que la madre convivía y sigue conviviendo con su hija designada en primer lugar para ser tutora, que es la persona que le asiste en sus necesidades conforme a sus propios deseos notarialmente expresados, que deben ser respetados, toda vez que,

---

<sup>60</sup> VERDA Y BEAMONTE, J.R, “Primeras resoluciones judiciales aplicando la Ley 8/2021, de 2 de junio en materia de discapacidad”, *Diario La Ley*, nº10021, Sección Dossier, 3 de marzo de 2022

<sup>61</sup> Tras la actualización publicada el 3/6/2021 que entró en vigor el 3/9/2021, se modifica este artículo por el artículo 2.23 de la Ley 8/2021, de 2 de junio

<sup>62</sup> STS (Sala 1ª) 19 octubre de 2021, rec.n. °305/2021 (ECLI:ES:TS:2021:3770)

dentro del marco de la esfera de disposición de las personas, se comprende la elección de la que, en atención a su disponibilidad, cercanía, empatía, afecto o solicitud, desempeñe el cargo de curadora.

El Tribunal Supremo aplica ya la Ley 8/2021 convirtiendo la autotutela en autocuratela, y entiende que no «se dan las causas legales previstas para prescindir del criterio preferente de la voluntad de la demandada, ya que no concurren circunstancias graves desconocidas por la misma, o variación de las contempladas al fijar la persona que le prestará apoyos», puesto que la madre «convivía y sigue conviviendo con su hija» designada en primer lugar para ser tutora, «que es la persona que le asiste en sus necesidades conforme a sus propios deseos notarialmente expresados, que deben ser respetados, toda vez que, dentro del marco de la esfera de disposición de las personas, se comprende la elección de la que, en atención a su disponibilidad, cercanía, empatía, afecto o solicitud, desempeñe el cargo de curadora».<sup>63</sup>

Por este motivo, determina que no puede aplicarse otro sistema alternativo de curatela, como la que había fijado la Audiencia Provincial, con la atribución además del cargo de curador a una persona expresamente excluida por la demandada.

Por otro lado, recordemos también el art. 276 CC que determina el orden de prioridad de las personas que pueden ser designadas curadores. Aunque se prevé que la autoridad pueda alterar dicho orden cuando una vez oída la persona que necesita el apoyo se determine que su voluntad no es clara, entonces, la autoridad podrá designar a la persona más idónea para comprender su voluntad, deseos y preferencias. Aunque la redacción de dicho artículo quizá no sea del todo clara.

La STS de 23 de diciembre de 2021 revocó la sentencia recurrida estimando un recurso extraordinario de infracción procesal, pues entiende que hubo falta de motivación suficiente en la decisión de pasar por alto la voluntad que expresó el demandado de que fuera designado como curador la persona que él eligió, determinando, por el contrario, una tutela en favor de la Agencia Madrileña de Tutela de Adultos. Lo curioso es que la sentencia revocada no determinaba por qué no se había nombrado tutor a la persona que había nombrado el discapaz. El TS afirma, así, que, para «prescindir de la voluntad exteriorizada por el demandado, dada la trascendencia que se le otorga en la nueva ley», se «requiere una motivación especial que brilla por su ausencia, con lo que, en la nueva sentencia que se dicte, se deberá manifestar expresamente al respecto, explicitando las

---

<sup>63</sup> VERDA Y BEAMONTE, J.R., “Primeras resoluciones judiciales... cit., pág. 5

concretas razones por las que, en su caso, se prescinde de la voluntad y preferencia en tal aspecto exteriorizada por el demandado».<sup>64</sup>

El sentido general de la reforma introducida en la normativa española para adaptarla a la Convención de 2006 supone el reconocimiento de la dignidad que cada persona con discapacidad merece. Pero como acabo de mencionar el respeto de la dignidad no sólo corresponde a las normas sino también incluye a toda la sociedad. Así lo señala el artículo 8 de la Convención al indicar que es necesario sensibilizar a la sociedad, y en particular, según el artículo 25, a los profesionales de la salud.<sup>65</sup>

---

<sup>64</sup> STS (Sala 1ª) 23 diciembre 2021, rec. N.º 1504/2021 (ECLI:ES:TS: 2021:4879)

<sup>65</sup> Artículo 8 y 25 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas

## 7. EXAMEN MÁS DETALLADO DE VARIOS TEMAS CONCRETOS QUE TIENEN PARTICULAR RELEVANCIA EN LA NUEVA NORMATIVA

Al ser muy amplio el tema de la discapacidad y su reforma, voy a detenerme en analizar concretamente dos temas. En primer lugar, voy a tratar uno de los puntos clave que tiene esta reforma que es la especial relevancia que se da a la voluntad, deseos y preferencias como criterio de interpretación y aplicación y de las reglas. Y, por último, hablaré también de la guarda de hecho que es una figura que en mi opinión tiene mucha relevancia en esta reforma.

### 7.1 LA VOLUNTAD, DESEOS Y PREFERENCIAS DE LA PERSONA DISCAPACITADA

Ya hemos visto como a lo largo del trabajo se ha mencionado en numerosas ocasiones la “voluntad, deseos y preferencias de la persona discapacitada”. En primer lugar, es una cuestión a la que se alude repetidamente en la Convención de Nueva York, que es donde tiene su origen, pero además la Ley 8/2021 confiere un importante predominio a la voluntad del sujeto discapacitado convirtiéndose en uno de los pilares de esta reforma. El principio del interés superior del discapacitado ha sido reemplazado, dice la doctrina, por el principio de prevalencia absoluta de la voluntad del discapacitado.

Voy a mencionar unas expresivas palabras de GARCÍA RUBIO<sup>66</sup> que me han parecido interesantes: *“La focalización de este respeto por la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad se pone de relieve tanto por la prioridad de las medidas de apoyo voluntarias como por la necesidad de que quien preste el apoyo respete la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad”*.

Ello supone afirmar que la voluntad, deseos y preferencias interviene en dos esferas esenciales: las medidas de apoyo, donde tienen prioridad las medidas de apoyo voluntarias respecto de las demás, incluso las judiciales o legales, y el modo de funcionamiento de los que prestan apoyo, que deberán regirse por la voluntad y preferencias del discapacitado, aun cuando se trate de un curador nombrado voluntariamente por el discapacitado.

En este punto vamos a seguir la línea de RUIZ-RICO pero este tema trae consigo un debate pues se produce una contradicción. La reforma ha dado lugar a la idea de que los

---

<sup>66</sup> GARCÍA RUBIO, M.P, “Contenido y significado general de la reforma civil y procesal en materia de discapacidad”, *SEPIN*, junio 2021, pág. 5

discapacitados son legalmente equiparados al resto de ciudadanos, con los mismos derechos, pero también con las mismas posibilidades de actuación por sí solos, y con plenitud de facultades para decidir sobre su vida y sus bienes. Ello ha llevado a una modificación, calificada como radical<sup>67</sup> de nuestro sistema jurídico en el punto relativo a la distinción tradicional entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, de modo que esta última ha desaparecido de nuestro Código Civil, pasando a hablarse ahora sólo de capacidad jurídica y de ejercicio de esa capacidad jurídica, pero sin distinguirse como categorías jurídicas.

La doctrina española se encuentra algo dividida, ya que una parte de ella sigue manifestando su inclinación a seguir manteniendo las categorías clásicas de capacidad jurídica y capacidad de obrar, e intenta en lo posible encontrar algunas vías, quizás un tanto forzadas y acaso incluso contrarias al espíritu de la nueva normativa, de propiciar la aplicación a los discapacitados de la tradicional nulidad contractual por falta de capacidad, nulidad que, según RUIZ-RICO debe entenderse desterrada de nuestro ordenamiento jurídico-civil por obra de la modificación de los artículos 1263 y 1302 del Código Civil.

En primer lugar, tenemos a GARCÍA RUBIO, RUIZ-RICO y otros representantes, con diversos matices, de la tendencia que quiere llevar hasta sus últimas consecuencias la autonomía de la persona en el ejercicio de su capacidad jurídica. Ahora bien, desde esta perspectiva, la cuestión no es fácil y no dejan de suscitarse ciertas dudas. Se considera lo más acorde con la Convención, que toda persona, con o sin discapacidad intelectual. Sea tratada en igualdad; pero en ocasiones se plantean dudas: ¿Es posible llevar hasta sus últimas consecuencias este planteamiento, es necesario o conveniente? Lo que plantea RUIZ-RICO es: ¿cómo habría que interpretar y aplicar todo el ordenamiento si seguimos a rajatabla esta doctrina? No es tan fácil dar respuesta a esta pregunta. Ahora bien, aunque una parte de la doctrina no está de acuerdo con este modo de enfocar el asunto, vamos a seguir aquí en buena medida las explicaciones de RUIZ-RICO, que trata de ver cómo resolver estos problemas.

Por otro lado, nos encontramos a MARTINEZ DE AGUIRRE<sup>68</sup> (y otros), para quienes habría sostener incluso que la regulación anterior era mejor técnicamente, ya que identificaba

---

<sup>67</sup> Así lo señala GARCÍA RUBIO, M.P., “Contenido y significado general de la reforma civil y procesal en materia de discapacidad”, SEPIN, junio 2021, pág. 2, quien habla de un “cambio radical” de nuestro sistema jurídico

<sup>68</sup> MARTINEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., “Líneas básicas de la reforma del código civil español sobre el régimen jurídico de la discapacidad psíquica”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana* N° 16 bis, junio 2022

con claridad cuál era el problema al que la regulación legal pretendía dar solución. Dice MARTINEZ DE AGUIRE que hay un problema a la hora de plantear la prevalencia de la voluntad del discapacitado como criterio “absoluto” de interpretación y actuación: cuando la voluntad es el problema, la solución no puede estar en la misma voluntad. Desde estos planteamientos, más tradicionales, cabe al menos mantener cierta desconfianza hacia esa “voluntad” (que no es tan fácil de conocer con certeza): entonces, lo más conveniente sería compaginar interés y voluntad para tomar decisiones y que no afecten negativamente al discapacitado.

### **7.1.1 La voluntad del discapacitado y la nulidad de contratos**

RUIZ-RICO señala que, de acuerdo con los actuales artículos 1263 y 1302 CC si no existen medidas de apoyo fijadas previamente con relación al sujeto discapacitado, cabría pensar que no es posible la anulación del contrato “por razón de discapacidad”. Por ello, la nueva ley no cuestiona la validez general de los contratos celebrados por los discapacitados, cualesquiera que sean sus circunstancias y su situación física o mental, pudiendo ser anulados sólo cuando existieran medidas de apoyo previas que hayan sido ignoradas o pasadas por alto por el propio discapacitado. A partir de la nueva reforma, en opinión de RUIZ-RICO, al legislador ya no va a preocuparle tanto si tenía capacidad suficiente para celebrar un contrato, sino que lo interesante ahora es que la voluntad expresada por el sujeto discapacitado coincida con su real intención. O en caso de no existir esa exteriorización, se atenderá primordialmente a la voluntad que pueda expresar, incluso si esto no es posible, a la supuesta voluntad que hubiera podido manifestar anteriormente. Pero es que, incluso, cabe pensar que esa voluntad podría anular, dejar sin efecto o alterar aquellas decisiones que se tomaron por los prestadores de apoyos, o incluso la de la propia autoridad judicial, siempre que no concuerde con la del discapacitado.

Por otra parte, RUIZ-RICO entiende que el nuevo artículo 1302 CC no ha dejado la puerta abierta a una anulación cuando se pruebe, sin más y en general, que la contraparte se hubiera aprovechado de la situación del discapacitado, con la obtención de una ventaja económica, como podía haberse previsto. Esto sólo es posible siempre que se haya probado esa ventaja y además quede constancia de que se ha prescindido de la intervención del prestador de apoyos. Esto da lugar en la nueva normativa, al igualar a los discapacitados con el resto de los sujetos mayores de edad sin discapacidad, a la posibilidad de anular un contrato centrándonos en si existe o no una voluntad expresada en concordancia con la



voluntad verdadera del sujeto, lo que conducirá en muchas ocasiones a la comprobación de posibles vicios del consentimiento.

Por otra parte, la nueva regulación del art. 1302 CC nos hace plantearnos una cuestión. ¿Qué ocurrirá cuando el contrato realizado por el discapacitado sin la participación del prestador de apoyos (habiendo sido nombrado para tal fin anteriormente) sea recurrido por este, de acuerdo con el art. 1302.III párrafo 2º CC, pero el discapacitado exprese su voluntad de darlo por válido? Es un asunto que el legislador no se ha planteado. Se trata aquí del supuesto en que la intervención del prestador de apoyos -su consentimiento- debe concurrir junto con el del discapacitado para hacer válido el contrato celebrado. Parece dudoso que sea posible anular el contrato si el discapacitado se niega, pues se estaría dando prioridad a la voluntad del prestador de apoyos por encima de la voluntad del discapacitado, algo que no se aprecia a lo largo de la Ley 8/2021. RUIZ-RICO piensa que el legislador no ha reflexionado de manera eficaz acerca del significado del nuevo art. 1302 CC. La negativa del discapacitado debería impedir la legitimación en exclusiva del prestador de apoyos para impugnar el contrato anulable.

Por otro lado, RUIZ-RICO se plantea el supuesto en que el prestador de apoyos cuenta con funciones representativas, pero porque se las ha asignado el discapacitado voluntariamente a través de las vías legales para ello. La cuestión que se plantea es: ¿podría el discapacitado obstaculizar la intención del prestador de apoyos voluntario, con funciones representativas, de impugnar un contrato celebrado por el primero sin contar con el sujeto autorizado para ello? La respuesta debe ser matizada. En la medida en que el discapacitado no haya perdido sus facultades y no haya sido además objeto de un expediente de jurisdicción voluntaria cabe pensar que estamos ante una revocación de poderes, y por tanto perderá el sujeto autorizado (representante) la legitimación para pedir la nulidad. En cambio, si hubiese perdido sus facultades (casos extremos y excepcionales, que son los que justifican plenamente hoy por hoy, la actuación representativa), y hubiera habido adicionalmente un pronunciamiento judicial al efecto con atribución de funciones representativas, entonces el discapacitado habrá perdido su poder de control, y será correcta la excesiva legitimación del sujeto representante<sup>69</sup>.

---

<sup>69</sup> RUIZ-RICO RUIZ, JM., “La absoluta predominancia de la voluntad del discapacitado: determinación y su verdadero alcance. Supuestos posibles en los que no funcionará la voluntad actual o hipotética del discapacitado”, *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, Atelier, 2022, pág. 103

### 7.1.2 Los niveles de la voluntad del discapacitado

Según explica RUIZ-RICO<sup>70</sup> me ha parecido interesante exponer los cuatro niveles que se refieren a la eficacia de los actos del discapacitado dependiendo de su situación y de si existen o no medidas de apoyo.

En el nivel 1 el discapacitado puede tomar todo tipo de decisiones por sí solo sin medidas de apoyo, bien sea porque el mismo ha contemplado éstas anteriormente pero no para ese acto en concreto, o no lo haya hecho todavía una resolución judicial, o cuando no se sean necesarios esos apoyos.

En el nivel 2 sí hay medida de apoyo, pero el discapacitado tiene la facultad para intervenir expresando su voluntad, deseos y preferencias, porque aquella medida no contempla la sustitución de su voluntad. En este caso, no es posible pasar por alto su voluntad, por lo que habrá que ocuparse principalmente de la misma, debiendo el prestador de apoyos, en principio, aceptar lo que el apoyado quiera. Dentro de este nivel se distinguen a su vez dos niveles. El supuesto donde la autoridad prevé que el prestador de apoyos sólo se encargue de aconsejar y comparar la opinión del discapacitado, pero siendo este último el único que deba dar el consentimiento, y, por otro lado, el caso donde deben aparecer tanto el consentimiento del discapacitado como el del prestador de apoyos.

En el nivel 3 nos referimos a la curatela representativa o aquellos sujetos nombrados por el discapacitado con funciones representativas concretas. Aquí la ley no prevé un reemplazo total de la voluntad del sujeto, como ocurría en la anterior regulación con la tutela, sino que el representante deberá tener en cuenta las declaraciones previas del discapacitado, y si faltan, realizar una restauración de su voluntad de manera hipotética.

El nivel 4 se configura cuando esto último no es posible o no puede llevarse a cabo, y se presenta aquí el caso de la sustitución total de la voluntad del discapacitado. Se consideran aquí todas aquellas discapacidades cuyo origen es de nacimiento o que son duraderas toda la vida suponiendo una carencia que no deja conocer ni siquiera cuál es la voluntad hipotética del sujeto.

---

<sup>70</sup> RUIZ-RICO RUIZ, J.M., “La absoluta predominancia...” cit. pág. 106

### 7.1.3 Las posibles manifestaciones de la voluntad del discapacitado

RUIZ-RICO realiza un repaso general acerca de las posibilidades reales que se le ofrecen al discapacitado de tomar decisiones sobre su persona y bienes, sin control de nadie, ni siquiera de la autoridad judicial o Ministerio fiscal.

El primer campo donde va a presentarse la voluntad del discapacitado va a presentarse en la selección de la persona que va a ofrecer los apoyos. El nuevo art. 271 CC posibilita la opción de proponer la persona que va a desempeñar las funciones de apoyo, así como la prohibición a determinadas personas. Además, el art. 274 CC cuenta con una gran libertad de delegación, es decir, la opción de transferir en un tercero el nombramiento de otra persona que será la designada para prestar los servicios.

En segundo lugar, el discapacitado podrá en escritura pública establecer las medidas de apoyo y podrá hacerlo de dos maneras:

- Para un futuro. Nos referimos aquí a la previsión de posibles circunstancias que pudieran obstaculizar el ejercicio de su capacidad.
- Para el presente. Para apreciar las circunstancias actuales.

No se requiere que el discapacitado tenga que estar en un buen estado para establecer medidas de apoyo por dificultades que puedan aparecer en el futuro, sino que cabe la posibilidad de que esas dificultades ya se den actualmente, pero pueda tomar la decisión de ir al Notario y fijar medidas de apoyo en su favor cuya eficacia sea actual o futura. Esta exposición es dudosa pues si no hay medidas de apoyo establecidas, va a ser difícil que el Notario rechace esa solicitud del discapacitado nombrando al prestador de apoyos y el inicio de su funcionamiento.

En tercer lugar, nos encontramos con el art. 257 CC que nos permite entender las posibilidades que tiene el discapacitado para fijar las condiciones necesarias que van a requerir esas medidas de apoyo, así como su entrada en vigor. Es una cuestión totalmente novedosa donde se muestra que la ley da importancia a la voluntad del discapacitado en una cuestión tan importante. Con ello, se dota al discapacitado de la total libertad para determinar cuándo está o cuándo estará en una situación en la que necesite apoyos. Aunque es cierto que debe realizarse con especial cuidado pues puede dar lugar a problemas en la práctica si se fijan las condiciones sin la ayuda de especialistas. La ley permite acudir a un Acta notarial para saber si es el momento o no de recibir el apoyo, pero lo que no dice es quién debe conceder el Acta ni quién puede solicitarla.

En el siguiente caso, siempre que el discapacitado no tenga medidas de apoyo, tendrá la capacidad de decidir los negocios o actos en los que quiere recibir apoyo de un tercero, nombrado por él o judicialmente. Estamos ante un campo complicado, pues ¿cómo determinar de manera eficaz cuándo va a entrar en funcionamiento el apoyo designado voluntariamente? ¿De qué concretas facultades dispondrá el prestador de apoyos en el desempeño de sus funciones, sean o no representativas? Sin duda, las medidas de apoyo voluntariamente elegidas por el sujeto afectado habrán sido objeto en muchos casos de asesoramiento notarial con lo que se garantizará que la regulación sea correcta. Pero no es descartable que se planteen problemas interpretativos graves en cuanto al momento exacto en que el designado deba iniciar sus funciones. Habría que examinar si es posible que la autoridad judicial pueda realizar labores de delimitación, aclaración o interpretación de lo querido por el discapacitado. Lo cierto es que la nueva normativa no ha regulado esta posibilidad ni ha fijado un cauce procesal para ello, lo cual dificulta la respuesta.

Por último, cabe la posibilidad de que el discapacitado manifieste su negativa a recibir medidas de apoyo. Es inevitable que teniendo el discapacitado tanta potestad para decidir cualquier aspecto sobre su situación personal, incluso sobre las medidas de apoyo, pueda también negarse a recibir dichos apoyos en el futuro. Lo cierto es que esto puede llevarse a cabo siempre que no se haya llegado al nombramiento del prestador de apoyos. Lo que queda claro es que, si decide no querer utilizar la medida de apoyo, esa decisión no puede ser revocada, sino que será intacta incluso aunque haya participado la autoridad judicial.

La STS (Sala 1ª) 8 septiembre 2021, rec. n.º 4187/2019 (ECLI:ES:TS: 2021:3276) considera que es posible adoptar medidas judiciales en contra de la voluntad de la persona cuando existe una necesidad de apoyo cuya carencia es la que provoca un grave deterioro personal que le imposibilita el ejercicio de sus derechos y de sus relaciones personales.<sup>71</sup>

#### **7.1.4 La Sentencia 589/2021 del Tribunal Supremo, de 8 de septiembre. Breve comentario siguiendo a Bercovitz**

Llegados a este punto, donde hemos visto la evolución que ha tenido el tema de la discapacidad, la importancia que da el Convenio de Nueva York a los derechos de la persona discapacitada, la voluntad, deseos y preferencias, y la nueva normativa que es la Ley 8/2021 voy a analizar una sentencia donde vamos a ver algunos aspectos de todo lo que hemos ido mencionando. Se trata de la STS 589/2021, de 8 de septiembre (RJ 2021,

---

<sup>71</sup> STS (Sala Civil) 8 de septiembre de 2021, 2021 (Roj: STS 3276/2021 - ECLI:ES:TS:2021:3276)

4002)<sup>72</sup>. El caso es el siguiente. Se trata de una persona de 66 años al que no se le conocen parientes cercanos, vive sola y padece el síndrome de Diógenes, que es un trastorno de conducta que hace que la persona abandone su higiene personal y social, el aislamiento voluntario y la acumulación de grandes cantidades de basura.

El fallo de la sentencia se pronunció argumentando que se modificaba la capacidad de Dámaso y que se acordaba una medida de apoyo para la asistencia en el orden y limpieza de su domicilio autorizando a la CCAA Principado de Asturias como tutora de Dámaso a la entrada en su domicilio para limpiar y ordenar. Se han realizado informes médico-forenses y de los servicios sociales donde se destaca que Dámaso padece un trastorno del comportamiento que le hace recoger y acumular basura además de abandonar su higiene, por ello destacan que Dámaso no tiene conciencia del trastorno que sufre pero que no se estima que tenga afectadas sus facultades cognitivas. En un caso como este donde el demandado se opone a la adopción de las medidas nos preguntamos si estas pueden ser acordadas en contra de la voluntad del interesado, pues su negación es clara.

La ley dice que cuando la persona con discapacidad, su cónyuge o parientes cercanos se nieguen a aceptar la medida de apoyo, se pondrá fin al expediente acudiendo a un juicio verbal. En el art. 268 CC se dice que cuando se vayan a otorgar apoyos judiciales se atenderá en todo caso a la voluntad, deseos y preferencias de la persona afectada. Este juego de palabras quiere decir que el juzgado no puede dejar de tener en cuenta la voluntad de la persona que precisa los apoyos, pero ello no determina que haya que seguir siempre la voluntad, deseos y preferencias del afectado. Aquí vemos la contradicción. La ley da mucha libertad y mucha importancia a la voluntad de la persona afectada, pero en la práctica esto no sucede así.

Dámaso interpuso recurso por la infracción del art. 199 CC que se refiere a las causas de incapacitación y presunción de capacidad, pues la sentencia mantiene un posible trastorno resultando insuficiente para modificar su capacidad.

El Ministerio Fiscal consideró que Dámaso quedaba sujeto a la curatela con un control de dicha medida de 6 meses para ver la evolución de Dámaso.

---

<sup>72</sup> BERCOVITZ RORDRÍGUEZ-CANO., R., “Medidas de apoyo a discapacitado de acuerdo con la nueva regulación introducida por la Ley 8/2021. Comentario a la STS 589/2021, de 8 de septiembre”, *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n. 118

Como acabamos de ver, es un claro ejemplo de que aplicando el nuevo régimen introducido por la Ley 8/2021 nos lleva a pensar que no es más que una apariencia, ruido y simulaciones pues luego no se lleva a la práctica.

La Sentencia se basó en la nueva regulación, concretamente en los arts. 249, 250. V y 269 CC. Pero lo que se aplicó fue el Código Civil anterior pues el único motivo en que se basó la infracción fue el anterior art. 199 CC “*Nadie puede ser declarado incapaz sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la ley*”, relacionado con el art. 200 “*Son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma*”. En la sentencia no se habla de tutela, sino de curatela. Tampoco se menciona la modificación de la capacidad, sino de apoyo a la persona discapacitada. Pero el resultado al final es el mismo.

Cuando analizamos el Convenio de Nueva York una de las claves era la importancia de los derechos de las personas con discapacidad donde se destacaba que las medidas de apoyo tenían la finalidad de permitir su pleno desarrollo y su participación en plenas condiciones de igualdad, todo ello inspirado en el respeto de la dignidad de la persona y de la tutela de sus derechos fundamentales y que las medidas deberán ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad ateniendo en todo caso a la voluntad, deseos y preferencias de la persona. Y en especial, el art. 269 CC, según el cual, “*En ningún caso podrá incluir la resolución judicial la mera privación de derechos*”.

Pues bien, como acabamos de ver esta sentencia fija dos medidas de apoyo que resultan intrusivas de los derechos fundamentales de la persona además de ir en contra de su voluntad. En primer lugar, la inviolabilidad del domicilio y la intimidad pues se permite al curador que pueda entrar en su domicilio sin su consentimiento. En segundo lugar, la libertad y la intimidad de la persona pues se permite al curador proceder para asegurar la atención medico asistencial también sin su consentimiento.

Basándonos en lo que la ley dice, en el momento en que el interesado se opone a la adopción de medidas no cabría que estas fueran acordadas en contra de su voluntad. Pues bien, la Sala lo que dice expresamente es: “*¡Claro que es posible proveer del apoyo posible a la persona discapacitada si su protección lo requiere! ¡Sin que ello suponga infringir el deber de atender en todo caso a la voluntad, deseos y preferencias!*”

Esta Sentencia puede ser un ejemplo de que con la regulación de la tutela y curatela de la Ley 8/1983 que estuvo vigente hasta la entrada en vigor de la Ley 8 /2021, se alcanza la misma protección. Esta persona afectada recibió el mismo tratamiento aplicando la

regulación anterior, pero basándonos en la nueva regulación introducida por la Ley 8/2021 aunque la terminología haya cambiado.

## 7.2 LA GUARDA DE HECHO

### 7.2.1 Concepto y regulación

La guarda de hecho se recogió normativamente por primera vez en nuestro ordenamiento con la Ley 13/1983, pese a ser un concepto que ya tenía evidencia en el Derecho Romano. En los últimos tiempos se ha evidenciado una mayor importancia de esta figura, y también gracias a la reforma llevada a cabo en el Código Civil en el año 2015, profundizándose en el fondo del asunto, aunque sigue teniendo una regulación reducida, lo que implica varios problemas que actualmente la ley no ha podido cambiar. Con la Ley 8/2021, el legislador concede prioridad a esta figura y la antepone a otras figuras de prestación de apoyos de naturaleza judicial.

Como ya he mencionado, la guarda de hecho apareció reconocida legalmente por primera vez en España, por medio de la reforma de 1983 cuyo objetivo era el reconocimiento jurídico de personas que ejercían actividades tutelares sin que existiera un previo nombramiento sobre el que se decidió un cargo tanto de tutor como de curador. Aparece regulada en el Código Civil en el Libro I, Título X en el capítulo V, concretamente en el artículo 303 que enuncia textualmente *“1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 228, cuando la autoridad judicial tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho podrá requerirle para que informe de la situación de la persona y los bienes del menor, o de la persona que pudiera precisar de una institución de protección y apoyo, y de su actuación en relación con los mismos, pudiendo establecer asimismo las medidas de control y vigilancia que considere oportunas.”*<sup>73</sup>

Este párrafo no ofrece un concepto claro de la guarda de hecho lo que obliga a redirigirse a otras fuentes legales para conocer su definición, aunque tampoco se profundiza en su verdadero significado. Por ejemplo, el Código Civil catalán, en su Libro II, Título I, Capítulo V, en el artículo 225.1 establece *“Es guardadora de hecho la persona física o jurídica que cuida de un menor o de una persona en quien se da una causa de incapacitación, si no está en potestad parental o tutela o, aunque lo esté, si los titulares de estas funciones no las ejercen.”*<sup>74</sup>. Otro ejemplo es el que nos ofrece el Código de derecho foral de Aragón en su artículo 156: *“Guardador de hecho es la persona física o jurídica*

<sup>73</sup> BOE. Libro I. Título X. Capítulo V. De la guarda de hecho, recogida en el artículo 303 del Código Civil

<sup>74</sup> BOE. Libro I. Título I. Capítulo V. De la guarda de hecho, recogida en el artículo 225.1 del Código Civil de Cataluña

*que, por iniciativa propia, se ocupa transitoriamente de la guarda de un menor o incapacitado en situación de desamparo o de una persona que podría ser incapacitada.*<sup>75</sup> En ambos casos se resalta la figura del guardador, describiendo su finalidad y ejercicio, pero sin llegar a matizar en qué consiste la guarda de hecho.

### **7.2.2 Filosofía de la reforma**

Tal y como dice PAU PEDRÓN, en el Anteproyecto de la reforma civil y procesal, se prevé la posibilidad de que el guardador de hecho pueda realizar actos representativos concretos a través de autorizaciones judiciales también concretas, sin necesidad de que haya tenido lugar un previo procedimiento judicial de determinación de apoyos. Se trata de una de las mayores novedades incluidas en el texto. Cuando se tenga que realizar un acto jurídico en nombre de la persona discapacitada, no será necesario un “procedimiento judicial de determinación de apoyos”, lo que hasta entonces se llamaba “procedimiento de incapacitación”, sino que bastará con que el Juez otorgue una autorización concreta para el acto de que se trate<sup>76</sup>.

Según el artículo 261, *“cuando la naturaleza del acto requiera acreditar la representación, la persona que ejerza la guarda de hecho solicitará la correspondiente autorización judicial”*. Su solicitud no desencadena todo un procedimiento de determinación de apoyos. Lo que estaba sucediendo hasta ese momento era todo lo contrario, pues para realizar el más mínimo acto representativo, aunque este fuese un trámite en una ventanilla de la administración, era necesaria la previa incapacitación, incapacitación que el Juez declaraba total y definitiva, lo que resultaba desproporcionado con una situación familiar que se desarrolla con normalidad.

### **7.2.3 La guarda de hecho tras la nueva regulación de la Ley 8/2021**

La reforma supone un cambio importante con relación a esta institución que parece que deja de ser vista con un recelo por el legislador quien ya no la considera como una figura provisional que debía hacer tránsito a una institución de apoyo más estable. La guarda de hecho en la nueva regulación (arts. 263 a 267 CC) se configura como una figura de carácter subsidiario.

---

<sup>75</sup> BOE. Libro I. Título V. Capítulo VII. De la guarda de hecho, recogida en el artículo 156 del Código de derecho foral de Aragón

<sup>76</sup> PAU PEDRÓN, A., “De la incapacitación... cit., pág. 18



El nuevo artículo 263 CC exige que para su subsistencia es necesario que no existan otras medidas de apoyo, voluntarias o judiciales, o que las mismas no se estén aplicando de forma eficaz. Este es un requisito importante en la práctica, ya que nos obligará a investigar mediante consultas al Registro Civil e interrogatorio a los interesados, si existen medidas de apoyo ya establecidas para el afectado por la guarda de hecho. Por el contrario, si hay medidas, pero no están funcionando eficazmente, podrían continuar en el desempeño de su función.

El nuevo artículo 264 CC solo regula la función representativa del guardador de hecho, de la que dice ser excepcional, en coherencia con toda la regulación sobre el ejercicio de su capacidad por las personas con discapacidad. Por lo tanto, si la actuación representativa es la excepción, la regla general será la actuación asistencial. De manera que el guardador de hecho podrá ser un apoyo de asistencia o representativo, siendo, en principio, este último excepcional.

Respecto a sus facultades, se ha tratado de reforzar esta figura. Efectivamente, de ser una institución que solo permitía al guardador de hecho realizar eficazmente aquellos actos que fueran de utilidad para su representado, puesto que el resto podrían ser impugnados, hemos pasado a que en la nueva regulación no se establece que las facultades del guardador de hecho deban tener ningún ámbito específico, pudiendo abarcar cualquier entorno de la esfera personal o patrimonial de la persona con discapacidad, si bien necesitará autorización judicial expresa para los mismos actos que el curador representativo enumerados en el artículo 287 CC. El que la reforma haya eliminado que solo sean válidos los actos realizados por el guardador de hecho que redunden en utilidad del guardado, merece una valoración positiva: de un lado, porque la exigencia de la utilidad introducía incertidumbre sobre la eficacia del negocio realizado, que produciría la inmediata exclusión del tráfico jurídico de la persona con discapacidad y del otro, porque el concepto del mejor interés para la persona con discapacidad ha sido sustituido por el respeto a sus deseos y preferencias en línea con la Convención.

La guarda de hecho no debe ser contemplada como una situación transitoria. Si se ejerce adecuadamente, no hay razón para someter a la persona con discapacidad a un procedimiento judicial de provisión de apoyos que con carácter general se determine qué actos de la persona con discapacidad requieren asistencia y cuáles no. La guarda de hecho

debe ser contemplada hoy con normalidad, como una más de las instituciones de protección de las personas con discapacidad<sup>77</sup>.

#### **7.2.4 Características básicas de la guarda de hecho**

A la hora de resaltar los elementos representativos de los que se compone la guarda de hecho, hay que hablar específicamente de tres.

En primer lugar, la guarda de hecho es una medida de apoyo caracterizada por el nuevo artículo 250 CC como una medida informal, en contraste con las demás que son formales. Ello quiere decir que surge de una situación fáctica.

La segunda nota destacable, supone que el régimen de la guarda de hecho se somete a circunstancias existentes. En estas líneas, el legislador de forma retrospectiva, considera lícitos los hechos de relevancia patrimonial y personal en el caso de haberse producido en interés y beneficio del guardado, todo ello en base a lo dispuestos en el precepto 304 Código Civil, además de reconocerse el deber de comunicar sobre la personas y bienes del protegido, hecho reconocido en el art 303 Código Civil y en el caso de que el guardador de hecho sufriera daños y perjuicios a consecuencia de su labor, puede solicitar una reclamación, como así estipula el art 306 Código Civil. En muchas ocasiones, el guardador de hecho actúa sin conocimiento de que su ejercicio supone una ocupación tutelar sometida como un caso particular.

Por último, la tercera nota característica de la guarda de hecho es la nota de transitoriedad. La guarda de hecho sigue ejecutándose hasta el momento en que se establezca el régimen tutelar adecuado, si es que se llega a establecer.

#### **7.2.5 Funciones posibles del guardador de hecho a partir del texto legal de la nueva ley**

En este punto he seguido la línea de RUIZ-RICO<sup>78</sup> que explica que con respecto a la legitimación para impulsar la adopción de medidas de apoyo inmediatamente ante la instancia judicial, como puede ser la atribución de funciones representativas, del artículo 264.I CC comprende que trata al guardador como un sujeto facultado para hacerlo mediante un expediente de jurisdicción voluntaria. Se trata de una decisión razonable pues es el guardador la persona que más conoce el estado y necesidades del discapacitado. Pues

---

<sup>77</sup> PAU PEDRÓN, A., “De la incapacitación al apoyo... cit., pág. 20

<sup>78</sup> RUIZ-RICO RUIZ, J.M., “El régimen jurídico de la guarda de hecho”, *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, Atelier, 2022, págs. 294-302

bien, no obstante, esto que acabamos de decir no se refleja en las normas procesales, pues el nuevo art.42 bis a) de la LJV establece que sólo están autorizados para fomentar medidas judiciales de apoyo el propio afectado, el Ministerio Fiscal, su cónyuge no separado o su conviviente de hecho, y los parientes próximos, pero en ningún momento menciona al guardador de hecho, algo ilógico y que supone una incoherencia legal.

Poco razonable resulta también que el guardador no pueda intervenir en el procedimiento de designación de apoyos, pues el art.42 bis b) de la LJV tampoco lo menciona como sujeto que puede ser reclamado para comparecer ante el Letrado de la Administración de Justicia. Esta legislación debe tener una valoración negativa.

Cambiando un poco el contexto, vamos a mencionar ahora el ámbito sanitario, pues el guardador puede realizar labores importantes en el ámbito sanitario, y ello porque no se han reformado las normas vigentes en esta materia. Por esta razón, seguirá aplicándose la Ley 41/2002, que se ocupa de la autonomía del paciente, es decir, aquellos pacientes que no pueden dar su consentimiento para realizarse operaciones quirúrgicas. Como la Ley 8/2021 no ha reformado esta parte, el guardador podría ser a quien le corresponde dar ese consentimiento.

#### **7.2.6 Posibilidad de aplicar las reglas de la nulidad a los actos del guardador de hecho**

A excepción de casos especiales, el guardador de hecho no va a enfrentarse a responsabilidad por daños y perjuicios respecto al discapacitado, ni respecto al tercero. Entonces nos preguntamos si es posible aplicar a esta figura los artículos 1302 y 1304 CC con la nueva redacción, refiriéndonos a la nulidad de aquellos actos llevados a cabo por el discapacitado encontrándose en ese instante bajo la guarda de hecho.

En principio, el artículo 1302 CC se refiere a “personas con discapacidad provistas de medidas de apoyo”. Fijándonos en el artículo 250 CC que establece que la guarda de hecho es una medida de apoyo, el dictamen sería que las normas sobre la nulidad serán aplicadas también a la guarda de hecho. No obstante, hay que suponer que la norma se refiere a medidas de apoyo voluntarias y judiciales, pero no a aquella legal e informal que es la que se refiere la guarda de hecho.

Bien, ahora vamos a centrarnos en aquellos casos en que la guarda de hecho sí tiene un origen voluntario, ¿sería posible la impugnación del contrato que da el discapacitado sin el consentimiento del guardador? La respuesta ha de ser negativa. Y la razón es que, aunque la

guarda de hecho haya surgido de un contrato en el que no hay actuación notarial, ello no cambia las funciones del guardador ni tampoco implica asignarle funciones representativas.

Finalmente, nos hacemos otra pregunta, y es si el guardador tiene legitimación activa para recurrir por nulidad un contrato en los casos del artículo 1302 CC, cuando debería haber participado un sujeto nombrado como prestador de apoyos, y no él, y no lo haya hecho. La respuesta debe ser igualmente negativa<sup>79</sup>.

### **7.2.7 La improcedencia de constituir curatela cuando existe guarda de hecho que funciona correctamente (art. 263 CC)**

Es un tema que ha traído consigo un debate entre la doctrina. Algunos consideran que al ser la guarda de hecho la figura principal de apoyo no procede el nombramiento de un curador con funciones representativas, sino que lo ideal es que el guardador siga ejerciendo la guarda de hecho tal y como lo venía haciendo, pidiendo la autorización judicial correspondiente en caso de que deba realizar actos representativos distintos de los previstos en el art. 264. III CC. Incluso cuando la persona con discapacidad tiene una encefalopatía anóxica que afecta directamente a su capacidad para tomar decisiones (SJPI núm. 5 Córdoba 346/2021, 30 de septiembre de 2021, Juicio Verbal especial sobre capacidad 8/2021).

Pero otro sector de la doctrina no comparte dicha posición pues existen sentencias que van a constituir una curatela en función de la gravedad de la enfermedad. La SJPI Massamagrell (Sección 4ª) de 21 de septiembre de 2021. Rec. n.º 175/2019 (ECLI:ES: JPII: 2021:916), sujetó así a curatela representativa a una persona de 83 años con Alzheimer y otras patologías permanentes psíquicas que le impedían gobernarse por sí misma. La persona que se encargaba de sus necesidades era su hijo, siendo a la vez su guardador de hecho y que cumplía su función correctamente. Pero fue nombrado también un curador con facultades de representación<sup>80</sup>.

### **7.2.8 Inexistencia de guardador de hecho**

Con la nueva regulación se prevé la existencia del guardador de hecho cuando se ejerza adecuadamente, pero en caso de que no exista, o no haya familiares que puedan asumirla, se ha considerado la opción de establecer una curatela que ejercerá una persona jurídica de carácter público.

<sup>79</sup> RUIZ-RICO RUIZ, J.M. “El régimen jurídico ... cit., pág. 304

<sup>80</sup> VERDA Y BEAMONTE, J.R. “Primeras resoluciones...cit.

Un ejemplo lo presenta la SAP Valencia (Sección 10ª) 16 de septiembre 2021, rec. n.º 240/2020 (ECLI:ES: APV: 2021:3273) donde encontramos a una persona que sufre un trastorno mental grave como es la esquizofrenia que le produce un deterioro de las funciones psicológicas básicas. Revoca la sentencia de primera instancia que se dictó antes de la entrada en vigor de la Ley 8/2021 que incapacitó a la persona sometiéndola a tutela. La Audiencia, en su lugar, nombró curador al Instituto Valenciano de Atención Social y Sanitaria (IVASS) sin atribuirle funciones de representación pues sí es posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona. El nombramiento como curador del IVASS se justifica porque la persona no tenía familiares que pudieran hacerse cargo de estas medidas de apoyo.

### **7.2.9 Existencia de guarda de hecho que no funciona correctamente**

Y para concluir este análisis, terminaré diciendo que la curatela también se aplicará cuando aun existiendo la guarda de hecho, ésta no funcione de manera adecuada, y ello puede suceder por varios motivos:

- Cuando exista un conflicto entre el guardador y la persona con discapacidad.  
La SJPI n.º 9 Castellón de la Plana, 23 de septiembre de 2021, sujetó a curatela a una persona que padecía un retraso mental no diagnosticado, alteración de conducta, ansiedad, entre otras. La persona tenía muchos conflictos con su padre, que hasta el momento era el guardador de hecho, por lo que se estableció una curatela con carácter asistencial.
- La existencia de situaciones de riesgo familiar provocadas por la enfermedad de la persona con discapacidad
- Tendencia al gasto que no puede controlarse a través de la guarda de hecho
- Dificultad para seguir ejercitando la guarda de hecho

## 8. CONCLUSIONES

El propósito del presente trabajo ha sido realizar el acercamiento a la evolución del tratamiento jurídico de la discapacidad para entender la reforma de la legislación civil y procesal instaurada recientemente en nuestro ordenamiento jurídico en materia de protección de las personas en situación de discapacidad.

Hace ya tiempo que en España el derecho de las personas con discapacidad dejó de ser un derecho para el desempeño eficaz de negocios jurídicos para convertirse en el derecho de apoyo social y de la evolución personal de la persona con discapacidad. Aunque dicho progreso viene de lejos podemos señalar como fecha clave la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006. A partir de dicha Convención, la preocupación por modificar el derecho de las personas con discapacidad se hizo más visible, tuvo mayor repercusión dando lugar a la publicación del texto de Anteproyecto de Ley donde se remodela la legislación civil, registral civil, hipotecaria y procesal civil en materia de discapacidad.

La reforma implica la derogación del régimen anterior fundamentado en la sustitución de la voluntad de las personas con discapacidad que implicaba la limitación en el ejercicio de su capacidad de obrar que daba lugar al proceso de incapacitación.

En el sistema actual la incapacitación desaparece como estado civil, al igual que la tutela, la patria potestad prorrogada y rehabilitada, además ahora la capacidad jurídica que tiene presente nuestro ordenamiento abarca tanto la titularidad de los derechos y obligaciones como la legitimidad para ejercitarlos. Esta evolución del modelo rehabilitador o médico al modelo social implica el concebir la discapacidad como las distintas diversidades que tiene una persona en su interacción con las restricciones u obstáculos sociales.

En este nuevo sistema de prestación de apoyos, se da prioridad a las medidas voluntarias de apoyo, aunque también se tienen en cuenta las medidas de origen judicial, que son la curatela, la guarda de hecho y el defensor judicial, que están sujetas a control judicial de manera periódica. Esta preferencia por las medidas voluntarias está ligada con el principio máximo de respeto de la voluntad, deseos y preferencias de la persona en la toma de decisiones, considerando a la hora de brindarle el apoyo sus circunstancias específicas con el objetivo de que encuentre una participación plena en la vida política, social y jurídica.

En definitiva, esta reforma debe ir acompañada de un cambio en la mentalidad social donde se nos incluye a todos y cada uno de nosotros y ello requiere desarrollar un pleno

conocimiento de que la dignidad de la persona ha de ser el centro de la sociedad y del derecho y que cualquier discriminación contra una persona con discapacidad supone una grave violación de la dignidad.

## 9. BIBLIOGRAFÍA

### Libros y revistas

- AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. y MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M., *Derecho de sucesiones y discapacidad: retos y cuestiones problemáticas*, Fundación coloquio jurídico europeo, Madrid, 2020
- BERCOVITZ RORDRÍGUEZ-CANO., R., “Medidas de apoyo a discapacitado de acuerdo con la nueva regulación introducida por la Ley 8/2021. Comentario a la STS 589/2021, de 8 de septiembre”, *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n. 118
- DE LA IGLESIA, MONJE, M.<sup>a</sup> I., “Naturaleza actual de la curatela: asistencial, patrimonial e incluso representativa”, en MUÑIZ ESPADA, E., (coord.), *Contribuciones para una reforma de la discapacidad: un análisis transversal del apoyo jurídico a la discapacidad*, Madrid, Wolters Kluwer, 2020
- GARCÍA GARNICA, M.C., *Nuevas perspectivas del tratamiento jurídico de la discapacidad y la dependencia*, Dykinson, 2014
- GARCÍA RUBIO, M.P., “Contenido y significado general de la reforma civil y procesal en materia de discapacidad”, *SEPIN*, junio 2021
- GÓMEZ CALLE, E. “En torno a la anulabilidad de los contratos de las personas con discapacidad”, blog *Almacén de Derecho*, 3 diciembre 2021
- LÓPEZ BARBA, E., *Capacidad jurídica. El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y las medidas no discriminatorias de defensa del patrimonio*, Dykinson, 2020
- MARÍN VELARDE, A., “La discapacidad: su delimitación jurídica”, en MUÑIZ ESPADA, E., (coord.), *Contribuciones para una reforma de la discapacidad: un análisis transversal del apoyo jurídico a la discapacidad*, Madrid, Wolters Kluwer, 2020



- MARTINEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C, “Líneas básicas de la reforma del código civil español sobre el régimen jurídico de la discapacidad psíquica”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana* N° 16 bis, junio 2022
- MUÑIZ ESPADA, E., y DE CASTRO VÍTORES, G., “Divergencias para una futura reforma legislativa de la discapacidad”, en MARÍN VELARDE, CABEZUELO ARENAS y MORENO MOZO (Dir.), *Familia y Derecho en la España del siglo XXI: libro homenaje al profesor Luis Humberto Clavería Gosálbez*, 2021
- PARRA LUCÁN, M.A., “Las personas con discapacidad psíquica”, (Capítulo 16), en DE PABLO CONTRERAS, (coord.), *Curso de Derecho civil, Tomo I- Volumen II: Derecho de la persona*, 7ª ed. 2021
- PAU PEDRÓN, A., “De la incapacitación al apoyo: El nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código Civil”, *Revista de Derecho Civil*, vol. V, n. 3, 2018
- PONS GARCÍA, A., “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*, 2013, n.1
- RAMIRO IGLESIAS, J.C., “La evolución conceptual del derecho de la discapacidad”, en blog *hayderecho.com* (2011/06/28)
- RUIZ-RICO RUIZ, J.M., “El régimen jurídico de la guarda de hecho”, *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, Atelier, 2022
- RUIZ-RICO RUIZ, JM., “La absoluta predominancia de la voluntad del discapacitado: determinación y su verdadero alcance. Supuestos posibles en los que no funcionará la voluntad actual o hipotética del discapacitado”, *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, Atelier, 2022

- SERRANO GARCÍA, I., “Proyectos de reforma del tratamiento jurídico de las personas con discapacidad” en MUÑIZ ESPADA, E., (coord.), *Contribuciones para una reforma de la discapacidad: un análisis transversal del apoyo jurídico a la discapacidad*, Madrid, Wolters Kluwer, 2020
- VERDA Y BEAMONTE, J.R. Primeras resoluciones judiciales aplicando la Ley 8/2021, de 2 de junio en materia de discapacidad. Diario La Ley, N°10021, Sección Dossier, 3 de marzo de 2022

### Webgrafia

- The world bank. Disability inclusion. (Last Updated: Mar 19, 2021)  
<<https://www.worldbank.org/en/topic/disability> > [Consulta: 23 agosto 2021]
- World health organization. Disability and health. (10 de diciembre de 2020)  
<<https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/disability-and-health>>  
[Consulta: 23 agosto 2021]
- <[https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/TreatyBodyExternal/Countries.aspx](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/TreatyBodyExternal/Countries.aspx)>  
<<https://www.un.org/es/documents/ag/res/26/ares26.htm>>
- Informe inicial presentado por el Estado español al Comité, en cumplimiento del artículo 35 de la Convención:  
<[https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD%2fC%2fESP%2f1&Lang=es](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD%2fC%2fESP%2f1&Lang=es)>
- Observaciones finales sobre los informes periódicos segundo y tercero combinados de España, emitido por el Comité sobre los Derechos de las personas con discapacidad, perteneciente a las Naciones Unidas, de 13 de mayo de 2019:  
<[https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD%2fC%2fESP%2fCO%2f2-3&Lang=es](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD%2fC%2fESP%2fCO%2f2-3&Lang=es)>

## Legislación, Informes y Jurisprudencia

- Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía.
- Ley 13/1983, de 24 de octubre, de Reforma del Código Civil en materia de tutela.
- Ley 13/1983, de 24 de octubre, modificado por la Ley 8/2021, de 2 de junio.
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
- Resolución 3447 (XXX) proclamada por la Asamblea General el 9 de diciembre de 1975.
- Resolución 31/123 de la Asamblea General, de 16 de diciembre de 1976.
- Resolución 1990/26 del Consejo Económico y Social.
- Informe del Comité Especial: A/AC.265/2005/2
- Informes del Comité Especial: A/60/266 y A/AC.265/2006/2
- Informe provisional del Comité Especial: A/AC.265/2006/4 y Add.1
- Informe final del Comité Especial: A/61/611
- Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos.
- Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, Ley de Enjuiciamiento Civil y Normativa Tributaria.

## Sentencias del Tribunal Supremo

- STS (Civil) de 31 de octubre de 1994 (ES:TS: 1994:19203)
- STS (Civil) de 29 de abril de 2009 (Roj: STS 2362/2009 – ECLI:ES:TS: 2009:2362)
- STS del Tribunal Supremo, de 24 de junio de 2013, (Roj: STS 3441/2013 - ECLI:ES:TS:2013:3441)
- STS (Roj: STS 224/2015 – ECLI:ES:TS: 2015:5224)
- STS de 16 de mayo de 2017 (Roj: STS 1901/2017 - ECLI:ES:TS: 2017:1901)

- STS (Civil) de 27 de septiembre de 2017 (Roj: STS 3376/2017 - ECLI:ES:TS:2017:3376)
- STS (Civil) de 8 de noviembre de 2017 (Roj: STS 3925/2017 - ECLI:ES:TS:2017:3925)
- STS (Civil) de 8 de noviembre de 2017 (Roj: STS 3925/2017 - ECLI:ES:TS:2017:3925)
- STS (Sala 1ª) 19 octubre de 2021, rec. n.º 305/2021 (ECLI:ES:TS:2021:3770)
- STS (Sala 1ª) 23 diciembre 2021, rec. n.º 1504/2021 (ECLI:ES:TS: 2021:4879)

