

APOYOS Y DISCAPACIDAD TRAS AÑO Y MEDIO DE LA LEY 8/2021

MANUEL ÁNGEL DE LAS HERAS GARCÍA*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: SOBRE LA REFORMA OPERADA POR LEY 8/2021. II. NOCIÓN DE «PERSONA CON DISCAPACIDAD» Y PRINCIPIOS RECTORES. II.1. Duplicidad legal del concepto «persona con discapacidad». II.2. Directrices rectoras de la reforma. II.2.1. Principios jurisprudenciales sobre la materia antes de la LAPD. II.2.2. Directrices incorporadas en la LAPD. III. REFERENCIA AL RÉGIMEN DE LAS MEDIDAS DE APOYO TÍPICAS. III.1. La guarda de hecho. III.2. La curatela. III.2.a. Constitución de la curatela. III.2.b. Designación del curador, posibles excusas y remoción. III.2.c. Contenido. III.2.d. Extinción. III.3. El defensor judicial. IV. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: En el presente estudio abordamos las principales novedades incorporadas en el Derecho español por la Ley 8/2021, 2 junio, por la que se modifica la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (LAPD) a fin de acclimatlarla a las disposiciones de la Convención internacional de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad, procurando delimitar el concepto de «persona con discapacidad» y mostrando asimismo si la reforma operada prescinde o no de los anteriores postulados jurisprudenciales recaídos en la materia. Finalizamos nuestro análisis aludiendo al régimen legal tanto de la medida de apoyo legal –guarda de hecho– como el de las medidas de apoyo judiciales –curatela y defensor judicial– con base en los criterios doctrinales y jurisprudenciales más recientes transcurrido apenas el primer año y medio de vigencia de la LAPD.

PALABRAS CLAVE: Apoyo, dependencia, discapacidad, Convención internacional de la ONU, reforma, régimen de las medidas, autonomía, capacidad jurídica.

ABSTRACT: In this paper we address the main novelties incorporated into the Spanish legal system by Law 8/2021, of June 2, which modifies civil and procedural legislation to support people with disabilities in the exercise of their legal capacity (LAPD) in order to acclimatize to the provisions of the United Nations International Convention on the Rights of Persons with Disabilities, trying to delimit the concept of «person with disabilities» and also showing whether or not the reform operated dispenses with the previous ones. jurisprudential postulates on the matter. We end our analysis by referring to the legal regime of both de facto guardianship (informal support measure) and that of guardianship and judicial defender based on the most recent doctrinal and jurisprudential criteria after only the first year and a half of validity of the LAPD.

KEY WORDS: Support, dependency, disability, UN international convention, reform, regime of measures, autonomy, legal capacity.

* Profesor contratado doctor. Departamento de Derecho civil de la Universidad de Alicante: <https://orcid.org/0000-0002-9055-5573>

I. INTRODUCCIÓN: SOBRE LA REFORMA OPERADA POR LA LEY 8/2021.

Merced a la reciente Ley 8/2021, 2 junio, por la que se modifica la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (en lo sucesivo LAPD, vigente desde el 3 septiembre 2021¹) se aspira acomodar de una vez por todas al ordenamiento jurídico español, no sin evidente demora², a cuanto se pronostica en la Convención internacional de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad³ constituyendo, sin duda, un innegable progreso en la consecución de tal objetivo el hecho de haber transformado en norma jurídica vinculante uno de los anhelos contenidos, entre otros textos, en el Dictamen, 26 marzo 2003, del Comité Económico y Social Europeo sobre la comunicación relativa a un instrumento jurídicamente vinculante de Naciones Unidas para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad. Baste enfatizar que arribar a este punto no ha sido tarea nada sencilla pudiéndose señalar otros afanosos conatos normativos de menor alcance que han perseguido también, pero de manera fragmentada, un propósito similar⁴ tal y como acontece con la previa modificación verificada por Ley 1/2009, 25 marzo, de reforma de la Ley 8 junio 1957, sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, y de la Ley 41/2003, 18 noviembre, sobre protección patrimonial

de las personas con discapacidad y de modificación del CC, de la LEC⁵ y de la normativa tributaria con esta finalidad (LPPPD⁶) o la ulterior Ley 26/2011, 1 agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad⁷.

La LAPD ha supuesto una reforma considerable del Derecho español, en particular, por la eliminación –o, mejor, reunificación– del tradicional binomio doctrinal que discriminaba entre capacidad jurídica o personalidad vs. capacidad de obrar o de ejercicio fundada en el amplio y determinante art. 12 de la Convención de la ONU cuyos ordinales 2º y 3º expresan "...2. *Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.* 3. *Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica...*", habiendo resultado acreedor este único precepto de la posterior Observación General núm. 1 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 19 mayo 2014, en aras a tratar de esclarecer su debida interpretación. Conviene tener presente, no obstante, que si bien esta clase de observaciones generales no son preceptivas *prima facie* –equiparándose las mismas a unas meras recomendaciones autorizadas⁸ – parece indudable que quedarían englobadas en aquella parcela del ordenamiento jurídico que se ha convenido en denominar *Soft Law* -o Derecho suave- en contraposición al conjunto que

¹ Teniendo tal norma una *vacatio legis* de tres meses a tenor de lo dispuesto en su Disposición Final 3ª y última.

² De Salas Murillo, Sofía. "El nuevo sistema de apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica en la Ley española 8/2021, de 2 de junio: Panorámica general, interrogantes y retos". *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, no. 17 (2022): 19, procura justificar este retraso legislativo con dos razones, una, la complejidad técnica de la cuestión -el ejercicio de la capacidad jurídica- y, en segundo término, el predominante desacuerdo existente sobre el contenido y alcance que había de darse a esta modificación.

³ Se ha de tener presente, de un lado, que dicha Convención fue elaborada en Nueva York con fecha 13 diciembre 2006 y, de otro, que la Jefatura del Estado expidió el Instrumento de Ratificación correspondiente en fecha 23 noviembre 2007 estableciéndose en él, de modo expreso, que aquella entraría en vigor en España el 3 mayo 2008 y, por consiguiente, constituye desde entonces parte integrante del ordenamiento jurídico –así, art. 1.5 Código Civil (CC) y art. 10.2, art. 63.2, Cap. III, Tit. III y art. 149.1.3º de la Constitución Española (CE)-.

⁴ Alventosa del Río, Josefina. "Medidas de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica", in *Derecho Civil I (Derecho de la Persona)*, Coord. José Ramón de Verda y Beamonte, 147, alude los principales textos legales publicados para adaptar esta Convención de la ONU a nuestro Derecho interno.

⁵ Ley 1/2000, 7 enero, de Enjuiciamiento Civil.

⁶ Cuya Disposición Final 1ª instaba al Ejecutivo para que, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de la propia Ley, remitiese al Parlamento "...un Proyecto de Ley de reforma de la legislación reguladora de los procedimientos de incapacitación judicial, que pasarán a denominarse procedimientos de modificación de la capacidad de obrar, para su adaptación a las previsiones de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada por Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006".

⁷ Su Disposición Adicional 7ª –rubricada «Adaptación normativa relativa al ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones»- ordenaba también al Ejecutivo remitir a las Cortes Generales en el plazo de un año –computado a partir del 3 agosto 2011, fecha de su entrada en vigor- un "...proyecto de ley de adaptación normativa del ordenamiento jurídico para dar cumplimiento al artículo 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en lo relativo al ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones que las demás en todos los aspectos de la vida...". Asimismo su Disposición Final 2ª (modificada, a su vez, por la Disposición Final 5ª de la Ley 12/2012, 26 diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios) autorizaba al Gobierno para refundir ciertos cuerpos legales, extremo plasmado luego en el ulterior RD-Leg. 1/2013, 29 noviembre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

⁸ Arnau Moya, Federico. "Aspectos polémicos de la Ley 8/2021 de medidas de apoyo a las personas con discapacidad". *Revista Boliviana de Derecho*, no. 33 (enero 2022): 539, subrayando el carácter no vinculante de tales observaciones; también De Verda y Beamonte, José Ramón. "Principios generales inspiradores de la reforma en materia de discapacidad, interpretados por la reciente jurisprudencia". *Revista Jurídica del Notariado*, no. 115 (julio-diciembre 2022): 21, siguiendo el criterio ofrecido por Martínez de Aguirre.

conforma el llamado *Hard Law* –o Derecho duro, obligatorio⁹ -.

De esta forma la atribución de la capacidad jurídica a toda persona física o natural –con independencia de que se encuentre o no en alguna situación de discapacidad- y, por supuesto, su íntegro reconocimiento –merced a la dignidad que como tal merece¹⁰ - se han erigido en el principal motor de la LAPD para remodelar aquella porción del Derecho civil denominada comúnmente «Derecho de la persona»¹¹ afectando, desde luego, al resto de esferas que aquél comprende (Derecho de obligaciones y contratos, Derecho de familia y Derecho de sucesiones). Bajo este prisma el preámbulo de la LAPD asiente abiertamente que la modificación incorporada en el CC constituye la

«...más extensa y de mayor calado, pues sienta las bases del nuevo sistema basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad, el cual informa toda la norma y se extrapola a través de las demás modificaciones legales al resto de la legislación civil y la procesal»¹² llegando a reformar, con independencia del CC, la Ley del Notariado, la Ley Hipotecaria, la LEC, la LPPPD, la Ley de Registro Civil (LRC), la Ley 15/2015, 2 julio, de la Jurisdicción Voluntaria (LJV) y el Código de Comercio. En concreto, los títulos IX, X y XI del Libro I (rubricado «De las personas») del CC han quedado rediseñados como se refleja en la tabla siguiente:

⁹ Dicha cuestión ya la abordamos en De las Heras García, Manuel Ángel. "Tratamiento jurisprudencial de los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil", in *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de daños (Estudios en Homenaje al Profesor Dr. Roca Guillamón)*, Coords. Joaquín Ataz López y José Antonio Cobacho Gómez, T. I, 1809-1811.

¹⁰ Por todos art. 1 de la propia Convención internacional; arts. 1 y 2.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; arts. 1 y 21 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea y, por supuesto, arts. 10.1 y 14 de la CE.

¹¹ Al respecto puede consultarse De las Heras García, Manuel Ángel. "El Derecho de la Persona, la personalidad, capacidad jurídica y capacidad de obrar (actualización 2021)". *Big Data Jurist. Derecho Civil* (Madrid, 2021): 1-20

¹² Vid. primer párr. de su epígrafe III.

ANTES de la Ley 8/2021 (LAPD)	DESPUÉS de la Ley 8/2021 (LAPD)
<p>TÍTULO IX «DE LA INCAPACITACIÓN» (arts. 199-201); atendiendo a que los arts. 202-214 fueron derogados antes por la LEC)</p>	<p>TÍTULO IX «DE LA TUTELA Y DE LA GUARDA DE LOS MENORES»: CAP. I «De la tutela»: -Sección 1ª «Disposiciones generales» (arts. 199-210) -Sección 2ª «De la delación de la tutela y del nombramiento del tutor» (arts. 211-223) -Sección 3ª «Del ejercicio de la tutela» (arts. 224-230) -Sección 4ª «De la extinción de la tutela y de la rendición final de cuentas» (arts. 231-234) CAP. II «Del defensor judicial del menor» (arts. 235-236) CAP. III «De la guarda de hecho del menor» (arts. 237-238)</p>
<p>TÍTULO X «DE LA TUTELA, DE LA CURATELA Y DE LA GUARDA DE LOS MENORES O INCAPACITADOS»: CAP. I «Disposiciones generales» (arts. 215-221) CAP. II «De la tutela»: -Sección 1ª «De la tutela en general» (arts. 222-233) -Sección 2ª «De la delación de la tutela y del nombramiento del tutor» (arts. 234-258) -Sección 3ª «Del ejercicio de la tutela» (arts. 259-275) -Sección 4ª «De la extinción de la tutela y de la rendición final de cuentas» (arts. 276-285) CAP. III «De la curatela»: -Sección 1ª «Disposiciones generales» (arts. 286-293) -Sección 2ª «De la curatela en casos de prodigalidad» (arts. 297-298; dado que los arts. 294-296 fueron derogados por la LEC)</p>	<p>TÍTULO X «DE LA MAYOR EDAD Y DE LA EMANCIPACIÓN» (arts. 239-248)</p>

<p>CAP. IV «Del defensor judicial» (arts. 299-302) CAP. V «De la guarda de hecho» (arts. 303-304 y 306; dado que los arts. 305 y 307-313 fueron derogados por la Ley 13/1983, 24 octubre)</p>	
<p>TÍTULO XI «DE LA MAYOR EDAD Y DE LA EMANCIPACIÓN» (arts. 314-324, atendiendo a que el art. 316 fue derogado antes por la Ley 15/2015, 2 julio)</p>	<p>TÍTULO XI «DE LAS MEDIDAS DE APOYO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD PARA EL EJERCICIO DE SU CAPACIDAD JURÍDICA»: CAP. I «Disposiciones generales» (arts. 249-253) CAP. II «De las medidas voluntarias de apoyo»: -Sección 1ª «Disposiciones generales» (arts. 254-255) -Sección 2ª «De los poderes y mandatos preventivos» (arts. 256-262) CAP. III «De la guarda de hecho de las personas con discapacidad» (arts. 263-267) CAP. IV «De la curatela»: -Sección 1ª «Disposiciones generales» (arts. 268-270) -Sección 2ª «De la autcuratela y del nombramiento del curador» (arts. 271-281) -Sección 3ª «Del ejercicio de la curatela» (arts. 282-290) -Sección 4ª «De la extinción de la curatela» (arts. 291-294) CAP. V «Del defensor judicial de la persona con discapacidad» (arts. 295-298) CAP. VI «Responsabilidad por daños causados a otros» (art. 299)</p>

A modo de señalar algunos inconvenientes –al menos temporales– valga indicar que, tras la considerable modificación legislativa operada por la LAPD en aras a incorporar la referida Convención de la ONU al Derecho interno, se hace preciso también llevar a cabo otra clase de reformas y los reajustes pertinentes en el específico ámbito de los diversos derechos autonómicos que, lejos de haberse materializado, todavía se hallan en situación de pendencia¹³. En el aspecto práctico tampoco cabe obviar que las seis disposiciones transitorias incluidas en esta LAPD –sobre todo la 5ª (que fija como término máximo el próximo 3 septiembre 2024 para la revisión de todas las medidas acordadas conforme con la anterior normativa¹⁴) y la 6ª (sobre procesos en tramitación relativos a la capacidad personal¹⁵)– se han decantado, consideramos que con acierto, por dotar de carácter retroactivo a su articulado –frente a la regla general contenida en el art. 2.3 CC¹⁶– lo cual hay que conectar irremediamente tanto con la consabida escasez de recursos materiales y personales caracterizadora de la mayoría de las sedes judiciales como con

otro tipo de factores predecibles, en particular, con los constatados retrasos en la tramitación procesal de los múltiples expedientes incoados debido a la concurrencia de heterogéneas circunstancias como han sido las numerosas interrupciones de asuntos judiciales por razón de las anteriores medidas adoptadas debido a la pandemia padecida a escala mundial; el legítimo derecho a la huelga que desde finales de enero del año en curso prosigue ejerciendo el colectivo integrado por los letrados de la Administración de Justicia (LAJ¹⁷) o, en inferior porcentaje, por algunos conflictos de competencia promovidos entre Juzgados de 1ª Instancia y Juzgados de Familia a fin de determinar a cuál de ellos incumbe realmente conocer de la solicitud de revisión de las medidas de apoyo a personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica promovida al amparo de la LAPD¹⁸. Todo ello viene engendrando en la praxis, en desigual proporción, un desmedido volumen de trabajo casi inasumible en plazo por numerosos juzgados civiles, en especial, por los de Familia desenmascarándose, entre otros extremos, una ausencia de

¹³ A título de muestra y sólo en los territorios que cuentan con derecho foral propio, destaca López Azcona, Aurora. “El sistema de apoyos a las personas con discapacidad en Derecho aragonés”. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, no. 17 (2022): 51, el desfase existente en esta materia entre la normativa aragonesa y la estatal tras la entrada en vigor de la Ley 8/2021; traslada Sabater Bayle, Elsa. “La protección jurídica de las personas con discapacidad en el Derecho privado de Navarra (Anteproyecto de Ley Foral)”. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, no. 17 (2022): 83, que el proceso de adecuación normativa a los principios de la Convención de la ONU se encuentra todavía en Navarra en su cuarta y última fase de elaboración o, por último, Solé Resina, Judith. “La reforma del Derecho catalán en materia de discapacidad”. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, no. 17 (2022): 124, subraya que aún prosiguen los trabajos prelegislativos de la Comisión de Codificación catalana en aras a adaptar el Código Civil de Catalunya a la mentada Convención internacional.

¹⁴ “Las personas con capacidad modificada judicialmente, los declarados pródigos, los progenitores que ostenten la patria potestad prorrogada o rehabilitada, los tutores, los curadores, los defensores judiciales y los apoderados preventivos podrán solicitar en cualquier momento de la autoridad judicial la revisión de las medidas que se hubiesen establecido con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley, para adaptarlas a esta. La revisión de las medidas deberá producirse en el plazo máximo de un año desde dicha solicitud. Para aquellos casos donde no haya existido la solicitud mencionada en el párrafo anterior, la revisión se realizará por parte de la autoridad judicial de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal en un plazo máximo de tres años”.

¹⁵ “Los procesos relativos a la capacidad de las personas que se estén tramitando a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán por lo dispuesto en ella, especialmente en lo que se refiere al contenido de la sentencia, conservando en todo caso su validez las actuaciones que se hubieran practicado hasta ese momento”. Suscita De Verda y Beamonte “Principios”, 18-19, qué debe entenderse por tales «procesos relativos a la capacidad de las personas» dado que, en sentido estricto, podría aludir tan solo a los procesos que tienen como fin establecer medidas de apoyo o, en otro caso, podría significar que la LAPD resulta aplicable a cualquier proceso en tramitación en que intervenga una persona con discapacidad, aunque venga referido a otra clase de materias (ya sean éstas de carácter contractual, familiar o sucesorio) decantándose por esta última interpretación a pesar del criterio contrario contenido en la SAP de Salamanca de 3 enero 2022.

¹⁶ “...Las leyes no tendrán efecto retroactivo, si no dispusieren lo contrario”.

¹⁷ Valga rememorar que conforme recoge la Disposición Adicional 1ª de la LO 7/2015, 21 julio, por la cual se modifica la LOPJ, «A partir de la entrada en vigor de esta Ley, todas las referencias que se contengan en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, así como en otras normas jurídicas, a Secretarios judiciales, Secretarios sustitutos profesionales... deberán entenderse hechas, respectivamente, a Letrados de la Administración de Justicia, Letrados de la Administración de Justicia suplentes...». Según los últimos datos suministrados en los distintos medios de comunicación social la huelga llevada a cabo por los LAJ ha provocado ya la suspensión de más de 250.000 vistas y otros asuntos judiciales.

¹⁸ Acordándose por Auto AP de Valladolid núm. 5/2023, 16 enero, Sección 1ª, Alonso-Mañero Pardo, FJ 2ª, que la competencia corresponde al Juzgado especializado en Familia a tenor del previo Acuerdo del Pleno del CGPJ, 22 diciembre 2010, para conocer con carácter exclusivo y conjunto de los asuntos relativos a la capacidad de las personas regulados en los Títulos IX y X del Libro I CC «...No es óbice a la decisión de esta Sala que el referido Acuerdo (CGPJ) también estableciese que los asuntos de la misma naturaleza que estuviesen turnados a los Juzgados de Primera Instancia de la misma sede se continuarían por dichos Órganos hasta su conclusión por resolución definitiva sin verse afectados por el referido Acuerdo. Esto es así porque de lo indicado se concluye que la razón del referido acuerdo estaba en que la finalidad no era otra que impedir que los Juzgados de Primera Instancia –sin especialización en esta materia–, continuasen conociendo de los procedimientos iniciados ante ellos en las cuestiones relativas a la capacidad de las personas de manera indefinida, sino solo hasta su resolución definitiva por auto o sentencia, por más que dichos juzgados hayan venido conociendo con posterioridad de la ejecución de dichas resoluciones y ulteriores incidencias. Sin embargo, el procedimiento regulado en la Disposición Transitoria Quinta (5ª) de la Ley 8/2021 para la revisión de las medidas con el fin de adaptarlas a la nueva normativa se trata propiamente de un nuevo proceso a tramitar por las normas de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria (art. 42 bis. C) que exige la realización de una serie de trámites de especial contenido como la nueva audiencia de la persona en situación de discapacidad, pruebas periciales u otros dictámenes que nos permiten concluir que propiamente estamos en presencia de un nuevo procedimiento que va más allá de las sentencias o autos definitivos dictados por los Jueces de Primera Instancia y que, como tal, se incardina plenamente en la materia especializada de la que con carácter exclusivo y excluyente deben conocer los Juzgados de Familia... según el Acuerdo del Consejo General del Poder Judicial antes citado...». En la propia dirección se pronuncia también el Auto AP Valladolid núm. 6/2023, 16 enero, Sección 1ª, Galcerán Salsón en su único razonamiento.

la debida previsión en orden a la efectiva aplicación de esta LAPD imputable, en exclusiva, a la demorada actuación de las administraciones públicas competentes en la materia¹⁹.

II. NOCIÓN DE «PERSONA CON DISCAPACIDAD» Y PRINCIPIOS RECTORES.

A grandes rasgos valga enfatizar que la LAPD desecha los anteriores y anacrónicos términos de «incapaz» o «incapacidad» encontrándose, en esencia, fundada en la autonomía de la voluntad de la persona discapacitada precisada de apoyo y, por ende, en su voluntad, deseos y preferencias, llegando a suprimir algunos rígidos institutos de nuestro precedente sistema (entre otros, la incapacitación, la patria potestad prorrogada y rehabilitada o la anterior prodigalidad reservando, en exclusiva, la tutela para menores de edad no emancipados o en situación de desamparo) que han venido a ser reemplazados por el establecimiento de unas medidas mucho más dúctiles y proporcionadas. Siguiendo en esta línea centrada en la autonomía individual de la persona necesitada de apoyo la LAPD pretende que los juzgadores se aseguren de tomar conocimiento de las eventuales decisiones que aquella hubiera adoptado acerca de su situación, tanto personal como patrimonial, con carácter previo al surgimiento de la situación de discapacidad y, a tal efecto, ordena respetar –excepto en el caso de que medie resolución judicial motivada– los posibles poderes preventivos emitidos en cada supuesto con la extensión y garantías fijadas de antemano. En defecto de medidas voluntarias indicadas por la persona discapacitada y antes de la adopción de medidas de apoyo judiciales también se habrá de respetar, en su caso, la situación de guarda de hecho –medida legal– en la cual una persona con discapacidad puede hallar perfectamente salvaguardados la totalidad de sus intereses y sólo cuando falten medidas voluntarias o de hecho y las circunstancias concurrentes así lo requieran se adoptarán medidas judiciales que, por lo general, ostentarán una naturaleza asistencial. Sin embargo, para supuestos excepcionales se tolera establecer un mecanismo de representación de la persona con discapacidad (curatela representativa o con facultades

representativas) debiéndose recoger tal extremo de modo detallado en la sentencia que se dicte en cada hipótesis que jamás podrá implicar – al contrario que antaño– la privación de derechos.

II.1. DUPLICIDAD LEGAL DEL CONCEPTO «PERSONA CON DISCAPACIDAD».

El concepto de «discapacidad» aparece establecido, de manera imprecisa, en la letra a) del art. 2 del Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (RD-Leg. 1/2013, 29 noviembre) conforme con el cual se identifica con aquella “...situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás” acepción que, pese a su evidente similitud, no concuerda de manera exacta con lo mantenido en letra e) del preámbulo de la propia Convención internacional que –influido por el llamado «modelo social de la discapacidad»²⁰ – sostiene que esta última conforma un concepto evolutivo resultante «...de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás». Como se desanuda la Convención de la ONU no requiere que la discapacidad se refiera a una persona con deficiencias «previsiblemente permanentes» aunque repete «discapacitados» en su art. 1, párr. 2º, a quienes padezcan “...deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”. En cualquier caso valga poner de relieve que la discapacidad no se identifica ahora como un rasgo o carácter individual sino como producto de la conjunción de un sujeto con unas determinadas circunstancias personales y un entorno que refrena, obstaculiza o evita el efectivo ejercicio de sus derechos²¹.

Por su lado, la definición legal de persona con discapacidad recogida en la LAPD dista de ser unívoca y, en realidad, muda en atención a los

¹⁹ Cortizo Mella, María del Pilar. “Paradojas del legislador, falta de previsión de la Administración”. *La Voz de Galicia*, 5 abril 2022. https://www.lavozdeg Galicia.es/noticia/opinion/2022/04/05/juzgados-familia-falta-prevision/0003_202204G5P14995.htm lamenta que, en la práctica, sólo en A Coruña los Juzgados vienen soportando de media, desde hace cuatro años, una carga del 154,75 % a pesar de contar con los mismos Juzgados de Familia que antes de la vigencia de la LAPD; reprochando asimismo la complejidad que reviste obtener un informe o dictamen pericial de profesionales del ámbito social que, por exigencia legal, ha de acompañarse con la solicitud de medidas de apoyo.

²⁰ Surgido en la década de los sesenta del pasado siglo en EE. UU. a raíz del denominado «movimiento de vida independiente». De las Heras García, Manuel Ángel. “Discapacidad y modelo social en el marco de la Convención de la ONU de 2006: Personas Mayores y Derecho Civil”. *Informes Portal Mayores*, no. 101 (Madrid, 2010): 6-7.

²¹ De las Heras García, “Discapacidad”, 5

determinados preceptos del CC que sean tomados en consideración en cada hipótesis. En efecto, el art. 2.67 LAPD cambia la dicción de la Disposición Adicional 4ª CC puntualizando ahora que la alusión a la «discapacidad» verificada en los arts. 96 (relativo al uso de la vivienda familiar y del ajuar doméstico), 756.7º (sobre la incapacidad de suceder a una persona con discapacidad por motivo de indignidad en el supuesto de que los sucesores, aun teniendo derecho a la herencia, no le hubieren prestado en vida los alimentos legales debidos), 782 (acerca de la posibilidad del testador de gravar la legítima con sustituciones fideicomisarias dispuestas en beneficio de hijos en situación de discapacidad), 808 (sobre la posibilidad del testador de disponer, a favor de legitimarios en situación de discapacidad, de la legítima corta o estricta de los restantes), 822 (referido al derecho de habitación sobre la vivienda habitual a favor de un legitimario con discapacidad) y 1041 CC (sobre la interdicción de sujetar a colación los gastos abonados por los progenitores y ascendientes para cubrir las necesidades especiales de sus hijos o descendientes por razón de su discapacidad) se habrá de entender realizada tanto al concepto recogido en la LPPPD de 2003 (cuyo art. 2.2, fundado en criterios médicos, cataloga como «persona con discapacidad» a quien presente una discapacidad psíquica igual o superior al 33% o, en su caso, una discapacidad física o sensorial igual o superior al 65% debiéndose acreditar, en ambos supuestos, dicho grado de discapacidad mediante el oportuno certificado expedido conforme a lo establecido reglamentariamente o por resolución judicial firme) como también a las personas que se hallen en situación de dependencia de grado II o III conforme con lo preceptuado en la Ley 39/2006, 14 diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia. De acuerdo con lo prevenido en el art. 26.1 de esta última norma se considera asimismo «persona con discapacidad» aquella que precise ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria dos o tres veces al día, pero no quiera el apoyo permanente de un cuidador o tenga necesidades de apoyo extenso para su autonomía personal (grado II o de dependencia severa) y también aquella otra que necesite ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria varias veces al día y, por su pérdida total de autonomía física, mental, intelectual o sensorial necesite el apoyo indispensable y continuo de otra persona o tenga necesidades de apoyo generalizado para su autonomía personal (grado III o de gran dependencia). En consecuencia, a los efectos de los seis preceptos del CC indicados habrá de estarse a cualquiera de estas

dos concepciones legales.

Por el contrario, respecto de los restantes preceptos del CC y excepto que otra cosa se desprenda de la redacción de la concreta norma de que se trate, cualquier mención a la «discapacidad» se debe estimar realizada a aquella que haga precisa la provisión de medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica (la cual aglutina, reiteramos, tanto la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones como aquella otra aptitud para llevar a cabo eficazmente actos o negocios jurídicos) de manera que podrá beneficiarse de las medidas de apoyo cualquier persona que las necesite «...con independencia de si su situación de discapacidad ha obtenido algún reconocimiento administrativo» (SAP de Cádiz núm.. 58/2023, 20 enero, Sección 5ª, Sanabria Parejo, FJ 1º).

No obstante, algunas autoras consideran que, en atención a su finalidad y contenido, el significado que debe anudarse aquí al término «discapacidad» no es otro que aquél que afecta a la «...aptitud de conocer y querer e influye en el proceso de toma de decisiones y ejercicio de actos con eficacia jurídica, y por medidas de apoyo, las que se proyectan a lo largo de ese proceso»²², esto es, que la discapacidad equivaldría entonces a aquella situación en que se halla una persona con una insuficiente capacidad natural de entender y querer –o sea, con una deficiente capacidad de discernimiento-. A nuestro humilde parecer y con el debido miramiento quizás cabría poner en tela de juicio tal equivalencia por cuanto, admitiendo que probablemente será así en numerosas ocasiones, también podrán plantearse otras hipótesis en las cuales alguien pueda precisar medidas de apoyo a pesar de tener intactas sus facultades mentales como podría suceder, por ejemplo, cuando un sujeto extravía, temporal o permanentemente, la visión a causa de un siniestro precisando entonces medidas de apoyo voluntarias durante un lapso temporal más o menos prolongado lo que, de otra parte, se hallaría en consonancia con lo declarado en el párr. segundo, epígrafe III del preámbulo de la LAPD: «...la idea central del nuevo sistema es la de apoyo a la persona que lo precise, apoyo que, tal y como la ya citada Observación General de 2014 recuerda, es un término amplio que engloba todo tipo de actuaciones: desde el acompañamiento amistoso, la ayuda técnica en la comunicación de declaraciones de voluntad, la ruptura de barreras arquitectónicas y de todo tipo, el consejo, o incluso la toma de decisiones delegadas por la persona con discapacidad».

Recapitulando la LAPD acoge –como enseguida veremos- dos grandes tipos

²² De Salas Murillo, «El nuevo», 20.

de medidas de apoyo, las voluntarias y las legales y judiciales, diferenciando en el marco de estas últimas entre asistenciales y representativas con lo que deslinda hasta tres conjuntos de personas con discapacidad: primero, las que pueden tomar sus propias decisiones a las cuales les resultarán aplicables las medidas voluntarias; segundo, las que precisarán de medidas judiciales por adolecer de una voluntad insuficiente o incompleta y, en último término, quienes se encuentren con una absoluta falta de voluntad²³. De manera que no podemos considerar que la *discapacidad* signifique, sin más, falta o insuficiencia de la capacidad de discernimiento pareciendo claro que, en principio, *dependencia* tampoco equivale a *discapacidad* por la sencilla razón de que «...una persona puede ser discapacitada y no ser dependiente y viceversa. Y así la dependencia puede suponer la necesidad de apoyo de una tercera persona para la realización de las actividades básicas de la vida diaria, por ejemplo, asearse, vestirse, comer o peinarse. Por supuesto dentro de la situación de dependencia existen grados que pasan de la dependencia leve a la dependencia total. La discapacidad, en cambio, se considera una limitación física o psíquica en el correcto desarrollo de la persona que no tiene por qué suponer la necesidad de apoyo de un tercero. Ahora bien, la dependencia derivada de problemas físicos graves, en un número importante de casos comportará también discapacidad, más cuando nos encontramos ante una persona que requiere de la asistencia de un tercero, como es aquí el caso», criterio sostenido en la SAP de Lleida núm. 16/2023, 9 enero, Sección 2ª, Guilanyà i Foix, FJ 2º y que concuerda, en esencia, con el que mantuvimos en otro análisis previo al señalar que la *dependencia* carece de un significado unívoco y pretende reflejar una situación personal caracterizada por la ausencia de cierta autonomía individual debido a distintas causas – siendo indiferente que su origen sea físico, psíquico o sensorial- revelándose con ciertos efectos insalvables para la persona que necesita recibir una determinada asistencia, unos servicios o una ayuda global para poder llevar a cabo las actividades más elementales de la vida pudiéndose, por ende,

concluir que, tarde o temprano, la «dependencia constituye el corolario de la discapacidad (mientras ésta es causa, aquella su efecto principal)»²⁴, máxime si tenemos en cuenta también la propia definición de *dependencia* establecida en el art. 2.2 de la Ley 39/2006, 14 diciembre²⁵.

II.2. DIRECTRICES RECTORAS DE LA REFORMA.

II.2.1. PRINCIPIOS JURISPRUDENCIALES SOBRE LA MATERIA ANTES DE LA LAPD.

La Sala de lo Civil del Alto Tribunal español ha venido elaborando (desde la suscripción del Convenio de la ONU y la promulgación de otras normas previas a la LAPD sobre discapacidad y protección de derechos fundamentales) un compacto cuerpo jurisprudencial asentado en los siete postulados que siguen²⁶:

1º.- Principio de presunción de capacidad de las personas; de acuerdo con el cual a cualquier persona se le presume con capacidad de autogobierno mientras no se acredite debidamente su carencia de facultades para determinarse de forma autónoma²⁷, teniendo presente que un comportamiento extraño, infrecuente o desviado no equivale a enajenación (extremo referido en STEDH de 24 octubre 1979, caso *Winterwerp*).

2º.- Principio de flexibilidad; relativo a que el sistema de protección que se instaure no debe ser estándar ni rígido sino ajustado, por el contrario, a las conveniencias y necesidades de protección de cada persona deviniendo, desde luego, revisable²⁸ a fin de constituir un verdadero «traje a medida»²⁹ que responda a una «valoración concreta y particularizada de cada persona»³⁰, esto es, que reconozca que ante situaciones distintas cabrá adoptar heterogéneas medidas individualizadoras³¹.

²³ Arnau Moya, "Aspectos", 545.

²⁴ De las Heras García, "Discapacidad", 5-6.

²⁵ "...estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria o, en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal".

²⁶ Véase el extenso FJ 2º de la STS núm. 269/2021, 6 mayo, Sala de lo Civil, Sección 1ª, Seoane Spiegelberg.

²⁷ SSTS núm. 421/2013, 24 junio; 235/2015, 29 abril; 557/2015, 20 octubre y 145/2018, 15 marzo.

²⁸ STS núm. 282/2009, 29 abril.

²⁹ También sobre esta doctrina del «traje a medida», entre otras, SSTS núm. 341/2014, 1 julio, y 244/2015, 13 mayo.

³⁰ SSTS núm. 557/2015, 20 octubre, y 373/2016, 3 junio.

³¹ Teniendo declarado la STS núm. 458/2018, 18 julio, que «El juicio sobre la modificación de la capacidad no es algo rígido, sino flexible, en tanto que debe adaptarse a la concreta necesidad de protección de la persona afectada por la discapacidad, lo que se plasma en su graduación. Esta graduación puede ser tan variada como variadas son en la realidad las limitaciones de las personas y el contexto en que se desarrolla la vida de cada una de ellas. Estamos, en definitiva, ante lo que esta sala ha calificado como traje a medida... que es a lo que debe conducir el resultado del juicio sobre la capacidad de una persona».

3°.- Principio de aplicación restrictiva de la incapacidad personal, ya sea parcial o total, por cuanto siempre ha de verificarse bajo un criterio restrictivo debido a las limitaciones de los derechos fundamentales que conlleva³², atendiéndose también a que una eventual privación de derechos únicamente resulta posible como sistema de protección³³ y que, desde luego, la pérdida del sufragio no deriva necesariamente de una declaración judicial de modificación de la capacidad³⁴.

4°.- Principio de la no alteración de la titularidad de los derechos fundamentales; por cuanto la modificación de la capacidad o la minoría de edad no mudan la titularidad de los derechos fundamentales, aunque sí determina su forma de ejercicio³⁵.

5°.- Principio del interés superior de la persona con discapacidad; entendido como «principio axiológico básico en la interpretación y aplicación de las normas reguladoras de las medidas de apoyo, que recaigan sobre las personas afectadas», el cual equivale a un «concepto jurídico indeterminado o cláusula general de concreción» subordinada a ponderación judicial a tenor de las circunstancias concurrentes en cada caso. Su fin se encuentra en «velar preferentemente por el bienestar de la persona afectada, adoptándose las medidas que sean más acordes a sus intereses, que son los que han de prevalecer en colisión con otros concurrentes de terceros»³⁶, de manera que el juicio de modificación de la capacidad no puede asimilarse a un conflicto de intereses privados y contrapuestos entre dos partes litigantes (característica común de los procesos civiles), sino como la vía apropiada para obtener el objetivo perseguido que no es otro que la «real y efectiva protección de la persona con discapacidad mediante el apoyo que pueda necesitar para el ejercicio de su capacidad jurídica»³⁷.

6°.- Principio de consideración a los propios deseos y sentimientos de la persona

con discapacidad; lo que resulta ser corolario del «derecho de autodeterminación» que, en lo posible, se ha de respetar (lo cual requiere, por razones obvias, la previa consulta a la persona afectada). En todo caso se precisa comprobar que «la voluntad manifestada no esté mediatizada por el propio curso de la enfermedad que se padece, fuente de la necesidad de apoyos»³⁸.

7°.- Principio de fijación de apoyos; fruto de reemplazar el anterior «sistema de sustitución en la adopción de decisiones» por otro sistema fundado en la «determinación de apoyos para tomarlas» que puede comprender todos los ámbitos de la vida, ya sean personales o patrimoniales (art. 12.3 de la Convención de la ONU). Añade la Sala 1° que dicho sistema de apoyos se compone de la tutela y la curatela junto con otros institutos, como la guarda de hecho y la defensa judicial, que también pueden llegar a ser «eficaces para la protección de la persona en muchos supuestos»³⁹...los cuales deben interpretarse además conforme a los principios de la Convención, según el grado de intensidad de la intervención, la entidad del apoyo o la necesidad de la sustitución se adoptará el mecanismo tutivo correspondiente».

II.2.2. DIRECTRICES INCORPORADAS EN LA LAPD.

Las principales pautas o directrices a las que obedece la LAPD serían, por su parte, susceptibles de sintetizarse en las seis que siguen señalando, por nuestra parte, si encuentran o no correspondencia con los precedentes postulados jurisprudenciales:

1°.- La aludida y trascendental reunión de la personalidad y la capacidad de obrar en un único concepto: la capacidad jurídica.- A tenor del art. 12 de la Convención de la ONU y, en particular, de la mentada Observación General núm. 1 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (confeccionada, reiteramos, en aras a interpretar aquel precepto) determinados

³² SSTS núm. 421/2013, 24 junio, y 544/2014, 20 octubre.

³³ SSTS núm. 341/2014, 1 julio, y 716/2015, 17 diciembre.

³⁴ SSTS núm. 421/2013, 24 junio; 181/2016, 17 marzo, y 373/2016, 3 junio.

³⁵ SSTS núm. 617/2012, 11 octubre; 421/2013, 24 junio; 341/2014, 1 julio; 544/2014, 20 octubre; 244/2015, 13 mayo; 216/2017, 4 abril, y 118/2018, 6 marzo.

³⁶ Manifestado también en STS núm. 458/2018, 18 julio, al expresar: «...El interés superior del discapaz... es rector de la actuación de los poderes públicos y está enunciado expresamente en el artículo 12.4 de la Convención de Nueva York sobre derecho de las personas con discapacidad. Este interés no es más que la suma de distintos factores que tienen en común el esfuerzo por mantener al discapaz en su entorno social, económico y familiar en el que se desenvuelve y como corolario lógico su protección como persona especialmente vulnerable en el ejercicio de los derechos fundamentales a la vida, salud e integridad, a partir de un modelo adecuado de supervisión para lo que es determinante un doble compromiso, social e individual por parte de quien asume su cuidado».

³⁷ SSTS núm. 341/2014, 1 julio; 244/2015 13 mayo; 557/2015, 20 octubre; 597/2017, 8 noviembre, y 654/2020, 3 diciembre.

³⁸ STS núm. 487/2014, 30 septiembre, acata la voluntad de la discapacitada sobre la elección de curador en la persona de su hijo, frente a la anterior designación judicial de la hija que ahora iba a contraer matrimonio

³⁹ SSTS núm. 698/2014, 27 noviembre; 553/2015, 14 octubre, y 373/2016, 3 junio.

autores se inclinan por entender abandonada la clásica distinción entre capacidad jurídica –o personalidad– y capacidad de obrar y, al respecto, el último párr. del epígrafe I del preámbulo de la LAPD rememora «... como ha puesto en evidencia la Observación General del Comité de Expertos de las Naciones Unidas elaborada en 2014, dicha capacidad jurídica abarca tanto la titularidad de los derechos como la legitimación para ejercitarlos»⁴⁰. En consecuencia, esta mudanza de sistema «supone el abandono de la clásica distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar» comprendiendo ahora la primera tanto la titularidad de los derechos como la legitimidad para ejercitarlos «por sí mismo y/o con los apoyos necesarios»⁴¹; pudiendo evocarse que dicha capacidad jurídica –que absorbe a la anterior de obrar– aparece proyectada en tres facetas principales: primero, en la más frecuente de capacidad negocial o para celebrar actos jurídicos –consistente en la aptitud de llevar a cabo este tipo de actos y de emitir o recibir declaraciones de voluntad (la cual bien puede restringirse, en mayor o menor medida, en caso de ser declarado judicialmente un concurso de acreedores⁴²); en segundo término, en la capacidad procesal o de obrar en juicio (art. 7 LEC⁴³) y, finalmente, en la capacidad penal o de incurrir en responsabilidad por la perpetración de un delito⁴⁴.

Con todo otros autores cuestionan que la tradicional diferenciación entre personalidad y capacidad de obrar (cuya formulación moderna se suele atribuir a GROCIO, *De iure belli ac pacis* II, 5, 2, 2⁴⁵ y a la cual indirectamente se aludía en el anterior y derogado art. 223, párr. segundo, del CC⁴⁶ y todavía prosiguen refiriendo otros relevantes cuerpos⁴⁷) haya sido realmente superada proponiendo que, para el caso de entenderse así, habrá que distinguir en lo sucesivo entre capacidad jurídica y su ejercicio⁴⁸ (aspecto que no parece acoger *ab initio* la LAPD y que supondría reducir la reforma operada sobre tal extremo a poco menos que un mero cambio de denominación) a fin de esclarecer el motivo por el cual algunos contratos celebrados por determinados sujetos adolecen de nulidad relativa (por todos, ordinales 2 y 3 del art. 1302 del CC⁴⁹). Como ya pusimos de relieve hace casi tres lustros, la reunificación de la personalidad y la capacidad de obrar en la capacidad jurídica equivale a desterrar una distinción que cuenta con un vasto arraigo en nuestra cultura y tradición jurídicas y quizás su escalonado abandono sea susceptible de engendrar otros nuevos dilemas⁵⁰, más lo cierto es que a esta reunión verificada por la LAPD ya se ha referido la propia STS núm. 269/2021, 6 mayo, cuando en su FJ 2º –tras aludir al art. 12.2 de la Convención de la ONU– declara: «En este sentido, la capacidad jurídica se identifica con

⁴⁰ Valga evocar –como ya señalamos en De las Heras García “Discapacidad”, 13– que en los trabajos preliminares este art. 12 de la Convención de la ONU fue aprobado con una nota a pie de página estableciéndose en árabe, en chino y en ruso que la capacidad jurídica venía referida a la capacidad jurídica de ostentar derechos pero no comprendía la capacidad de obrar, reduciéndose el debate a la adopción de dos posibles modelos: 1º) El clásico modelo de sustitución en la toma de decisiones que suponía mantener la distinción capacidad jurídica vs. capacidad de obrar al objeto de conservar las tradicionales instituciones protectoras de menores e incapacitados, y 2º) El llamado modelo de asistencia en la toma de decisiones que implica asegurar la igualdad de los discapacitados tanto en su personalidad como en su capacidad de obrar lo cual conducía a la búsqueda de otra institución jurídica para su debida articulación fundada en medidas de apoyo para la toma de decisiones. Tras arduas negociaciones triunfó esta segunda opción –lo que conllevó que se suprimiera la anterior nota a pie– al considerarse que este diseño se conectaba en superior medida con la libertad, mientras que la primera alternativa se limitaba a erradicar de raíz las habilidades personales, fomentando la ausencia de responsabilidad, sin perjuicio de reconocerle un marcado carácter protector.

⁴¹ Saiz García, Concepción. “Comienzo y extinción de la personalidad”, in *Derecho Civil I (Derecho de la Persona)*, Coord. José Ramón de Verda y Beamonte, 89-90; también Moreno Trujillo, Eulalia. “La capacidad jurídica y el estado civil de las personas”, in *Curso de Derecho Civil I. Parte general y Derecho de la Persona*, Coord. Francisco Javier Sánchez Calero, 110-111, o esta propia autora en “El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad. Medidas de apoyo”, in *Curso de Derecho Civil I. Parte general y Derecho de la Persona*, Coord. Francisco Javier Sánchez Calero, 151.

⁴² Moreno Trujillo, “La capacidad”, 112-115.

⁴³ “1. Podrán comparecer en juicio todas las personas. 2. Las personas menores de edad no emancipadas deberán comparecer mediante la representación, asistencia o autorización exigidos por la ley. En el caso de las personas con medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica, se estará al alcance y contenido de estas. 3. Por los concebidos y no nacidos comparecerán las personas que legítimamente los representarían si ya hubieren nacido. 4. Por las personas jurídicas comparecerán quienes legalmente las representen... 8. Las limitaciones a la capacidad de quienes estén sometidos a concurso y los modos de suplir las se regirán por lo establecido en la Ley Concursal”.

⁴⁴ De las Heras García, “El Derecho”, 2-4, por evidentes razones la mencionada en primer lugar es la que posee mayor relevancia a los efectos del presente análisis, pudiendo subdividirse en capacidad para actos de mera administración y en capacidad de disposición (o capacidad para actos de administración extraordinaria).

⁴⁵ Moreno Trujillo, “La capacidad”, 112-115.

⁴⁶ Conforme con la dicción dada por el art. 9.1 de la LPPD este párr. segundo del art. 223 del CC disponía con anterioridad: “...Asimismo, cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, podrá en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor”.

⁴⁷ Como acontece, entre otros, en el vigente y conocido art. 2.1 de la LO 1/1996, 15 enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del CC y de la LEC: “...Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor”.

⁴⁸ Arnau Moya “Aspectos”, 559-562, o De Verda y Beamonte “Principios”, 22-25. A nuestro humilde criterio ello obedecería a que en tales hipótesis todavía cabría hablar de «capacidad jurídica limitada, pero completable», de manera que el sujeto con capacidad limitada obra por sí mismo aunque para la validez de específicos actos precise de la autorización o asistencia de otras personas o, incluso, de la autoridad judicial, De las Heras García, “El Derecho”, 4-5.

⁴⁹ “...2. Los contratos celebrados por menores de edad podrán ser anulados por sus representantes legales o por ellos cuando alcancen la mayoría de edad. Se exceptúan aquellos que puedan celebrar válidamente por sí mismos. 3. Los contratos celebrados por personas con discapacidad provistas de medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad de contratar prescindiendo de dichas medidas cuando fueran precisas, podrán ser anulados por ellas, con el apoyo que precisen...”.

⁵⁰ De las Heras “Discapacidad”, 16.

la denominada capacidad de obrar», pero agrega a continuación: «Es mérito del Tratado reconocer a las personas, que presentan disfunciones, la misma capacidad jurídica de la que gozan las otras personas que no sufren deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo en los términos del art 1.1 del Convenio, sin perjuicio de que, para el concreto ejercicio de los derechos, precisen un sistema de apoyos» con lo que, en efecto, parece diferenciar ahora entre, de un lado, la capacidad jurídica y, de otro, el ejercicio específico de los derechos con o sin necesidad de apoyo.

Resulta evidente que en esta primera y amplia directriz quedarían englobados sobradamente, al menos, los anteriores principios jurisprudenciales relativos a la presunción de capacidad; la aplicación restrictiva de los mecanismos de incapacitación y, por supuesto, el referido a la no alteración de la titularidad de los derechos fundamentales.

2º.- Prevalencia de la autonomía privada de la persona con discapacidad en la adopción de las medidas de apoyo.- Constituye, junto con la precedente, la línea de pensamiento que preside toda la nueva regulación incorporada por la LAPD con el objetivo de "...permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad" (párr. primero, art. 249 del CC) de manera que la totalidad de sujetos que presten apoyo a una persona con discapacidad habrán de actuar teniendo presente la autonomía individual de esta última o, en términos de la LAPD, su «voluntad, deseos y preferencias» –expresión redundante en exceso a lo largo de su texto- procurando también que, gradual o progresivamente, "...pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias. Asimismo, fomentarán que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro" (párr. segundo del mismo precepto) noción que se reitera, entre otros, en el art. 250 CC, párr. segundo, cuando se expresa que la función de las medidas de apoyo no es otra que la asistencial, o sea, "...asistir a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica en los ámbitos en los que sea preciso, respetando su voluntad, deseos y preferencias" llegando a hablar incluso, por tal motivo, del reconocimiento de un «derecho a equivocarse» de la persona con discapacidad «anteriormente denegado por la intervención proteccionista de los sistemas representativos»⁵¹. Ello implica, entre otras cosas, un incontestable triunfo

de determinadas concepciones de corte anglosajón, en especial, aquellas de raíz norteamericana relativas a destacar y enaltecer la autodeterminación (*self-determination*) individual sobre cualquier otra consideración con alusiones varias a que la persona –con o sin discapacidad- es competente, autónoma o libre (teniendo como uno de sus mayores exponentes la figura del «consentimiento informado» en la esfera sanitaria proveniente del llamado «modelo de autonomía» introducido, sobre todo, a raíz del Informe Belmont de 1978 frente al anterior «modelo paternalista» médico⁵²) que, a título de muestra, aparece mencionada también en la anterior STS núm. 269/2021, de 6 mayo, FJ 2º: «...En efecto, es obvia manifestación de la dignidad humana la facultad de autodeterminación, de ser protagonista de la propia existencia, de adoptar las decisiones más trascendentes que marcan nuestro curso vital, de vivir conforme a nuestros deseos, sentimientos y aptitudes en la medida en que podamos satisfacerlos. En congruencia con ello, a las personas que sufren deficiencias físicas o psíquicas no se les puede privar injustificadamente de la facultad de adoptar decisiones propias, de ser seres autónomos, de elegir la forma en la que desean vivir en coherencia con sus creencias y valores»; línea de pensamiento que no deja de suscitar numerosos quebraderos de cabeza de carácter jurídico en el específico marco destinado a los menores de edad no emancipados en conexión con su eventual y diversa madurez a la hora de tomar las propias decisiones (merced, en particular, a la denominada doctrina del menor maduro y su compleja proyección práctica).

Valga recordar que esta autonomía –etimológicamente de *nomos*, *ley*, y *autos*, propio o mismo- se identifica, *latu sensu*, con el poder de autodeterminación individual que abarca toda la esfera de autarquía personal apareciendo desdoblada, de un lado, en aquél poder asignado a la voluntad respecto a la creación, modificación y extinción de relaciones jurídicas (autonomía privada o de la voluntad, *stricto sensu*, relativa al ámbito del negocio jurídico) y, de otro, en el poder de la voluntad respecto del uso, goce y disposición de poderes, facultades y derechos subjetivos (concretada en la autonomía dominical o ámbito de ejercicio de los derechos subjetivos) siendo definida dicha autonomía, desde hace más de medio siglo por el profesor De Castro, como «poder complejo reconocido a la persona para el ejercicio de sus facultades, sea dentro del ámbito de libertad que le pertenece como sujeto de derechos, sea para crear reglas de conducta para sí y en relación con los demás, con la consiguiente responsabilidad en cuanto

⁵¹ Moreno Trujillo, "El ejercicio", 152-153.

⁵² Al respecto puede consultarse cuanto sostuvimos ya en De las Heras García, Manuel Ángel. "Recepción Y naturaleza Del llamado «consentimiento informado» del paciente", in *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García* (Coord. González Porras, J.M. & Méndez González, E.P.), Tomo I, 2379-2399. Murcia: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Universidad de Murcia, 2004.

actuación en la vida social»⁵³. Entendemos que, a pesar del tiempo transcurrido, dicha significación del concepto autonomía resultaría perfectamente encajable en marco de la reforma verificada por la LAPD y en ella hallan cobijo, sobre todo, manifestaciones de los anteriores principios jurisprudenciales de presunción de capacidad; aplicación restrictiva de mecanismos incapacitantes; no alteración de la titularidad de derechos fundamentales; fijación de apoyos y, en particular, la consideración a los propios deseos y sentimientos de la persona con discapacidad.

C) Discriminación entre medidas de apoyo voluntarias, legales y judiciales.- El CC dedica ahora sus arts. 249 a 298 a las medidas de apoyo previstas para las personas mayores de edad o menores emancipadas que las precisen para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica. Tales medidas se han de implantar atendiendo a las específicas circunstancias que concurran en cada supuesto en la persona con discapacidad pudiendo ser, por tanto, de heterogénea índole como sucedería, entre otras, con el establecimiento de un mero régimen de visitas, de acompañamientos o de comunicaciones periódicas –verificadas personalmente o, incluso, a distancia– respecto de la persona precisada de apoyo, la eliminación de obstáculos arquitectónicos o de otra clase, la constitución de una autotutela hasta llegar, en los casos más graves y excepcionales, a la designación judicial de un curador con facultades representativas.

Se distinguen, por ende, dos grandes tipos de medidas de apoyo, de una parte, las voluntarias (art. 250, párr. tercero, CC) que puede adoptar, por su propia voluntad, la persona con discapacidad mediante escritura pública (art. 255 CC) o a través de un poder o mandato preventivo⁵⁴, también formalizado en escritura pública (art. 260, primer párr., CC⁵⁵) que contenga –o no– cláusula de subsistencia (art. 256 CC⁵⁶); y, de otra, las legales o judiciales que son las establecidas por la ley o por la autoridad judicial, que básicamente se reducen a la guarda de hecho (medida legal), la curatela y

el defensor judicial (medidas judiciales⁵⁷) y cuya adopción sólo procederá en defecto o insuficiencia de las primeras procurándose, en todo caso, respetar la autonomía personal de la persona con discapacidad resultando ser tales medidas, además, revisables como indicaremos con posterioridad.

Con carácter general para ambas clases de medidas el penúltimo párr. del art. 250 del CC dispone que “...Al determinar las medidas de apoyo se procurará evitar situaciones en las que se puedan producir conflictos de intereses o influencia indebida” recogiendo en el párr. siguiente una primera concreción de tal previsión al prohibir ejercer medidas de apoyo a quienes, en virtud de contrato, “...presten servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga a la persona que precisa el apoyo” (lo cual no deja de recordar la prohibición legal o incapacidad relativa para suceder prevista en el art. 753 CC), estableciéndose en el art. 251 CC⁵⁸ otras interdicciones con finalidad semejante cuya observancia resulta ser preceptiva en las medidas de apoyo judiciales y, en cambio, sólo potestativa en las voluntarias.

Paralelamente el art. 252 CC –consideramos que también para sortear posibles conflictos de intereses o influencia debida– posibilita a quien disponga de bienes a título gratuito (donante) en favor de una persona necesitada de apoyo (donatario) que establezca él mismo las reglas sobre la administración y disposición de los bienes de que disponga, que designe administrador e implante los órganos de control o supervisión convenientes para el ejercicio de las facultades conferidas a este último, de manera que el resto de facultades no conferidas al administrador incumbirán “...al favorecido por la disposición de los bienes, que las ejercerá, en su caso, con el apoyo que proceda”. Reputamos, sin embargo, que la sede natural de este precepto hubiese sido el Título II «De la donación», Libro III CC y no, desde luego, las disposiciones generales relativas a las medidas de apoyo.

⁵³ De Castro y Bravo, Federico. *El negocio jurídico* (Madrid: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1967), 11-18, reprochando el progresivo intervencionismo estatal en todos los aspectos de las relaciones privadas.

⁵⁴ Alventosa del Río, “Medidas”, 159-160.

⁵⁵ “Los poderes preventivos... habrán de otorgarse en escritura pública”.

⁵⁶ “El poderante podrá incluir una cláusula que estipule que el poder subsista si en el futuro precisa apoyo en el ejercicio de su capacidad”.

⁵⁷ Así se deduce del primer párr. del art. 250 CC cuando se dispone que, al margen de las medidas voluntarias, estas tres serán las medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica de quien lo precise. En puridad, serán medidas de apoyo judiciales la curatela y el defensor judicial habida cuenta del carácter informal de la guarda de hecho que cuenta con un breve régimen legal.

⁵⁸ “Se prohíbe a quien desempeñe alguna medida de apoyo: 1º. Recibir liberalidades de la persona que precisa el apoyo o de sus causahabientes, mientras que no se haya aprobado definitivamente su gestión, salvo que se trate de regalos de costumbre o bienes de escaso valor. 2º. Prestar medidas de apoyo cuando en el mismo acto intervenga en nombre propio o de un tercero y existiera conflicto de intereses. 3º. Adquirir por título oneroso bienes de la persona que precisa el apoyo o transmitirle por su parte bienes por igual título. En las medidas de apoyo voluntarias estas prohibiciones no resultarán de aplicación cuando el otorgante las haya excluido expresamente en el documento de constitución de dichas medidas”. Para De Salas Murillo, “El nuevo”, 39-40, en tales vetos subsiste todavía el criterio del interés superior u objetivo de la persona con discapacidad.

Por último, no sobraría recordar que todas las resoluciones judiciales y los documentos notariales sobre medidas de apoyo a personas con discapacidad han de inscribirse registralmente (art. 300 CC y arts. 4, 72 y 77 LRC) y, de otra parte, parece claro que esta tercera directriz de la LAPD daría cobijo también a los anteriores principios jurisprudenciales referidos a la presunción de capacidad; aplicación restrictiva de mecanismos incapacitantes; no alteración de la titularidad de derechos fundamentales; fijación de apoyos y consideración a los propios deseos y sentimientos de la persona con discapacidad.

D) Preferencia de las medidas voluntarias en detrimento de las medidas de apoyo legales o judiciales.- Aparece anunciada en el párr. cuarto, epígrafe III del preámbulo de la LAPD cuando se dispone: «Siguiendo los precedentes de otros ordenamientos europeos y las directrices del Consejo de Europa, a la hora de concretar los apoyos la nueva regulación otorga preferencia a las medidas voluntarias, esto es, a las que puede tomar la propia persona con discapacidad. Dentro de las medidas voluntarias adquieren especial importancia los poderes y mandatos preventivos, así como la posibilidad de la autocuratela...», quedando plasmada luego en el primer párr. del art. 249 CC al expresar *“Las medidas de apoyo a las personas mayores de edad o menores emancipadas que las precisen... de origen legal o judicial solo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate”*, subrayándose así la marcada subsidiariedad de las medidas de apoyo legales o judiciales respecto de las voluntarias, corolario del respeto debido a la autonomía individual de la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. En consecuencia, esta cuarta directriz vendría también a ser corolario de los anteriores postulados jurisprudenciales de presunción de capacidad; aplicación restrictiva de los mecanismos de incapacitación; no alteración de la titularidad de derechos fundamentales; fijación de apoyos y consideración a los propios deseos y sentimientos de la persona con discapacidad.

En fin, como sintetiza la SAP de A Coruña núm. 23/2023. 31 enero, Sección

6º, Sánchez González, FJ 3º, primer párr. -con cita de otra anterior SAP de A Coruña de 13 julio 2022-, el art. 250 CC recoge ahora una prelación en las medidas de apoyo «...que en cualquier caso deben ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad (artículo 249): Primero las automedidas, después la guarda de hecho, y en último término la actuación judicial, bien con la curatela asistencial o con la representativa».

E) Acomodación de todas las medidas de apoyo a los principios de necesidad y proporcionalidad.- Queda establecida en el párr. primero del art. 249 CC cuando, tras discriminar las medidas de apoyo voluntarias de las legales o judiciales, dispone que todas las medidas -sin excepción- *“...deberán ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad”* lo que equivale a que habrán de ser las estrictamente necesarias para garantizar que, en cada supuesto específico, la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica⁵⁹ teniendo presente, de un lado, que la necesidad sea advertida en función de la actual situación de la persona (no atendiendo, por el contrario, a anteriores circunstancias o riesgos futuros⁶⁰) y, de otro, que una situación de «necesidad» no resulta equiparable a una situación de «conveniencia» percibida conforme a cánones ajenos a los valorados por la misma persona con discapacidad⁶¹. Al requisito de proporcionalidad también alude el art. 268, primer párr., CC cuando señala *“Las medidas tomadas por la autoridad judicial en el procedimiento de provisión de apoyos serán proporcionadas a las necesidades de la persona que las precise, respetarán siempre la máxima autonomía de esta en el ejercicio de su capacidad jurídica y atenderán en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias”*, con lo que a través de esta quinta y penúltima directriz se proyecta, sobre todo, el anterior principio jurisprudencial relativo al principio de flexibilidad que comporta la denominada «doctrina del traje a medida»⁶².

F) Abandono, salvo excepciones, del principio del interés superior de la persona con discapacidad.- La antes aludida Observación General núm. 1 sobre el art. 12 de la Convención de la ONU demanda suplir el principio del «interés superior» de la persona con discapacidad por el de la «mejor

⁵⁹ De Verda y Beamonte, “Principios”, 76.

⁶⁰ De Verda y Beamonte, “Principios”, 84-87, reflejando el criterio mantenido al respecto por las SSAP A Coruña 8 y 20 octubre 2021, SAP de León 28 octubre 2021 y SAP de Badajoz 25 octubre 2022.

⁶¹ De Verda y Beamonte, “Principios”, 87-88, con cita de la SJPII de Tafalla 22 octubre 2021 y la SAP Vizcaya 14 julio 2022.

⁶² Arnau Moya, “Aspectos”, 540-541. Como apunta De Verda y Beamonte, “Principios”, 76, «los principios de proporcionalidad y de necesidad eran ya aplicados por la jurisprudencia anterior a la publicación de la Ley 8/2021, a través del llamado principio de flexibilidad, plasmado en la doctrina del “traje a medida”».

interpretación de su voluntad y preferencias» y, en conexión con ello, la LAPD desvela en el párr. tercero, epígrafe I de su preámbulo que se «impone así el cambio de un sistema como el hasta ahora vigente en nuestro ordenamiento jurídico, en el que predomina la sustitución en la toma de las decisiones que afectan a las personas con discapacidad, por otro basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona quien, como regla general, será la encargada de tomar sus propias decisiones». Si conectamos lo anterior con la paridad establecida, por lo general, respecto a la capacidad jurídica personal cabría suscitar si se ha abandonado en efecto el anterior postulado relativo al interés superior de la persona con discapacidad porque, de ser así, una de las fundamentales tareas que incumbirán a la jurisprudencia será la de buscar instrumentos apropiados en aras a «conciliar la voluntad a ultranza de la persona con discapacidad respecto a las medidas de apoyo que se le van a aplicar»⁶³ considerando que resulta muy probable que la aplicación de este principio referido al interés superior de la persona con discapacidad retorne por vía jurisprudencial como ya se ha advertido en STS 19 octubre 2021, teniendo reconocida la Sala de lo Civil en STS núm. 589/2021, 8 septiembre, Sala de lo Civil, Pleno, Sancho Gargallo la posibilidad de imponer «medidas de apoyo en contra de la voluntad del interesado»⁶⁴.

En efecto, conforme declara el FJ 4º de esta última resolución, el principal inconveniente que plantea la validación de medidas conforme con el nuevo régimen de provisión judicial de apoyos viene constituido por la «...directriz legal de que en la provisión de las medidas y en su ejecución se cuente en todo caso con la voluntad, deseos y preferencias del interesado», de manera que cuando este último muestre oposición a la adopción de medidas de apoyo judicial «...cabe cuestionarse si pueden acordarse en estas condiciones. Esto es, si en algún caso es posible proveer un apoyo judicial en contra de la voluntad manifestada del interesado», viniendo a interpretar aquí la Sala de lo Civil que la misma LAPD responde a dicho interrogante al prever un concreto régimen procesal que lo toleraría puesto que la reforma incorpora

como procedimiento común para la provisión judicial de apoyos un concreto expediente de jurisdicción voluntaria en el art. 42 bis de la LJV/2015⁶⁵ donde se recoge que éste finalizará si concurre oposición sobre la medida de apoyo, debiéndose acudir entonces a un juicio verbal especial en el cual no se veta que las medidas, objeto de controversia, puedan ser interesadas de nuevo, lo cual «...presupone que ese juicio pueda concluir con la adopción de las medidas, aun en contra de la voluntad del interesado». Agrega asimismo la Sala de lo Civil que, en realidad, lo exigido en el primer párr. del art. 268 CC⁶⁶ es que hay que atender en todo caso a la voluntad, deseos y preferencias del afectado en la provisión de apoyos judiciales, interpretando que la utilización aquí del «...verbo "atender", seguido de "en todo caso", subraya que el juzgado no puede dejar de recabar y tener en cuenta (siempre y en la medida que sea posible) la voluntad de la persona con discapacidad destinataria de los apoyos, así como sus deseos y preferencias, pero no determina que haya que seguir siempre el dictado de la voluntad, deseos y preferencias manifestados por el afectado»⁶⁷; puntualizando también el Alto Tribunal que no cabe fijar los supuestos justificados porque habrá que proceder casuísticamente, o sea, atender a «...las singularidades de cada caso», pero cuando concurra una evidente necesidad asistencial y su falta provoque un grave deterioro personal, «...una degradación que le impide el ejercicio de sus derechos y las necesarias relaciones con las personas de su entorno, principalmente sus vecinos, está justificada la adopción de las medidas asistenciales (proporcionadas a las necesidades y respetando la máxima autonomía de la persona), aun en contra de la voluntad del interesado, porque se entiende que el trastorno que provoca la situación de necesidad impide que esa persona tenga una conciencia clara de su situación... No intervenir en estos casos, bajo la excusa del respeto a la voluntad manifestada

⁶³ Arnau Moya, "Aspectos", 537, destacando más adelante, 554, que en este extremo el legislador español ha seguido literalmente «el parágrafo 21 de la Observación donde se exige la sustitución del "interés superior" de la persona con discapacidad por la "mejor interpretación de su voluntad y preferencias"».

⁶⁴ Arnau Moya, "Aspectos", 554-559; De Verda y Beamonte, "Principios", 73-76.

⁶⁵ Acerca de los expedientes de jurisdicción voluntaria, antes y después tanto de la LEC como de la LJV, puede consultarse De las Heras García, Manuel Ángel, *La delación abintestato y sus regímenes*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2022, 109-118.

⁶⁶ «Las medidas tomadas por la autoridad judicial en el procedimiento de provisión de apoyos serán proporcionadas a las necesidades de la persona que las precise, respetarán siempre la máxima autonomía de esta en el ejercicio de su capacidad jurídica y atenderán en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias...».

⁶⁷ Fundamento del que se vale asimismo la SAP de Cantabria núm. 24/2023, 18 enero, Sección 2ª, Fernández Díez, FJ 2º.

en contra de la persona afectada, sería una crueldad social, abandonar a su desgracia a quien por efecto directo de un trastorno (mental) no es consciente del proceso de degradación personal que sufre. En el fondo, la provisión del apoyo en estos casos encierra un juicio o valoración de que si esta persona no estuviera afectada por este trastorno patológico, estaría de acuerdo en evitar o paliar esa degradación personal» (razonamiento reproducido también en STS núm. 964/2022, 21 diciembre, Sala de lo Civil, Sección 1ª, Parra Lucán, FJ 3º).

En definitiva, que el abandono del principio del interés superior de la persona con discapacidad resulta ser más bien aparente o, incluso, formal pero, en los términos precedentes, queda permitida todavía su aplicación por puras y llanas razones derivadas del principio de solidaridad. En otros términos, un absoluto seguimiento del modelo de autonomía que alberga la LAPD sería susceptible de acarrear, en determinados hipótesis, consecuencias nefastas y perniciosas pudiéndose evocar otra vez alguno de los fiascos más clamorosos derivados de una específica aplicación del *movimiento de vida independiente* (inspirador, a su vez, del *modelo social* adoptado por la Convención de la ONU y que ha seguido la LAPD) que fueron investigados por *The New York Times* llegándose a poner de relieve el abandono y la marginación de determinados enfermos mentales por parte de las autoridades correspondientes durante 1995 a 2001 obteniéndose el fatal resultado de casi un millar de fallecimientos en Nueva York debido, por un lado, a dicho *movimiento* favorable a la desinstitucionalización de enfermos con deficiencias psíquicas y, por otro, al empeño en que a éstos se les reconociera plenamente su autonomía o derecho a decidir si querían o no ser internados⁶⁸.

III. REFERENCIA AL RÉGIMEN DE LAS MEDIDAS DE APOYO TÍPICAS.

Como tenemos indicado la LAPD ha venido a instituir un sistema de medidas de apoyo reformando, a su vez, las clásicas instituciones tutelares o protectoras de la persona (tutela, guarda de hecho, curatela o defensor judicial) tradicionalmente tipificadas en el CC constituyendo los dos cimientos o ejes esenciales de la reforma, de una parte, posibilitar el ejercicio de la capacidad jurídica a la persona con discapacidad en igualdad de condiciones que las demás y, de otra, observar un superior respeto a su autonomía privada o individual. Dejando a un lado el análisis de la tutela prevenida para menores de edad no emancipados o en situación de desamparo en los arts. 199 a 234 CC (pareciendo retornar dicha institución, salvando las distancias, a su tradicional significación recogida en nuestro Derecho histórico⁶⁹) procede analizar ahora el novedoso régimen legal dispensado al resto de las medidas de apoyo que, precisamente por ello, cabría calificar de *típicas*.

III.1. LA GUARDA DE HECHO.

Nos referiremos, en exclusiva, a la guarda de hecho de las personas con discapacidad que, teniendo regulación propia en los arts. 263 a 267 CC, no hay que confundir o entremezclar con la contemplada previamente para los menores de edad en los arts. 237 y 238 CC, disponiendo este último precepto que, en cualquier caso, a la guarda de hecho del menor de edad le resulta de aplicación supletoria la normativa “...de la guarda de hecho de las personas con discapacidad”. Con anterioridad a la Ley 13/1983, 24 octubre, de reforma del CC en materia de tutela a esta clase de guarda se le solía denominar «tutela de hecho» y, tras la modificación operada entonces por dicha norma, se le vino a dedicar alguna atención abarcando todas aquellas situaciones en las que una persona, sin contar con designación al efecto, quedaba encargada de la guarda «en su más extenso significado» de un menor no sometido a la patria potestad o de alguien en quien concurría alguna causa de incapacitación⁷⁰. Con la LAPD el párr. cuarto del art. 250 CC concibe ahora esta guarda de hecho como “...medida informal de apoyo que puede existir cuando no haya medidas voluntarias o judiciales que se estén aplicando eficazmente”, o sea, que se trata de una medida desjudicializada que podrá concurrir con otras medidas de apoyo

⁶⁸ De las Heras García, “Discapacidad”, 16.

⁶⁹ Cabe recordar que ya en la Ley 1, Título XVI, Partida VI se concebía la tutela como aquella «autoridad que se confiere a una persona, principalmente para la educación, crianza y defensa del huérfano menor de catorce años, y de la huérfana menor de doce; y accesoriamente para la administración y gobierno de sus bienes». Escriche, Joaquín. *Elementos del Derecho patrio*. Madrid: Librería de la Sra. viuda de Calleja é hijos, 1840, 45.

⁷⁰ Díez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio. *Sistema de Derecho Civil. Volumen I. Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica*(Madrid: Tecnos, 2003), 269.

que, por el motivo que fuere, no se vengán materializando como es debido o, lo que es igual, devengan ineficaces para cumplir con su objetivo; idea reiterada también en el art. 263 del CC que ordena entonces a quien venga ejerciendo la guarda “adecuadamente” -o sea, al guardador- proseguir con el desempeño de su función con lo que la figura «se tiende a consolidar, incluso, como remedio ante el mal funcionamiento de las otras instituciones»⁷¹. La informalidad de esta medida de apoyo deriva en que es el propio guardador quien se autodesigna como tal al no precisarse nombramiento de ningún tipo para el ejercicio de este cargo tuitivo y, bajo este ángulo, se viene a robustecer la figura de la guarda de hecho convirtiéndola en una institución jurídica de apoyo y dejando de ser una mera situación provisional cuando se muestra apropiada y suficiente para proteger los derechos de la persona con discapacidad puesto que la realidad acredita que, en numerosas ocasiones, la persona con discapacidad se encuentra adecuadamente asistida o apoyada en la toma de decisiones y en el ejercicio de su capacidad jurídica por un guardador de hecho que, en la generalidad de ocasiones, suele ser un familiar o pariente -puesto que «...la familia sigue siendo en nuestra sociedad el grupo básico de solidaridad y apoyo entre las personas que la componen, especialmente en lo que atañe a sus miembros más vulnerables»- que no precisa de ninguna investidura judicial formal que, además, la persona con discapacidad tampoco quiere⁷².

Pone de relieve la SAP de A Coruña núm. 23/2023. 31 enero, Sección 6ª, Sánchez González, FJ 3º que lo que más sobresale de la reforma de la LAPD no es sino «... la regularización de la guarda de hecho como un medio de provisión de apoyos. Figura que difiere radicalmente del concepto que definía antes el Código Civil. Se ha normado ahora como una medida de apoyo, de origen legal, estable y con vocación de permanencia, ya que las medidas judiciales tienen carácter subsidiario, de manera que solo en defecto de guarda de hecho eficaz habrá de acudir al correspondiente expediente de Jurisdicción Voluntaria de provisión de apoyos. Se ha querido reflejar la realidad social, donde habitualmente es la familia quien presta ese primer apoyo, como guardadores de hecho», reconociendo que la guarda desempeñada respecto de la persona con discapacidad podrá ser tanto asistencial como representativa. Sobre el abanico de eventuales actuaciones del guardador declara el vasto FJ 1º de la SAP de Cádiz núm. 58/2023, 20 enero, Sección 5ª, Sanabria Parejo, que el último inciso del art. 255 CC recoge un «mandato de desjudicialización “razonable” que pasa por asumir con naturalidad que las facultades de actuación no vienen dadas por una resolución judicial, sino directamente de la ley. Las posibles actuaciones en

las que el guardador de hecho puede ejercer su función como medida de apoyo, pueden concretarse en otros numerosos contextos: peticiones de recursos sociales, pensiones, plazas residenciales, centros de día, ayuda a domicilio, matriculaciones en centros de educación o formación profesional, entre otras, solicitudes a los bancos, etc. La función del guardador tiene reconocimiento en otros entornos. En el ámbito de la salud el guardador de hecho se encuentra asimilado al “cuidador principal”, “allegado” o “persona vinculada por razones familiares o de hecho” (arts. 5.3 y 9.2 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía personal y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, y el apartado 7.7 del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del sistema nacional de salud y el procedimiento para su actualización). Las peticiones de auxilio a las FFCCSE por parte de guardadores de hecho ante agitaciones, incidentes, altercados familiares de la persona con discapacidad o trastorno mental, tienen amparo en el marco del art. 11.1 LO 2/1986 de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado».

En aquellos supuestos en que se requiera que el guardador realice alguna actuación de carácter representativo se prevé la necesidad de que obtenga una autorización judicial *ad hoc* de modo que no será preciso que se incoe todo un procedimiento general de provisión de apoyos sino que bastará con la pertinente autorización para el específico caso, previo examen de las circunstancias.

No obstante, prevé el art. 264 CC que cuando excepcionalmente se requiera la actuación representativa del guardador de hecho, este habrá de obtener la correspondiente autorización judicial para realizarla mediante el expediente de jurisdicción voluntaria pertinente, en el que se prestará audiencia a la persona con discapacidad. La autorización judicial para actuar como representante se podrá conceder, previa comprobación de su necesidad, en los términos y con los requisitos adecuados a las circunstancias del caso pudiendo comprender uno o varios actos necesarios para el desarrollo de la función de apoyo y deberá ser ejercitada de conformidad con la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad. En todo caso, el guardador de hecho debe recabar la anterior autorización judicial para prestar consentimiento en los actos enumerados en el art. 287 CC (que son los mismos en los que precisa autorización el curador), debiéndose tener presente asimismo el art. 52.3 LJV⁷³.

A modo de salvedades se matiza, sin embargo, que no será necesaria la autorización judicial cuando el guardador solicite una prestación económica a favor de la persona

⁷¹ De Salas Murillo, “El nuevo”, 22.

⁷² Véase el epígrafe III, párrafo cuarto, del preámbulo de la LAPD.

⁷³ “...3. En los casos en que, de acuerdo con la legislación civil aplicable, el guardador de hecho de una persona con discapacidad deba solicitar autorización judicial, antes de tomar una decisión, la autoridad judicial entrevistará por sí misma a la persona con discapacidad y podrá solicitar un informe pericial para acreditar la situación de esta. También podrá citar a la comparecencia a cuantas personas considere necesario oír en función del acto cuya autorización se solicite”.

con discapacidad, siempre que esta no suponga un cambio significativo en la forma de vida de la persona, o realice actos jurídicos sobre bienes de la persona con discapacidad que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar. A criterio de De Verda y Beamonte la desjudicialización que implica el reforzamiento de la guarda de hecho como medida de apoyo parece razonable, pero «debe ir acompañada de un sistema que facilite la prueba de la condición de guardador» puesto que será complejo, en caso contrario, que éste pueda actuar en representación de la persona con discapacidad en tales actos que, aunque sean de escaso valor económico, pueden gozar de un considerable alcance práctico⁷⁴, opinión compartida por la SAP de A Coruña núm.. 23/2023. 31 enero, Sección 6ª, Sánchez González, FJ 3º, *in fine*, al advertir también «...la dificultad acreditativa de la condición de guardador de hecho y el ejercicio de las funciones representativas que por ley se le atribuyen»⁷⁵.

La autoridad judicial podrá acordar el nombramiento de un defensor judicial para aquellos asuntos que por su naturaleza lo exijan (lo cual remite a los arts. 295 y 296 CC). También mediante expediente de jurisdicción voluntaria el art. 265 CC señala que la autoridad judicial podrá requerir al guardador en cualquier momento, de oficio, a solicitud del Ministerio Público o a instancia de cualquier interesado, incluida la persona que precise el apoyo (art. 52.1 LV), para que informe de su actuación, y establecer las salvaguardias que estime necesarias. Asimismo, podrá exigir que el guardador rinda cuentas de su actuación en cualquier momento. Por su parte, el guardador tiene derecho al reembolso de los gastos justificados y a la indemnización por los daños derivados de la guarda, a cargo de los bienes de la persona a la que presta apoyo (art. 266 CC). Finalmente el art. 267 CC recoge las cuatro razones por las que se extinguirá una guarda de hecho, y son: 1º) Cuando la persona con discapacidad interese que el apoyo recibido sea organizado de diferente manera; 2º) Cuando se desvanezcan las causas que motivaron la guarda de hecho; 3º) Cuando el guardador desista

de su actuación, en cuyo caso deberá ponerlo previamente en conocimiento de la entidad pública que en el respectivo territorio tenga encomendada las funciones de promoción de la autonomía y asistencia a las personas con discapacidad y, por último, 4º) Cuando la autoridad judicial lo estime conveniente a solicitud del Ministerio Fiscal o de quien se interese por ejercer el apoyo de la persona que se encuentre bajo guarda.

III.2. LA CURATELA.

Se regula en los arts. 268 a 294 CC de manera bien distinta a como venía configurándose en nuestra tradición jurídica⁷⁶ siendo, además, la institución que cuenta ahora con la regulación más detallada por erigirse ahora -en detrimento de la anterior tutela a la cual reemplaza- en la principal medida de apoyo judicial para las personas con discapacidad⁷⁷. Subraya el epígrafe III, párr. quinto, del preámbulo de la LAPD que «...El propio significado de la palabra curatela -cuidado-, revela la finalidad de la institución: asistencia⁷⁸, apoyo, ayuda en el ejercicio de la capacidad jurídica; por tanto, como principio de actuación y en la línea de excluir en lo posible las actuaciones de naturaleza representativa, la curatela será, primordialmente, de naturaleza asistencial. No obstante, en los casos en los que sea preciso, y sólo de manera excepcional, podrá atribuirse al curador funciones representativas». Para De Verda y Beamonte, además de asistencial y representativa, la curatela también puede ser «complementadora» del ejercicio de la capacidad jurídica «que exige el consentimiento del curador a los actos y contratos concluidos por la persona a la que apoya, como requisito de validez de los mismos» pudiendo ocurrir, en la práctica, que sólo exista una curatela mediante la que se confiera al curador «diferentes facultades de asistencia o de representación o una mezcla de estas»⁷⁹. Con independencia de constituir una medida judicial de carácter residual queda subordinada la curatela, junto con la defensa judicial, a su periódica revisión como se

⁷⁴ De Verda y Beamonte, "Principios", 39-40.

⁷⁵ Ostentando un relevante valor probatorio tanto el informe sociosanitario que se efectúe sobre la persona con discapacidad como la entrevista personal efectuada por la autoridad judicial.

⁷⁶ Definiéndose en la Ley XIII, Título XVI, Partida VI como «...facultad de cuidar de los bienes y negocios del que no se halla en estado de gobernarlos por sí mismo, sea por razón de la edad, como el menor de veinte y cinco años desde los catorce ó doce, según su calidad de varón o hembra, sea por algún vicio ó defecto del cuerpo ó del ánimo, como el demente o pródigo»; Escriche, "Elementos", 47.

⁷⁷ Decantándose el legislador, en cierto sentido, por algunas de nuestras previas consideraciones cuando afirmábamos: «Urge, por tanto, reinventar y delimitar medidas de apoyo -que no de sustitución o limitación- de carácter judicial en la toma de decisiones personales en casos de discapacidad llegándose a proponer una figura similar al *Amministrazione di sostegno* del CC italiano o la asunción transitoria de tal cometido por la curatela y potenciación de la autotutela y los apoderamientos preventivos sin olvidar que, en caso de conflicto personal o patrimonial, siempre se podría acudir -con los debidos retoques legislativos- al defensor judicial... caracterizado por ser un cargo tuitivo ocasional perfectamente compatible con otros institutos protectores», De las Heras García, "Discapacidad", 14-15.

⁷⁸ Precisamente la modificación del CC por Ley 13/1983, 24 octubre, la introdujo como «cargo tutelar de asistencia al sometido a ella, pero sin que el curador le supla o sustituya como el tutor, o, si se quiere, le represente», Díez-Picazo y Gullón, "Sistema", 267, aunque Albaladejo, "Compendio", 621, matiza que antes de la Ley 13/1983 el papel de la curatela «se desempeñaba de otros modos».

⁷⁹ De Verda y Beamonte, "Principios", 54-55.

dispone en el art. 268 CC “...Las medidas de apoyo adoptadas judicialmente serán revisadas periódicamente en un plazo máximo de tres años. No obstante, la autoridad judicial podrá, de manera excepcional y motivada, en el procedimiento de provisión o, en su caso, de modificación de apoyos, establecer un plazo de revisión superior que no podrá exceder de seis años. Sin perjuicio de lo anterior, las medidas de apoyo adoptadas judicialmente se revisarán, en todo caso, ante cualquier cambio en la situación de la persona que pueda requerir una modificación de dichas medidas”. Por su lado, el art. 250, párr. quinto, CC concibe la curatela como “...medida formal de apoyo que se aplicará a quienes precisen el apoyo de modo continuado. Su extensión vendrá determinada en la correspondiente resolución judicial en armonía con la situación y circunstancias de la persona con discapacidad y con sus necesidades de apoyo”.

III.2.A. CONSTITUCIÓN DE LA CURATELA.

Tiene lugar mediante resolución motivada cuando no exista otra medida de apoyo suficiente para la persona con discapacidad -dado su marcado carácter residual-, debiéndose especificar los actos para los que la persona requiere asistencia del curador en el ejercicio de su capacidad jurídica atendiendo a sus concretas necesidades de apoyo⁸⁰. Sólo en los supuestos excepcionales en los que resulte imprescindible por las circunstancias concurrentes en la persona con discapacidad la autoridad judicial determinará, también en resolución motivada, los actos concretos en los que el curador habrá de asumir la representación de la persona con discapacidad, pero en ningún supuesto la resolución judicial puede contener una simple privación de derechos (art. 269 CC). La autoridad judicial ha de establecer en la resolución que constituya la curatela o en otra posterior las medidas de control que estime oportunas para garantizar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona que precisa el apoyo, así como para evitar los abusos, los conflictos de intereses y la influencia indebida. También puede exigir en cualquier momento al curador que informe sobre la situación personal o patrimonial de la persona que precisa el apoyo e, igualmente, el Ministerio Fiscal -órgano encargado de la vigilancia o supervisión de la curatela- puede recabar en cualquier momento la información que considere

necesaria a fin de garantizar el buen funcionamiento de la curatela (art. 270 CC). De manera similar al anterior sistema que reconocía la figura de la autotutela, el art. 271 CC admite la autocuratela al disponer que “Cualquier persona mayor de edad o menor emancipada, en previsión de la concurrencia de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, podrá proponer en escritura pública el nombramiento o la exclusión de una o varias personas determinadas para el ejercicio de la función de curador...” acogiéndose, por tanto, las modalidades doctrinales de autocuratela positiva (cuando se designen eventuales curadores) y negativa (cuando se excluyan posibles curadores) permitiendo que sea la propia persona quien establezca también las reglas de funcionamiento y contenido de la curatela y, en particular, las relativas al cuidado de su persona, reglas de administración y disposición de sus bienes, retribución del curador, obligación de hacer inventario o su dispensa y demás medidas de vigilancia y control. En principio tales disposiciones voluntarias vinculan a la autoridad judicial al constituir la curatela (art. 272 CC), aunque podrá prescindir total o parcialmente de las mismas en resolución motivada -de oficio o a instancia de las personas llamadas por ley a ejercer la curatela o del Ministerio Fiscal- si existen circunstancias graves desconocidas por la persona que las estableció o alteración de las causas indicadas o de las que presumiblemente se tuvieron en cuenta. Si al establecer la autocuratela se propone el nombramiento de sustitutos al curador y no se concreta el orden a seguir será preferido el propuesto en el documento posterior; en cambio, de proponerse varios en un mismo documento será preferido el que figure en primer lugar -aunque se puede delegar en el cónyuge u otra persona la elección del curador de entre los que consten en la escritura pública confeccionada para ello- (arts. 273 y 274 CC).

III.2.B. DESIGNACIÓN DEL CURADOR, POSIBLES EXCUSAS Y REMOCIÓN.

Conforme con el art. 275 CC pueden ser designados curadores las personas mayores de edad que, a juicio de la autoridad judicial, sean aptas para el adecuado desempeño de su función. Asimismo, podrán ser curadores las fundaciones y demás personas jurídicas sin ánimo de lucro, públicas o privadas, entre cuyos fines figure

⁸⁰ Así la SAP núm. 978/2022, 16 diciembre, Sección 2ª, González Vicente, FJ 2º, *in fine*, constituye una curatela en el ámbito sanitario al estimarse probado que se trata de «...una persona mayor de edad con la capacidad de obrar parcialmente reducida para su gobierno en el ámbito de su salud mental, para gobernarse a sí misma, su economía y patrimonio, necesitando medidas de apoyo y supervisión... valorada toda la prueba obrante su entrevista, los informes médicos forenses, y sociales recibidos del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses de la Comunidad de Madrid... procede la constitución de una curatela como medida formal de apoyo legal... y al considerar que es necesario designar un curador, se considera necesario que continúe en su función la Agencia Madrileña para la Tutela de Adultos de la Comunidad de Madrid».

la promoción de la autonomía y asistencia a las personas con discapacidad. Por el contrario, no pueden ser curadores: 1.º Quienes hayan sido excluidos por la persona que precise apoyo -modalidad de autotutela negativa-; 2.º Quienes por resolución judicial estén privados o suspendidos en el ejercicio de la patria potestad o, total o parcialmente, de los derechos de guarda y protección, y 3.º Quienes hayan sido legalmente removidos -esto es, destituidos- de una tutela, curatela o guarda anterior; viniendo a añadir el art. 275.3 CC determinadas causas de inhabilidad para ejercer el cargo de curador que, sin embargo, pueden obviarse por la autoridad judicial en circunstancias excepcionales debidamente motivadas⁸¹. Paralelamente acoge el art. 276 CC un orden legal de preferencia para el nombramiento de curador (en defecto, claro está, de otra propuesta efectuada por la persona que precise apoyo o por la persona en quien delegue) si bien, tras prestar audiencia a la persona que precise el apoyo, la autoridad judicial puede alterar dicho orden y, si no se desprendiera de modo claro su voluntad, también podrá designar a quien considere más idóneo para comprender e interpretar la voluntad, deseos y preferencias de la persona en cuestión⁸². Como norma general la curatela es unipersonal -es decir, la suele desempeñar un solo curador- aunque el art. 277 CC permite que se proponga el nombramiento de más de un curador si la voluntad y necesidades de la persona que precisa el apoyo lo justifican pudiéndose separarse, en especial, los cargos de curador de la persona y curador de los bienes. En caso de que la curatela sea pluripersonal será la autoridad judicial quien establezca las reglas de funcionamiento respetando la voluntad de la persona que precisa el apoyo. Con todo, el desempeño de la curatela será excusable (art. 279 CC) cuando resulte excesivamente gravoso o entrañe grave dificultad para la persona nombrada (en cuyo caso debe alegar dicha excusa en el plazo de quince días desde que conoció el nombramiento) o cuando durante su desempeño sobrevengan motivos de

excusa (en cuyo supuesto se puede alegar en cualquier momento), si bien el curador nombrado por disposición testamentaria que se excuse de la curatela perderá lo que en consideración al nombramiento le haya dejado el testador (art. 280 CC). Por el contrario, si se designa curador a una persona jurídica no se admitirá entonces ningún motivo de excusa siempre que el desempeño de los apoyos se haya encomendado a una entidad de naturaleza pública, entretanto si se encomienda a personas jurídicas de carácter privado las mismas podrán excusarse cuando carezcan de medios suficientes para el adecuado desempeño de la curatela o bien las condiciones de ejercicio de la curatela no sean acordes con sus fines estatutarios. Mientras la autoridad judicial resuelve la excusa alegada el curador nombrado prosigue obligado a ejercer su función de manera que, de no verificarlo y resultar necesaria una actuación de apoyo, se procederá a nombrar un defensor judicial que lo sustituya siendo entonces el curador sustituido responsable de los gastos ocasionados por la excusa si ésta fuese rechazada. En cambio, si prospera y se admite la excusa se procederá a nombrar un nuevo curador. Sea como fuere, tras la designación correspondiente, el curador "...tomará posesión de su cargo ante el letrado de la Administración de Justicia" (art. 282, primer párr., CC). En cuanto a la eventual remoción -o destitución- del curador apunta el art. 278 CC que tendrá lugar cuando, tras la oportuna designación, se incurra en causa legal de inhabilidad o se conduzca mal en su desempeño por incumplimiento de los deberes propios del cargo, por notoria ineptitud de su ejercicio o cuando, en su caso, surgieran problemas de convivencia graves y continuados con la persona a la que presta apoyo, de manera que en tales supuestos "...La autoridad judicial, de oficio o a solicitud de la persona a cuyo favor se estableció el apoyo o del Ministerio Fiscal, cuando conociere por sí o a través de cualquier interesado circunstancias que comprometan el desempeño correcto de la curatela, podrá decretar la remoción del curador mediante

81 "...3. La autoridad judicial no podrá nombrar curador, salvo circunstancias excepcionales debidamente motivadas, a las personas siguientes: 1.º A quien haya sido condenado por cualquier delito que haga suponer fundadamente que no desempeñará bien la curatela. 2.º A quien tenga conflicto de intereses con la persona que precise apoyo. 3.º Al administrador que hubiese sido sustituido en sus facultades de administración durante la tramitación del procedimiento concursal.

4.º A quien le sea imputable la declaración como culpable de un concurso, salvo que la curatela lo sea solamente de la persona".

82 "La autoridad judicial nombrará curador a quien haya sido propuesto para su nombramiento por la persona que precise apoyo o por la persona en quien esta hubiera delegado... En defecto de tal propuesta, la autoridad judicial nombrará curador: 1.º Al cónyuge, o a quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, siempre que convivan con la persona que precisa el apoyo. 2.º Al hijo o descendiente. Si fueran varios, será preferido el que de ellos conviva con la persona que precisa el apoyo. 3.º Al progenitor o, en su defecto, ascendiente. Si fueran varios, será preferido el que de ellos conviva con la persona que precisa el apoyo. 4.º A la persona o personas que el cónyuge o la pareja conviviente o los progenitores hubieran dispuesto en testamento o documento público. 5.º A quien estuviera actuando como guardador de hecho. 6.º Al hermano, pariente o allegado que conviva con la persona que precisa la curatela. 7.º A una persona jurídica en la que concurran las condiciones indicadas en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo anterior. La autoridad judicial podrá alterar el orden del apartado anterior, una vez oída la persona que precise apoyo. Cuando, una vez oída, no resultare clara su voluntad, la autoridad judicial podrá alterar el orden legal, nombrando a la persona más idónea para comprender e interpretar su voluntad, deseos y preferencias". La SAP de Ourense núm. 1/2023, 10 enero, Sección 1.º, Domínguez-Viguera Fernández, FJ 2.º diluida: «...En cuanto a la designación de curador se estima más adecuada para una mejor protección del interés de la afectada por tal medida de protección, que tal nombramiento recaiga en una persona ajena al ámbito familiar y también de su relación de pareja. La relación entre este último (su actual pareja) y el resto de familiares que integran su círculo familiar es prácticamente inexistente... y su relación de pareja no es lo suficientemente estable atendida la duración del tiempo de convivencia...La desvinculación de la demandada y su familia también la coloca en una situación de desprotección, por lo que se comparte el criterio de la sentencia apelada al designar como curador a la FUNGA, estimándose como institución idónea, por su imparcialidad y finalidad tuitiva para completar la capacidad de la parte apelante en el ámbito patrimonial y en la realización de los actos que se detallan en la sentencia apelada. Con la única salvedad de ampliar su capacidad de manejo de dinero de bolsillo, sin necesidad de supervisión del curador, a la cantidad de 1.200 euros mensuales».

expediente de jurisdicción voluntaria” pudiendo, mientras se tramita, “...suspender al curador en sus funciones y, de considerarlo necesario, acordará el nombramiento de un defensor judicial”. Una vez declarada judicialmente la remoción habrá que designar otro curador, excepto cuando resultase oportuna otra medida de apoyo distinta.

III.2.C. CONTENIDO.

Hemos de recordar que aludimos al régimen dispuesto en el CC por cuanto el contenido de la curatela puede ser muy dilatado «...desde la simple y puntual asistencia para una actividad diaria, hasta la representación, en supuestos excepcionales. Es el juez quien debe precisar este contenido en la resolución que acuerde o modifique las medidas» (SAP de Ourense núm. 1/2023, 10 enero, Sección 1ª, Domínguez-Viguera Fernández, FJ 1º, *in fine*). Los principales deberes del curador los podemos resumir en los seis siguientes: 1) Mantener contacto personal con la persona a la que presta apoyo desempeñando las funciones encomendadas con la diligencia debida; 2) Asistir a la persona a la que presta apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica respetando su voluntad, deseos y preferencias; 3) Intentar que ésta pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, fomentando sus aptitudes de la persona a fin de que pueda ejercer su capacidad con menos apoyo en el futuro (art. 282 CC); 4) Prestar fianza cuando la autoridad judicial lo considere necesario por concurrir razones excepcionales (art. 284 CC); 5) Rendir cuentas periódicamente en caso de que así lo haya impuesto la autoridad judicial y, por supuesto, rendir cuenta general justificada de su administración al cesar en sus funciones en el plazo de tres meses⁸³ -prorrogables de mediar justa causa- (art. 292 CC) y, en último término, 6) Responder de los daños que cause por su culpa o negligencia a la persona a la que presta apoyo, prescribiendo la acción para reclamar esta responsabilidad a los tres años contados desde la anterior rendición final de cuentas (art. 294 CC).

Dada su excepcionalidad, además de observar los anteriores deberes, el curador que sea designado con facultades representativas viene obligado también a cumplir con: A) Formación de inventario (ante el LAJ correspondiente) del patrimonio de la persona beneficiada por el apoyo en los términos previstos en los arts. 285 y 286 CC, y B) Solicitar oportuna autorización judicial para los actos determinados en la resolución y, en cualquier caso, para los enumerados en el extenso art. 287 CC⁸⁴ teniendo presente que la autoridad judicial, cuando lo considere adecuado para garantizar la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, puede autorizar al curador para que realice una pluralidad de actos de la misma naturaleza o que vengan referidos a la misma actividad económica, especificando las circunstancias y características fundamentales de dichos actos (art. 288 CC). Respecto de los derechos del curador señalan los dos primeros párr. del art. 281 CC que, siempre que el patrimonio de la persona con discapacidad lo permita, aquél tiene derecho a una retribución, al reembolso de los gastos justificados y a la indemnización de los daños sufridos sin culpa suya en el ejercicio de su función, incumbiendo a la autoridad judicial determinar su importe y modo de percepción atendiendo, de un lado, al trabajo a realizar y, de otro, al valor y la rentabilidad de los bienes.

III.2.E. EXTINCIÓN.

Las causas de extinción de la curatela se enumeran en el art. 291 CC: “*La curatela se extingue de pleno derecho por la muerte o declaración de fallecimiento de la persona con medidas de apoyo. Asimismo, la curatela se extingue por resolución judicial cuando ya no sea precisa esta medida de apoyo o cuando se adopte una forma de apoyo más adecuada para la persona sometida a curatela*” habida cuenta que, como dijimos con anterioridad, se trata de una medida de apoyo judicial periódicamente revisable.

⁸³ El mismo art. 292 CC determina que la acción para exigir la rendición de esta cuenta general justificada prescribe a los cinco años, computados desde la terminación del plazo establecido para efectuarla, asimismo “...Antes de resolver sobre la aprobación de la cuenta, la autoridad judicial oírá también en su caso al nuevo curador, a la persona a la que se prestó apoyo, o a sus herederos. La aprobación judicial de las cuentas no impedirá el ejercicio de las acciones que recíprocamente puedan asistir al curador y a la persona con discapacidad que recibe el apoyo o a sus causahabientes por razón de la curatela”.

⁸⁴ Que son “...1.º Realizar actos de transcendencia personal o familiar cuando la persona afectada no pueda hacerlo por sí misma, todo ello a salvo lo dispuesto legalmente en materia de internamiento, consentimiento informado en el ámbito de la salud o en otras leyes especiales. 2.º Enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, bienes o derechos de especial significado personal o familiar, bienes muebles de extraordinario valor, objetos preciosos y valores mobiliarios no cotizados en mercados oficiales de la persona con medidas de apoyo, dar inmuebles en arrendamiento por término inicial que exceda de seis años, o celebrar contratos o realizar actos que tengan carácter dispositivo y sean susceptibles de inscripción. Se exceptúa la venta del derecho de suscripción preferente de acciones. La enajenación de los bienes mencionados en este párrafo se realizará mediante venta directa salvo que el Tribunal considere que es necesaria la enajenación en subasta judicial para mejor y plena garantía de los derechos e intereses de su titular. 3.º Disponer a título gratuito de bienes o derechos de la persona con medidas de apoyo, salvo los que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar. 4.º Renunciar derechos, así como transigir o someter a arbitraje cuestiones relativas a los intereses de la persona cuya curatela ostenta, salvo que sean de escasa relevancia económica. No se precisará la autorización judicial para el arbitraje de consumo. 5.º Aceptar sin beneficio de inventario cualquier herencia o repudiar esta o las liberalidades.

6.º Hacer gastos extraordinarios en los bienes de la persona a la que presta apoyo. 7.º Interponer demanda en nombre de la persona a la que presta apoyo, salvo en los asuntos urgentes o de escasa cuantía. No será precisa la autorización judicial cuando la persona con discapacidad inste la revisión de la resolución judicial en que previamente se le hubiesen determinado los apoyos. 8.º Dar y tomar dinero a préstamo y prestar aval o fianza. 9.º Celebrar contratos de seguro de vida, renta vitalicia y otros análogos, cuando estos requieran de inversiones o aportaciones de cuantía extraordinaria”.

III.3. EL DEFENSOR JUDICIAL.

Última institución caracterizada por constituir un cargo ocasional no estable, a diferencia de la tutela y la curatela, cuyo nombramiento tiene lugar, en líneas generales, para salvaguardar tanto a menores de edad (arts. 235 y 236 CC) como a personas con discapacidad frente a un posible conflicto de intereses que pueda surgir entre éstas y sus representantes legales o con las personas que les prestan apoyo. A esta figura se le denomina «defensor» porque *defiende* al guardado y «judicial» porque lo designa el juez constituyendo, en ciertos supuestos, un «cargo transitorio de amparo y representación»⁸⁵. El párr. sexto, art. 250 CC establece, al respecto, que procede la designación de defensor judicial como medida formal de apoyo “...cuando la necesidad de apoyo se precise de forma ocasional, aunque sea recurrente”, es decir, cuando se necesite su designación para una actuación de trascendencia patrimonial para el cual «...no es preciso proveer a la curatela y no se quiera por algún motivo atribuir la representación al guardado» (SAP de Cantabria núm. 85/2022, 14 febrero, Sección 2ª, Arsuaga Cortázar, FJ 3º). El nombramiento de defensor judicial de una persona con discapacidad queda previsto, en concreto, para las cinco hipótesis que siguen: 1º) Cuando, por cualquier causa, quien haya de prestar apoyo no pueda hacerlo, hasta que cese la causa determinante o se designe a otra persona; 2º) Cuando exista conflicto de intereses entre la persona con discapacidad y la que haya de prestarle apoyo; 3º)

Cuando, durante la tramitación de la excusa alegada por el curador, la autoridad judicial lo considere necesario; 4º) Cuando se hubiere promovido la provisión de medidas judiciales de apoyo a la persona con discapacidad y la autoridad judicial considere necesario proveer a la administración de los bienes hasta que recaiga resolución judicial, y 5º) Cuando la persona con discapacidad requiera el establecimiento de medidas de apoyo de carácter ocasional, aunque sea recurrente. Tras prestar audiencia a la persona con discapacidad la autoridad judicial designará defensor judicial a quien sea más idóneo para respetar, comprender e interpretar la voluntad, deseos y preferencias de aquella (art. 295 CC) pudiendo, incluso, dispensarle de la venta en subasta pública, fijando un precio mínimo, y de la aprobación judicial posterior de los actos (art. 298, primer párr., CC). Para finalizar nuestro análisis conviene tener presente las tres siguientes reglas: a) Si el apoyo fue encomendado a más de una persona no se designará defensor judicial, salvo que ninguna pueda actuar o la autoridad judicial motivadamente considere necesario el nombramiento (art. 296 CC); b) Son aplicables al defensor judicial las causas de inhabilidad, excusa y remoción del curador⁸⁶, así como las obligaciones que a éste se atribuyen de conocer y respetar la voluntad, deseos y preferencias de la persona a la que se preste apoyo (art. 297 CC), y c) Una vez realizada su gestión el defensor judicial debe rendir cuentas de la misma (art. 298, párr. segundo, CC en sintonía con el precedente art. 302 CC).

⁸⁵ Albaladejo, “Compendio”, 623.

⁸⁶ Semejante previsión a la contenida en el anterior y derogado art. 301 CC.

IV. BIBLIOGRAFÍA.

ALBALADEJO, Manuel. *Compendio de Derecho civil*. Madrid: Edisofer, 2007.

ALVENTOSA DEL RÍO, Josefina. "Medidas de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica", in *Derecho Civil I (Derecho de la Persona)*, Coord. José Ramón de Verda y Beamonte, 143-165. Valencia: Tirant lo Blanch, 2022.

ARNAU MOYA, Federico. "Aspectos polémicos de la Ley 8/2021 de medidas de apoyo a las personas con discapacidad". *Revista Boliviana de Derecho*, no. 33 (enero 2022): 534-573. <http://hdl.handle.net/10234/200532>

CORTIZO MELLA, María del Pilar. "Paradojas del legislador, falta de previsión de la Administración". *La Voz de Galicia*, 5 abril 2022. https://www.lavozdegalicia.es/noticia/opinion/2022/04/05/juzgados-familia-falta-prevision/0003_202204G5P14995.htm

DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *El negocio jurídico*. Madrid: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1967 (reimpresión 1971).

DE LAS HERAS GARCÍA, Manuel Ángel. "Discapacidad y modelo social en el marco de la Convención de la ONU de 2006: Personas Mayores y Derecho Civil". *Informes Portal Mayores*, no. 101 (Madrid, 2010): 1-17. <http://envejecimiento.csic.es/documentos/documentos/heras-discapacidad-01.pdf>

DE LAS HERAS GARCÍA, Manuel Ángel. "El Derecho de la Persona, la personalidad, capacidad jurídica y capacidad de obrar (actualización 2021)". *Big Data Jurist. Derecho Civil* (Madrid, 2021): 1-20. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3933846>

DE LAS HERAS GARCÍA, Manuel Ángel. *La delación abintestato y sus regímenes*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2022. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4307058>

DE LAS HERAS GARCÍA, Manuel Ángel. "Recepción y naturaleza del llamado «consentimiento informado» del paciente", in *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García* (Coord. González Porras, J.M. & Méndez González, E.P.), Tomo I, 2379-2399. Murcia: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Universidad de Murcia, 2004. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3205354

DE LAS HERAS GARCÍA, Manuel Ángel. "Tratamiento jurisprudencial de los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil", in *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de daños (Estudios en Homenaje al Profesor Dr. Roca Guillamón)*, Coords. Joaquín Ataz López y José Antonio Cobacho Gómez, Tomo I, 1801-1865. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2021. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3933880>

DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón. "Principios generales inspiradores de la reforma en materia de discapacidad, interpretados por la reciente jurisprudencia". *Revista Jurídica del Notariado*, no. 115 (julio-diciembre 2022): 11-116. <https://www.fundacionnotariado.org/portal/revista-rjn>

DE SALAS MURILLO, Sofía. "El nuevo sistema de apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica en la Ley española 8/2021, de 2 de junio: Panorámica general, interrogantes y retos". *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, no. 17 (2022): 16-47. <https://revista-aji.com/numero-17>

DÍEZ-PICAZO, Luis y Gullón, Antonio. *Sistema de Derecho Civil. Volumen I. Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica*. Madrid: Tecnos, 2003.

ESCRICHE, Joaquín. *Elementos del Derecho patrio*. Madrid: Librería de la Sra. viuda de Calleja é hijos, 1840.

LÓPEZ AZCONA, Aurora. "El sistema de apoyos a las personas con discapacidad en Derecho aragonés". *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, no. 17 (2022): 48-79. <https://revista-aji.com/numero-17>

MORENO TRUJILLO, Eulalia. "La capacidad jurídica y el estado civil de las personas", in *Curso de Derecho Civil I. Parte general y Derecho de la Persona*, Coord. Francisco Javier Sánchez Calero, 107-121. Valencia: Tirant lo Blanch, 2022.

MORENO TRUJILLO, Eulalia. "El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad. Medidas de apoyo", in *Curso de Derecho Civil I. Parte general y Derecho de la Persona*, Coord. Francisco Javier Sánchez Calero, 141-154. Valencia: Tirant lo Blanch, 2022.

SABATER BAYLE, Elsa. "La protección jurídica de las personas con discapacidad en el Derecho privado de Navarra (Anteproyecto de Ley Foral)". *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, no. 17 (2022): 80-121. <https://revista-aji.com/numero-17>

SAIZ GARCÍA, Concepción. "Comienzo y extinción de la personalidad", in *Derecho Civil I (Derecho de la Persona)*, Coord. José Ramón de Verda y Beamonte, 89-96. Valencia: Tirant lo Blanch, 2022.

SOLÉ RESINA, Judith. "La reforma del Derecho catalán en materia de discapacidad". *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, no. 17 (2022): 122-149. <https://revista-aji.com/numero-17>