

TRABAJO FIN DE GRADO

Grado en Derecho

Facultad de Derecho

Universidad de La Laguna

Curso 2021/2022

Convocatoria: Junio

LAS REFORMAS INTRODUCIDAS EN LA LEY 8/2021, DE 2 DE JUNIO: LAS MEDIDAS VOLUNTARIAS DE APOYO

THE REFORMS INTRODUCED IN LAW 8/2021, OF JUNE 2: VOLUNTARY SUPPORT MEASURES



Realizado por el alumno **Josué Gutiérrez Baldeón**

Tutorizado por la profesora **Doña Estefanía Hernández Torres**

Departamento: **Disciplinas Jurídicas Básicas**

Área de conocimiento: **Derecho Civil**

ABSTRACT

Disability and its consequences have been the subject of different measures since the Roman law, passing from inducing a protection of the heritage of the disabled in the most archaic periods, to motivating the protection not only of heritage, but also, the personal growth of the disabled.

This protection was the object of a modification substantially by the Law 8/2021, which completely transformed the care system of the disabled, by introducing new features to replace those already eliminated parental authority rehabilitated and prolonged power, prodigality and guardianship for adults. Among these innovations are, on the one hand, the voluntary support measures, established as the axis of the new system; and, on the other hand, we find that the disabled person is the one who now makes the decisions with the support provided by him or herself or judicially.

This notion of respect for the will, desires and preferences of the disabled person leads to the legal figure of the notary, who will now be in charge of helping to create voluntary support measures and adapting them to the legal system.

Key Words: Disability, voluntary support measures, personal growth, preferences and notary

RESUMEN ENTRE (150 Y 350 palabras)

La discapacidad y sus consecuencias han sido objeto de distintas regulaciones desde el Derecho romano, pasando de inducir una protección del patrimonio del discapacitado en los periodos más arcaicos, hasta motivar la protección no solo patrimonial, sino también, el crecimiento personal del discapacitado.

Esta protección fue objeto de una modificación sustancial por la Ley 8/2021, la cual transformó al completo el sistema de guarda de los discapacitados, introduciendo novedades que sustituyen a las ya eliminadas patria potestad rehabilitada y prolongada, la prodigalidad y la tutela para mayores de edad. Entre estas novedades se encuentran por un lado las medidas voluntarias de apoyo, establecidas como eje del nuevo sistema; y, por otro lado, nos encontramos con que el discapacitado es quien tomara ahora las decisiones con los apoyos previstos por él mismo o judicialmente.

Esta noción de respeto por la voluntad, deseos y preferencias del discapacitado desemboca en la figura del notario, quien, ahora se encargará de ayudar a la creación de las medidas de apoyo voluntarias y de adaptar dichas medidas al ordenamiento jurídico.

Palabras claves: discapacidad, medidas voluntarias de apoyo, crecimiento personal, preferencias y notario.

ÍNDICE

Resumen	Página 1
1. Introducción	Página 3
2. Antecedentes históricos	Página 5
2.1. Derecho Romano	Página 5
2.2. Derecho Germánico	Página 7
2.3. Derecho Histórico Español	Página 8
3. Elementos fundamentales del nuevo sistema de guarda introducido en la ley 8/2021	Página 15
4. Las medidas voluntarias de apoyo	Página 18
5. Conclusiones	Página 33
6. Bibliografía	Página 36

1. INTRODUCCIÓN

El régimen legal de la protección a la discapacidad encuentra su fundamentación básica en la norma suprema, la Constitución Española, la cual en los artículos 49 y 50 establece la necesidad de atender a las personas con discapacidad mediante un sistema de servicios sociales promovidos por los poderes públicos para el bienestar de los ciudadanos¹. Además, también en el artículo 14 se impone el principio de igualdad ante la ley sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de condición o circunstancia personal².

De hecho, la nueva regulación introducida en la ley 8/2021 también encuentra su soporte en la Constitución española, al establecer esta en el artículo 10 el principio del libre desarrollo de la personalidad del individuo, el de respeto a su dignidad como persona y la primacía de su autonomía en la toma de decisiones³. Y es que la base de la nueva regulación es el respeto a la voluntad y a las preferencias de la persona discapacitada pues será esta quien, de forma general, será la encargada de tomar sus propias decisiones. Esto sustituye al antiguo régimen de guarda basado en la sustitución en la toma de decisiones que afectaban a la persona discapacitada.

Esta nueva regulación no solo se basa en la Constitución española, sino sobre todo en la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, la cual en su artículo 12 proclama que “*las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida*”⁴; imponiendo la obligación a los Estados parte de adoptar medidas para proporcionar a estas personas el apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica. Este concepto de capacidad jurídica expuesto en el Convenio de Nueva York no es el propiamente entendido en nuestro ordenamiento jurídico, sino que debe ser entendido de forma amplia y no restrictiva, ya que engloba no solo la capacidad de ser sujeto de derechos y obligaciones, sino también el ejercicio de estos, es decir, engloba tanto la capacidad jurídica como la capacidad de obrar.

¹ Artículos 49 y 50, Constitución Española. BOE nº 311, de 29 de diciembre de 1978 (en adelante CE)

² Artículo 14, CE

³ Artículo 10, CE

⁴ Artículo 12, Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. BOE nº 96, de 21 de abril de 2008 (en adelante CDPD)

Para mejor entendimiento habría que razonar los conceptos de capacidad jurídica y capacidad de obrar, siendo lo primero la aptitud de todas las personas de tener derechos subjetivos y obligaciones jurídicas; lo cual adquiere todo ser humano desde el nacimiento. Mientras que la capacidad de obrar es la aptitud para realizar actos jurídicos y para ejercer esos derechos y obligaciones que posee; esta se encuentra en ocasiones delimitada por el estado civil, por la edad y hasta la reforma, por alguna discapacidad⁵.

Esta Convención Internacional fue ratificada por España el 21 de abril de 2008 pasando a formar parte del derecho positivo español y sirviendo como base de interpretación de las normas vigentes. Dicha interpretación parte del concepto de discapacidad que se enmarca en la propia Convención; así pues, se considera personas con discapacidad: *“a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”*⁶. (artículo 1.2 de la Convención). A pesar de ofrecer una definición, en el propio preámbulo se indica que *“se reconoce, además, la diversidad de las personas con discapacidad”*⁷, y, asimismo, se señala que *“la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta 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 que con las demás”*⁸ (letra e del preámbulo de la Convención), al tiempo que resalta *“la universalidad, indivisibilidad, interdependencia e interrelación de todos los derechos humanos y libertades fundamentales, así como la necesidad de garantizar que las personas con discapacidad los ejercen plenamente y sin discriminación”*⁹ (letra c del preámbulo de la Convención). De esta forma, la Convención adopta el modelo social de discapacidad, el cual sustituye al modelo vigente de forma general hasta entonces, el médico.

⁵ Departamento de documentación de Conceptos jurídicos: “La capacidad jurídica”, *Conceptos jurídicos*. Disponible en <https://www.conceptosjuridicos.com/capacidadjuridica/#:~:text=La%20capacidad%20jur%C3%ADdica%20es%20la,derechos%20subjetivos%20y%20obligaciones%20jur%C3%ADdicas.&text=La%20capacidad%20de%20obrar%20es,estado%20civil%20o%20una%20discapacidad> (fecha de última consulta: 22 de febrero de 2022).

⁶ Artículo 1.2, CDPD.

⁷ Preámbulo, CDPD.

⁸ Letra e) del preámbulo, CDPD.

⁹ Letra c) del preámbulo, CDPD.

Esta Convención tiene como objetivo principal promover “*el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad*”, así como “*el respeto de su dignidad inherente*”¹⁰ (artículo 1.1 de la Convención). De hecho, esta convención transforma el modelo de sustitución de toma de decisiones por el de apoyo o asistencia al tomar dichas decisiones, el cual, además, es el modelo adoptado por el nuevo sistema de protección de los discapacitados.

Este nuevo modelo adopta otra exigencia de la Convención de Nueva York, como es que en las medidas adoptadas sobre la capacidad jurídica se tomen salvaguardas que “*asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardas serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas*”¹¹.

Esta reforma basada en la Convención hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, es fruto de una evolución histórica que comenzó en el Derecho Romano.

2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

2.1. Derecho Romano

En la Antigua Roma se disponía de dos instituciones protectoras diferenciadas dependiendo de si la incapacidad era de hecho por fenecer el paterfamilias, o era por locura o despilfarro de un individuo. En el primer supuesto se formaba una tutela colectiva ejercida por el *consortium*, el cual estaba formada por todos los hijos del paterfamilias fallecido, los cuales debían encargarse de los impúberes cuidando tanto la

¹⁰ Artículo 1.1, CDPD.

¹¹ BERROCAL LANZAROT, I: “Las medidas voluntarias de apoyo en la ley 8/2021, de 2 de junio: los poderes y mandatos preventivos”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 786, 2021, página 2395

esfera patrimonial como la personal. En el segundo supuesto se encontraba la figura de la curatela, cuyas formas más antiguas recordadas se encuentran en la ley de las XII tablas, y cuya creación fue para regular la *cura furiosi* en caso de persona con locura mental y la *cura prodigi* para quien dilapidaba sus bienes.

Así pues, en el antiguo Derecho Romano los incapaces estaban amparados por dos instituciones categóricamente diferenciadas: la tutela y la curatela.

La primera se encuentra definida en un texto de Paulo (D. 26,1,1, pr.), quien recogió la definición del jurista republicano Servio Sulpicio: “*Tutela est, ut Servius ait, vis ac potestas in capite libero ad tuendum, qui propter aetatem sua sponte defendere nequit, iure civiſi data ac permissa*”, es decir, “*la tutela es un poder y potestad sobre persona libre, otorgado y permitido por el Derecho civil, para proteger a la persona que por su edad no puede defenderse por sí misma*”¹²

De hecho, la tutela se dispuso en dos formatos diferentes; por un lado, se encontraba la “tutela impuberum” cuya finalidad era proteger a los impúberes, es decir, se buscaba proteger a los hombres de hasta 14 años que no estando bajo la patria potestad no se podían defender procesalmente por sí mismos. Y, por otro lado, se encontraba la “tutela mulierum”, que se aplicaba a las mujeres independientemente de su edad, lo que denotaba la “*escasa consideración social de las mujeres que llegaban a ser privadas, sin motivo alguno, del derecho y deber que constituye la guarda y cuidado de un hijo*”¹³. El fundamento de esta tutela a las mujeres tenía dos puntos de vista diferentes, según Cicerón se debía a la “*levitas animi*”, es decir, a la ligereza femenina; mientras que Gayo rechazaba esta idea y buscaba la explicación en la estructura originaria de la familia romana, la cual no permitía que la mujer fuera titular de la “*patria potestas*”¹⁴. Sin embargo, esta tutela fue progresivamente desapareciendo, ya que en un primer momento la figura del tutor se limitaba a prestar su asentimiento en los negocios que la mujer

¹² MIQUEL, J.: *Derecho Romano*, Editorial Marcial Pons ediciones jurídicas y sociales, Madrid, 2016, página 296

¹³ CAZORLA GONZÁLEZ – SERRANO, M.: “La protección jurídico-patrimonial del menor y del incapacitado y su antecedente histórico en derecho romano”, *Revista de Derecho UNED*, número 7, 2010, página 128

¹⁴ MIQUEL, J.: op. cit., página 297

realizaba, y posteriormente, en el derecho clásico, se convirtió en una mera formalidad; hasta llegar a la época posclásica, en la que desapareció definitivamente.

Por tanto, ante esta regulación de la institución tutelar, vislumbramos que nos encontrábamos ante una protección arcaica concebida como un poder y no como una medida protectora. Esto chocaba con la figura de la curatela, pues esta última tiene un sentido más moderno, aunque centrado únicamente en la protección patrimonial y lejos, por tanto, del nuevo sentido global de protección. De hecho, aunque la curatela primeramente fue originada para la “cura furius” y la “cura prodigi”, después se fue proyectando sobre otras situaciones donde el patrimonio se encontraba desprotegido como podía ser el caso de la “cura minorum” donde se buscaba proteger a los mayores de 14 años, pero menores de 25, de las consecuencias dañosas que provenían de su inexperiencia.

A pesar de dichas diferencias, ambas instituciones empezaron a fundirse en una sola en la época justiniana, al adquirir por un lado el curador cierto carácter permanente donde se debía contar con él en todo caso. Y, por otro lado, al aplicarse muchas de las normas de la tutela también a la curatela. Dicho proceso terminó de culminarse en la época romano – helénica¹⁵.

2.2. Derecho Germánico

Se considera Derecho germánico al conjunto de normas por las que se regían los pueblos germánicos desde el momento de su contacto inicial con los romanos hasta el cambio de la ley tribal a la ley territorial nacional.

Así pues, en el primitivo derecho germánico existía con claridad una institución de protección: la tutela; sin embargo, la existencia de la curatela ha provocado una importante división doctrinal, en la que juristas tan reconocidos como DÍEZ PICAZO y

¹⁵ ARAGONÉS ARAGONÉS, R: “Constitución de la tutela. nombramiento de tutor. inventario y fianza”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, número 16, 1996, página 4.

SANCHO REBULLIDA reconocían su existencia; mientras que otros como ROGEL VIDE la rechazaban¹⁶.

Respecto a la tutela, en dicho Derecho germánico se sometían a la misma quienes sin estar sometidas a la potestad marital o paterna, no eran capaces de actuar por sí mismos. En esta institución protectora no se encontraban solo los menores de edad sin padre, sino que también podíamos encontrar mujeres no casadas, ancianos, pródigos y enfermos físicos y mentales.

Asimismo, el ejercicio de esta tutela correspondía de forma individual a un pariente próximo o de forma colectiva mediante la Sippe, entendida tal como el conjunto de parientes de sangre masculinos de un determinado individuo¹⁷.

2.3. Derecho Histórico Español

En primer lugar, nos encontramos que las fuentes visigodas escritas, los fueros municipales, fuero viejo y fuero real no regulaban dos instituciones protectoras, desconociendo por tanto la figura de la curatela romana. De hecho, las regulaciones de estas épocas encontraban sus raíces en la Sippe germánica; esto es así, porque el sistema de tutela era familiar, donde se disponía que su ejercicio correspondía de forma conjunta a los parientes más próximos, a la madre y en su defecto, a los hermanos, tíos, primos y en última instancia a la persona designada por los parientes en presencia del juez. De hecho, esta regulación solo reconoce la tutela legítima y no su forma testamentaria.

Por todo esto, destaca de estas épocas el poco papel de los poderes públicos, quienes no tenían ningún tipo de intervención. Sin embargo, dicho sistema tuvo que ser relevado por el sistema de las Partidas, ya que se demostró ineficaz para la protección del tutelado.

Este sistema de las Partidas fue junto a la Ley de enjuiciamiento civil, el sistema vigente hasta la promulgación del Código Civil. Y se caracterizó, entre otras cosas, por abandonar el sistema germánico de la Sippe y pasar a una tutela unipersonal, con la única excepción

¹⁶ Idem, página 5

¹⁷ CAZORLA GONZÁLEZ – SERRANO, M.: op. cit., página 140

de la existencia de varios parientes dentro del mismo grado de parentesco; y aún así, mediante una autorización judicial cualquiera de ellos podría obtener la tutela unipersonal.

En esta regulación se volvió al sistema bipartita romano de protección, reconociendo pues la existencia tanto de la tutela como de la curatela¹⁸. Cabe destacar también, que el sistema de las Partidas reconocía las 3 clases de tutela: la legítima (la que es discernida en virtud de una preferencia establecida en la ley), la testamentaria (la que se origina en una disposición de última voluntad del padre o de la madre) y la dativa (la que designa el juez mediante su prudente arbitrio por no existir personas designadas por el padre, llamadas por la ley o cuando la persona que ejercía la tutela fue removida o dimitió).

Este sistema de tutela de las Partidas no se basaba en un régimen de apoyos al tutelado, sino que tenía sus antecedentes en el Derecho romano y, por tanto, en su concepción de la tutela como un poder total en beneficio del tutor. Sin embargo, a diferencia de épocas pasadas donde los poderes públicos no intervenían, este sistema tutelar se desempeñaba bajo la vigilancia del juez.

Por ende, hasta la promulgación del Código Civil de 1889 rigió este último régimen tutelar de autoridad donde existía la regulación bipartita de instituciones protectoras. Sin embargo, antes de la promulgación de dicho Código civil de 1889, existieron dos proyectos de Código Civil en 1821 y 1851, en los que se dejaba ver ya la influencia del Código Napoleónico al suprimir la dualidad tutela y curatela, unificándolas de nuevo; y al añadir al sistema dos elementos nuevos como eran el protutor y el Consejo de familia. Se introducía de nuevo, además, un sistema de tutela de familia, apoyado en las palabras de GARCÍA GOYENA¹⁹: "*La sencilla razón dicta que mirarán más por la persona y bienes del menor, los que le tocan más de cerca por los vínculos de sangre; a lo piadoso y moral de esta presunción se agrega, respecto de los bienes, el interés que deben tener por su conservación y fomento los que hayan de tener mayores esperanzas de heredar*".

¹⁸ PESET REIG, M.: "Los antecedentes de la unión de la tutela y la curatela en el Código civil español", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 483, 1971, página 297.

¹⁹ SAURO MARTINEZ, L.: *Incapacitación y Tuición*, Ed. Tecnos, Madrid, 1986, páginas 16 y 17

Por su parte, nuestro Código Civil de 1889 conservó ciertas características del proyecto de 1851, al adoptar el sistema de tutela de familia, al reducir las funciones de la autoridad judicial, al crear las figuras de protutor y Consejo de familia y al unificar las figuras de tutor y curador. Sin embargo, este Consejo de familia no era una figura del todo extraña, ya que existía un consejo de parientes en el régimen consuetudinario del Pirineo Aragonés y de Navarra.

Asimismo, a pesar de que se intentó minimizar la figura del juez, según la doctrina esta seguía siendo un verdadero órgano protector que evitaba los daños que producía en la tutela el excesivo automatismo familiar. Este, además, no era la única figura de derecho que intervenía en la tutela, ya que diferentes artículos del Código Civil de 1889 también se referían al Ministerio fiscal.

A pesar de todo, debido a la complejidad del sistema y a la inactividad práctica del Consejo de familia salvo en asuntos patrimoniales, la doctrina de la época criticaba dicha regulación, provocando así que en 1983 se modificara el Código Civil.

Esta reforma no tenía como referencia un sistema apoyado de forma unánime por la doctrina, ya que existía una división notable de opiniones. Así pues, el legislador de la época optó por acabar con el sistema único de tutela, introduciendo con la ayuda de los profesores DÍEZ – PICAZO, BERCÓVITZ, ROGEL, CAFFARENA y CABANILLAS²⁰, diferentes sistemas de guarda legal, como eran la curatela y el defensor judicial.

Asimismo, se incorporaba a la regulación tres novedades importantes como eran el principio del interés del tutelado como principio rector de todo el sistema de guarda; se establecía en relación con los nuevos tipos de guarda el principio de la variabilidad de la intensidad de la guarda, el cual se manifestaba en la sentencia de incapacitación ya que en esta se debía establecer la procedencia de la tutela o curatela y su intensidad. Y como última novedad de aquella regulación, cabe destacar que se volvió al régimen de tutela de

²⁰ JULVE HERNÁNDEZ, M.: *La protección jurídico - civil de la persona que sufre enfermedad mental: el internamiento urgente no voluntario*, Escuela de doctorado Universidad Jaime I, Castellón de la Plana, 2017, página 82

autoridad judicial. Esto último se manifestó en la eliminación del Consejo de Familia y en las afirmaciones de los antiguos artículos 216 y 232 del Código Civil, los cuales establecían que las funciones tutelares estaban bajo la salvaguarda de la autoridad judicial y que la tutela se ejercía bajo la vigilancia del Ministerio Fiscal²¹

Tras todo esto, llegamos al sistema de guarda anterior a la última modificación y cuyo estudio comparativo es necesario para entender las peculiaridades del nuevo sistema.

En primer lugar, habría que señalar que todo el sistema giraba en torno al concepto de incapacitación, entendido tal como la restricción de la capacidad de obrar establecida por sentencia judicial cuando en la persona concurría alguna de las causas previstas en la ley²². Esta incapacitación encontraba su fundamento en la necesidad de proteger la persona y el patrimonio del incapacitado en base a la imposibilidad de autogobierno de este. Ya que el presupuesto básico de la incapacitación era por un lado que la persona careciera de capacidad natural de querer y entender y, por otro, que la sentencia constatará esto de forma oficial, la resolución judicial que la declaraba era constitutiva y no declarativa, ya que creaba una situación jurídica inexistente con anterioridad²³. Esto mostraba una de las debilidades del sistema, pues existían muchos incapaces naturales que, al no haber sido declarados como tales en un proceso judicial, oficialmente había que considerarlos plenamente capaces de obrar; esto fue duramente criticado por la doctrina porque se consideraba que el juez reputaba excesiva importancia, mientras que la autonomía de la voluntad adolecía de presencia en el sistema.

Este régimen de protección mantenía su formato primario del código civil de 1889 respecto al principio de variabilidad de la intensidad de la guarda, ya que la incapacitación no era uniforme, sino que el grado de esta debía atender en cada caso a la capacidad de discernimiento, al tipo de enfermedad, al pronóstico de esta, a la afección que le provocaba la enfermedad a la persona, a las habilidades del sujeto al que afectaba, etc²⁴. Así pues, la sentencia que ponía fin al proceso de incapacitación debía establecer a que

²¹ ARAGONÉS ARAGONÉS, R.: op. cit., páginas 7 y 8

²² PARRA LUCÁN, M.: “Resoluciones judiciales que modifican la capacidad de obrar”, en AA.VV. (DE PABLO CONTRERAS, P., Dir.): *Curso de Derecho Civil (I) Volumen II. Derecho de la Persona*, 5ª ed., Editorial Edisofer, Madrid, 2016, página 131

²³ *Idem*, página 143

²⁴ *Idem*, página 145

régimen de protección quedaba sometido el incapacitado y la intensidad de la incapacidad; siendo completado en todo caso por otra persona la limitación de la capacidad de obrar. Esta persona podía ser un tutor que lo representara en todos los actos que no dijera la sentencia que pueden hacer por sí solos, un curador que los asistiera y complementara en todos los actos que se decían necesarios en la sentencia, o podía ser complementado mediante una patria potestad prorrogada o rehabilitada cuyo contenido debía ser de tutela o curatela.

Sin embargo, este régimen de guarda si encontraba una gran diferencia al del formato primario del código civil de 1889 en la posibilidad de la autotutela y de los poderes preventivos. Siendo lo primero la capacidad de cada persona de designar un tutor o incluso de configurar un sistema tutelar en previsión de ser incapacitado en un futuro. Mientras que lo segundo es un documento notarial por el que el poderdante designa un apoderado para que lo represente y defienda sus intereses si se da el supuesto de perder la capacidad para manifestar su voluntad²⁵. Asimismo, en 2015 se modificó el artículo 303 del Código Civil (en adelante, Cc) dando un paso más en la dirección de proteger sin haberse culminado el proceso de incapacitación. De hecho, se permitió que cautelarmente mientras se constituyera la medida de protección adecuada, se otorgara judicialmente facultades tutelares a los guardadores de hecho, es decir, a quienes sin nombramiento se hacían cargo voluntariamente del cuidado de la persona necesitada de protección²⁶.

Respecto al proceso de la incapacitación, este era un proceso especial regulado en el capítulo II de la ley de enjuiciamiento civil, y que se caracterizaba por la búsqueda de la verdad material y la consiguiente ampliación de las capacidades del juez para ordenar de oficio la práctica de medios de prueba. Asimismo, también se caracterizaba por la imposibilidad de poner fin al proceso por actos de finalización anormal del proceso, como eran la renuncia, el allanamiento y la transacción; mientras que para el desistimiento se necesitaba la conformidad del Ministerio Fiscal. Todo esto se debía a que nos encontrábamos ante un proceso no dispositivo, es decir, un proceso en el que el objeto del proceso es indisponible para las partes²⁷.

²⁵ CONSEJO GENERAL DEL NOTARIO: “¿Son diferentes el poder preventivo y la autotutela?”, *Notariado*. Disponible en <https://www.notariado.org/portal/-/¿son-diferentes-el-poder-preventivo-y-la-autotutela-> (fecha de última consulta el 22 de febrero de 2022)

²⁶ PARRA LUCÁN, M.: op. cit., página 135

²⁷ Idem, página 139

Este proceso como todos los demás debía cumplir con los presupuestos procesales, en los que se puede destacar la legitimación activa, pues este proceso podía iniciarse a instancia del ministerio fiscal, de los descendientes, de los ascendientes, del conyugue o personas en similar situación de hecho, e incluso por el presunto incapaz. Hay que resaltar que, aunque el Ministerio Fiscal no iniciara el procedimiento, siempre debía intervenir en el mismo para la defensa de la legalidad y de los intereses públicos²⁸.

Para iniciar dicho proceso se debía dar algunas de las causas establecidas en la ley, como eran las enfermedades persistentes de carácter psíquico o físico y que como se ha comentado con anterioridad, que le impidiera a la persona autogobernarse²⁹. Para poder demostrar esta situación la ley imponía al juez la práctica de tres medios de pruebas que se debían llevar a cabo en todos los procesos de incapacidad: ordenar los dictámenes periciales necesarios y de forma imperativa la ley impone el médico, oír a los parientes próximos del presunto incapaz y examinar a este por sí mismo. Por ende, y como la finalidad de este proceso es la de proteger al presunto incapaz, la ley permite al juez adoptar medidas de protección con carácter urgente para proteger el patrimonio y la persona de este³⁰. Estas medidas eran muy dispares e iban desde la anotación en el Registro Civil y en el de la Propiedad la existencia de un procedimiento de incapacitación, hasta la intervención de cuentas corrientes y el nombramiento de un defensor.

Como se ha mencionado con anterioridad, en este proceso se podía constituir una tutela, una curatela o incluso se podía rehabilitar o prorrogar la patria potestad con el contenido de alguna de las anteriores instituciones protectoras. Por lo tanto, la diferenciación de contenidos entre ambas instituciones es algo esencial y cuyo estudio lo realizó el Tribunal Supremo (en adelante, TS) en su sentencia del 7 de marzo de 2018: *“La tutela está reservada para la incapacitación total y la curatela se concibe en términos más flexibles y está pensada para incapacitaciones parciales (STS 1.07.2014), si bien la jurisprudencia, salvo supuestos de patente incapacidad total, se viene inclinando, a la luz de la interpretación recogida de la Convención, por la curatela (STS 13 de mayo de*

²⁸ ARNAU MOYA, F: *Lecciones de Derecho Civil I*, Servicio de Comunicación y Publicaciones de la Universidad Jaime I, Castellón de la Plana, 2008, página 107

²⁹ Ibidem

³⁰ Ibidem

2015, entre otras), en el entendimiento que el Código civil no se circunscribe expresamente la curatela a la asistencia en la esfera patrimonial... La tutela es la forma de apoyo más intensa que puede resultar necesaria cuando la persona con discapacidad no pueda tomar decisiones en los asuntos de su incumbencia, ni por sí misma ni tampoco con el apoyo de otras personas”³¹.

Además, el TS ya había delimitado el contenido de ambas instituciones en su sentencia del 18 de diciembre de 2015: “La incapacitación, con el consiguiente nombramiento de tutor, es, como se ha dicho, una medida de protección para quienes no pueden autogobernarse y, por tanto, se toma en su beneficio... La curatela – STS 29 de abril de 2009 – es un órgano estable, pero de actuación intermitente que se caracteriza porque la función no consiste en la representación de quien está sometido a ella, sino completar la capacidad de quien la posee, pero necesita un plus para la realización de determinados actos.

La diferencia se encuentra entonces en que el sometido a tutela carece de capacidad y por ello la medida de protección es la representación, mientras que el sometido a curatela es capaz, pero requiere de un complemento de capacidad”³².

Respecto a la patria potestad prorrogable, toma como punto de partida la existencia por un lado de un menor incapacitado, y por otro, la previsión de que la incapacitación perdurará después de cumplir la mayoría de edad. Al contrario, la patria potestad rehabilitada se basa en la incapacitación de un hijo mayor de edad y soltero que vive en compañía de sus padres³³.

Por último, se pueden resaltar dos cuestiones sobre este sistema de guarda, la prodigalidad y el defensor judicial. En el primer caso, se trata de personas que dilapidan su patrimonio en perjuicio de los intereses familiares y que por esa razón se determinaba su adjunción a una institución de guarda, como era la curatela³⁴. El segundo caso por su parte es una

³¹ STS (Sala de lo Civil) del 7 de marzo de 2018 (rec. núm. 4192/2016)

³² STS (Sala de lo Civil) del 18 de diciembre de 2015 (rec. núm. 2654/2014)

³³ BODEGAS, C.: “¿Qué es la patria potestad prorrogada y la patria potestad rehabilitada?”, *Law&Trends*, 2019. Disponible en <https://www.lawandtrends.com/noticias/civil/que-es-la-patria-potestad-prorrogada-y-la-patria-potestad-rehabilitada-1.html> (fecha de última consulta: 22 de febrero de 2022).

³⁴ PARRA LUCÁN, M.: op. cit., página 164

persona designada por el juez que asiste al incapacitado en las situaciones en que no pueden hacerlo sus progenitores, el tutor o el curador. Este solo actuaba en asuntos concretos o cuando se le necesitaba para que de forma provisional administrara los bienes del incapaz.

Este defensor judicial actuaba en este sistema en caso de conflictos de intereses entre el representante legal y el incapaz, cuando el representante legal era removido de su cargo y mientras no se designara otro, cuando el tutor o curador alegaba alguna causa de excusa para no mantenerse como tal respecto del incapaz; y finalmente, se debe señalar que durante el proceso de incapacitación judicial el Ministerio Fiscal era quien actuaba como defensor judicial asumiendo tanto la representación como la defensa de la persona contra la que se dirige el proceso de incapacitación³⁵.

3. ELEMENTOS FUNDAMENTALES DEL NUEVO SISTEMA DE GUARDA INTRODUCIDO EN LA LEY 8/2021

La nueva Ley 8/2021 modificó todo el régimen de protección de los discapacitados estableciendo como base el sistema de apoyo en la toma de decisiones, reemplazando así el antiguo sistema de sustitución en la toma de decisiones. Este nuevo régimen se encuentra informado por diversos principios como el de desarrollo pleno de la personalidad y el de igualdad; provocando que las medidas de apoyo que se tomen deban tener como finalidad garantizar ambos principios. Esto se denota en el hecho de que *“las personas que presten los apoyos deberán actuar atendiendo a su voluntad, deseos y preferencias y promoverán que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, -informándola, ayudándola a comprender y, en definitiva, facilitando que pueda expresar sus preferencias, con la vocación además de que pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro. Y sólo cuando ello no sea posible por la situación en que se encuentra la persona podrá actuarse en representación, que se ejercerá teniendo en cuenta la trayectoria vital de la persona con*

³⁵ PUEYE, G.: “La figura del defensor judicial como representación del incapacitado”, *Gonzalo Pueyo abogados de familia SLP*, 2015. Disponible en <https://www.gpueyoabogadodefamilia.com/b/la-figura-del-defensor-judicial-como-representacion-del-incapacitado> (fecha de última consulta: 22 de febrero de 2022).

discapacidad -sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración de haber decidido ella misma”³⁶.

Esta ley modificó no solo el Código Civil de 1889, sino que también una serie de normas conexas como la Ley de Enjuiciamiento Civil, en la que se sustituyen los procesos de modificación de la capacidad por los dirigidos a proveer de apoyos a las personas con discapacidad; estos han abandonado por tanto la finalidad de declarar la incapacidad, quedando reducidos simplemente a lograr formular los actos para los que el discapacitado precisa de ayuda. Además, tras la modificación regulatoria, en estos procesos deberán de hacerse los ajustes necesarios para que el discapacitado pueda comprender y hacerse comprender³⁷. Por su parte, tanto la legitimación activa como las pruebas de carácter obligatorio que se regulaban en el proceso anterior siguen manteniendo su redacción.

Por tanto, con esta nueva reglamentación se acaba con las declaraciones de incapacidad, cuestión básica del modelo anterior, pues las personas no pueden incapacitarse ni se puede modificar su capacidad jurídica porque esta es inherente al ser humano. Sin embargo, este no es el único asunto que ha quedado eliminado con la nueva redacción; luego, también se ha eliminado la tutela de las personas adultas, la patria potestad prorrogada, la patria potestad rehabilitada y la prodigalidad³⁸. Todo esto es sustituido por el régimen legal de provisión de apoyos, el cual le es aplicable tanto a mayores de edad como a menores emancipados que necesiten de ayuda para ejercer su capacidad jurídica. Estas medidas de apoyo ya no tienen como base la figura del juez, sino que las medidas judiciales se adoptaran en caso de inexistencia o insuficiencia de las medidas de apoyo voluntarias. Por ende, no es necesario un pronunciamiento previo sobre la capacidad de las personas; de hecho, las medidas judiciales de apoyo deberán no solo atender a los principios de necesidad y proporcionalidad, sino que, además, deberán respetar la máxima autonomía

³⁶ DEPARTAMENTO DE COMUNICACIÓN DE GARRIDO, “La ley 8/2021 introduce en nuestro ordenamiento jurídico una profunda modificación del régimen legal de la protección a la discapacidad”, Garrido Abogados, 2021. Disponible en <https://garrido.es/la-ley-8-2021-introduce-en-nuestro-ordenamiento-juridico-una-profunda-modificacion-del-regimen-legal-de-la-proteccion-a-la-discapacidad/> (fecha de última consulta: 22 de febrero de 2022).

³⁷ Artículo 7 BIS, Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. BOE nº 7, de 8 de enero del 2000 (en adelante LEC).

³⁸ Artículo 2 y disposición derogatoria única. Derogación normativa, Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. BOE nº 132, de 3 de junio de 2021 (en adelante Ley 8/2021).

de la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, atendiendo igualmente a su voluntad, preferencias y deseos.

Por todo esto, el procedimiento de provisión judicial de apoyos pasa a ser un expediente de jurisdicción voluntaria, salvo que haya oposición; en cuyo caso debe incoarse un procedimiento especial de carácter contradictorio. Sea un proceso u otro el que declare las medidas de apoyo judiciales, estas deberán ser revisadas en un plazo máximo de 3 años o de 6 años en supuestos inusitados³⁹ (artículo 268 del Código civil).

Por otra parte, como se ha mencionado anteriormente, se ha eliminado casi completamente la institución de la tutela optando por la figura de la curatela como eje de la nueva regulación. No obstante, en caso de que el apoyo no pueda proporcionarse de otra manera se podrá volver en ese supuesto concreto al método de la representación en la toma de decisiones⁴⁰.

Junto a la curatela y teniendo en cuenta que las medidas judiciales de apoyo han pasado a un segundo plano, cobra en este modelo una importancia mayor el defensor judicial; Esto se vislumbra en los supuestos en que la persona que otorga los apoyos no pueda ejercerlos en un supuesto concreto o cuando exista conflicto de intereses entre el discapacitado y la figura de apoyo. A pesar de todo esto, las medidas voluntarias de apoyo son las herramientas elegidas por el legislador como principales y preferentes a la hora de establecer las medidas de apoyo a la persona con discapacidad. Esto lleva a que el papel del notario en esta nueva regulación sea de enorme transcendencia, ya que, con la asistencia y asesoramiento del notario la persona necesitada de apoyos será la encargada de establecer el sistema de apoyos con arreglo a su voluntad. Por ende, el notario una vez se haya valido de los medios necesarios para entender las instrucciones y decisiones de la persona con discapacidad, deberá adecuar los deseos de este al ordenamiento jurídico; acabando así esta nueva regulación con la restricción del modelo anterior que obligaba al

³⁹ Artículo 268, Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. BOE nº 206, de 25 de julio de 1889 (en adelante Cc) Creo que

⁴⁰ PETIT SÁNCHEZ, M: “La adopción de medidas de apoyo para las personas con discapacidad: armonización entre la autonomía de la voluntad y el mejor interés”, *Revista de Derecho Civil*, volumen VII, número 5, 2020, página 283.

notario a remitir a un procedimiento judicial de incapacitación al discapacitado que acudía a celebrar un negocio jurídico⁴¹.

Tanto el notario en las medidas voluntarias de apoyo, como el juez en las medidas judiciales de apoyo, deberán aplicar siguiendo el artículo 9.6 del Código Civil, la ley de la residencia habitual de la persona que necesita medidas de apoyo. En caso de residencia habitual en otro Estado, la ley española será de aplicación en la adopción de medidas urgentes⁴².

4. LAS MEDIDAS VOLUNTARIAS DE APOYO

En cuanto a las medidas voluntarias de apoyo, cabe destacar en primer lugar tres cuestiones; en primer lugar, que son nada más y nada menos que los poderes y mandatos preventivos y las medidas establecidas por los menores no emancipados; sin olvidar la existencia de la autotutela, que, aun siendo unas disposiciones voluntarias dentro de una medida judicial de apoyo, en cuanto a contenido es similar a las dos anteriores. Por otro lado, debemos señalar que se encuentran reguladas en el Título XI del libro primero del Código Civil: “De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica”. Y, por último, debemos subrayar la definición legal establecida en el artículo 250.2 del Código Civil: “son las establecidas por la persona con discapacidad, en las que designa quien debe prestarle apoyo y con qué alcance. Cualquier medida de apoyo voluntaria podrá ir acompañada de las salvaguardas necesarias para garantizar en todo momento y ante cualquier circunstancia el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona”⁴³.

Estas salvaguardas son una forma de acomodación razonable en el proceso de identificación de la voluntad de uno mismo y de sus preferencias, pero también son un conjunto de medidas para prevenir que los que apoyan sobrepasen sus deberes o incluso abusen de la persona a la que prestan el apoyo. Según la asociación europea representante

⁴¹ COMITÉ ESPAÑOL DE REPRESENTANTES DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD: “El impacto de la reforma del derecho civil”, *CERMI*, 2021, página 6.

⁴² Artículo 9.6, Cc

⁴³ Artículo 250.2, Cc

de Personas con Discapacidad Intelectual y sus Familias estas salvaguardas se encuentran sumergidas dentro de la noción de “dignidad del riesgo”⁴⁴, el cual “es un concepto que reconoce que vivir una existencia satisfactoria y plena conlleva un riesgo inherente, y que la práctica de restringir excesivamente las elecciones de un individuo para eliminar el riesgo en realidad puede ser perjudicial para su bienestar”⁴⁵. Esto se encuentra íntimamente relacionado con el derecho a equivocarse que se halla recogido implícitamente en el punto 22 de la Observación General 1ª del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad de Naciones Unidas (“*las salvaguardias para el ejercicio de la capacidad jurídica deben incluir la protección contra la influencia indebida; sin embargo, la protección debe respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, incluido el derecho a asumir riesgos y a cometer errores*”⁴⁶).

Las salvaguardas según la ya mencionada asociación Europea representante de Personas con Discapacidad Intelectual y sus Familias deben ser apropiadas y efectivas para prevenir abusos, respetuosas con los derechos de la persona, respetuosos con la voluntad y las preferencias de la persona, libres de conflictos de intereses e influencia indebida, proporcionales y a medida de las circunstancias de las personas, disponibles el menor tiempo posible, proporcionales al grado al que dichas medidas afecten a los derechos y a los intereses de las personas y sujetas a una revisión regular por parte de una autoridad competente, independiente e imparcial o por un poder judicial⁴⁷.

Atendiendo a esto, el ordenamiento jurídico español estableció en la regulación, la posibilidad de que la persona promotora de la creación de medidas voluntarias de apoyo estableciera salvaguardas, es decir, que previera “*las medidas u órganos de control que estime oportuno, las salvaguardas necesarias para evitar abusos, conflicto de intereses o influencia indebida y los mecanismos y plazos de revisión de las medidas de apoyo, con el fin de garantizar el respeto de su voluntad, deseos y preferencias*”⁴⁸ (artículo 255.3 del

⁴⁴ ASOCIACIÓN EUROPEA REPRESENTANTE DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD INTELECTUAL Y SUS FAMILIAS: *Las salvaguardas en las medidas relativas al ejercicio de la capacidad legal*, Inclusion Europe, Bruselas, 2020, página 5

⁴⁵ KURRLE, S.: Riegos y beneficios: equilibrar la atención en el deterioro cognitivo. *Conferencia Internacional de Demencia*, Sydney, 2014.

⁴⁶ Punto 22, Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Observación general N°1, de 31 de marzo a 11 de abril de 2014 (en adelante Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad).

⁴⁷ ASOCIACIÓN EUROPEA REPRESENTANTE DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD INTELECTUAL Y SUS FAMILIAS: op. cit., páginas 6 – 10.

⁴⁸ Artículo 255.3, Cc.

Código Civil). Sin embargo, esta no es la única referencia a las salvaguardas que hizo el legislador, ya que, por ejemplo, el artículo 258 del Código Civil enuncia la posibilidad del poderdante de establecer también salvaguardas de control e incluso de extinción del poder otorgado⁴⁹.

Estas salvaguardas deberán establecerse por el interesado junto al “*régimen de actuación, el alcance de las facultades de la persona o personas que le hayan de prestar apoyo, o la forma de ejercicio del apoyo*”⁵⁰ (artículo 255.2 del Código Civil). Todo este sistema de apoyos realizado en documento público ante notario será comunicado al Registro Civil de oficio por este último. Se debe tener en cuenta también que este sistema de medidas voluntarias de apoyo tendrá preferencia absoluta sobre el resto de medidas, ya que “*solo en defecto o por insuficiencia de estas medidas de naturaleza voluntaria, y a falta de guarda de hecho que suponga apoyo suficiente, podrá la autoridad judicial adoptar otras supletorias o complementarias*”⁵¹ (artículo 255.5 del Código Civil). Esto se acentúa aún más en los poderes y mandatos preventivos, pues el artículo 258 del Código Civil señala que estos poderes “*mantendrán su vigencia pese a la constitución de otras medidas de apoyo en favor del poderdante, tanto si estas han sido establecidas judicialmente como si han sido previstas por el propio interesado*”. De hecho, estos solo se extinguirán por el cese de la convivencia con el cónyuge o pareja de hecho, salvo que el poderdante haya previsto otra cosa; por darse alguna de la forma específica de extinción del poder establecidas por el poderdante; o judicialmente si una persona legitimada instara el procedimiento de provisión de apoyos debido a que el apoderado haya incurrido en alguna causa de destitución del curador. Durante este proceso judicial se podrán tomar como medidas de salvaguarda la suspensión del mandatario e incluso el nombramiento de un defensor judicial. A pesar de lo mencionado anteriormente sobre la vigencia en todo caso del poder preventivo, el juez tras la remoción del apoderado si lo estimara procedente podrá extinguir las medidas de apoyo para nombrar por ejemplo a un curador, lo cual lo ejecutara en protección del discapacitado y respetando en todo caso la voluntad, deseos y preferencias del mismo⁵².

⁴⁹ Artículo 258, Cc.

⁵⁰ Artículo 255.2, Cc.

⁵¹ Artículo 255.5, Cc

⁵² BERROCAL LANZAROT, I: op. cit., página 2426.

Respecto al apoderamiento o mandato preventivo, debemos destacar que sigue manteniendo como nota similar a la anterior regulación la carencia de una definición legal. Sin embargo, no es menos cierto que con la nueva modificación que pone en el eje del sistema a las medidas de apoyo voluntarias, se ha creado una regulación específica de los poderes y mandatos preventivos en la Sección Segunda del citado Título XI del libro primero del Código Civil. De hecho, a pesar de no establecer una definición legal, si se establece una referencia a la capacidad del mandante en el artículo 255.1 del Código Civil al establecer este que: *“Cualquier persona mayor de edad o menor emancipada en previsión o apreciación de la concurrencia de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, podrá prever o acordar en escritura pública medidas de apoyo relativas a su persona o bienes”*⁵³. Este requisito de escritura pública tiene concordancia con lo establecido en el artículo 260 del Código Civil, el cual establece específicamente la obligación de otorgar el poder preventivo ante notario, quien, de oficio, deberá dar traslado de dicho poder al Registro Civil⁵⁴.

Esta medida voluntaria tiene su fundamento en el respeto a la autonomía del individuo y, por tanto, tiene como señas de identidad: 1) el carácter personalísimo, al ser el poderdante el único que decide como conformar la futura medida de apoyo; 2) el carácter unilateral, pues únicamente interviene la declaración de voluntad del poderdante en el otorgamiento de la medida de apoyo, afectando dicha declaración de voluntad solamente a la esfera jurídica del futuro discapacitado. 3) El ser un negocio jurídico *inter vivos*, ya que el apoderado participa en la celebración del negocio principal el cual se celebra entre personas vivas; 4) el ser recepticio, debido a que se dirige a la persona que ha de prestar los apoyos en lo establecido por el poderdante; 5) el ser un negocio jurídico causal, ya que la carencia de causa en un negocio provoca su nulidad por falta de un requisito esencial para su existencia; 6) el ser revocable, pues es una de las causas de finalización del mandato preventivo; y 7) el ser generalmente gratuito⁵⁵, sin embargo, *“si el mandatario tiene por ocupación el desempeño de servicios de la especie a que se*

⁵³ Artículo 255.1, Cc.

⁵⁴ Artículo 260, Cc.

⁵⁵ BERROCAL LANZAROT, I: op. cit., página 2410.

*refiere el mandato, se presume la obligación de retribuirlo*⁵⁶ (artículo 1711.2 del Código Civil).

Por todo esto podemos afirmar que el poder preventivo es *“la atribución de representación o la concesión de un mandato de gestión no representativa por parte de una persona capaz ante la eventualidad de devenir persona con discapacidad, a una o mas personas con libertad de configuración y en escritura publica notarial”*⁵⁷. Asimismo, este poder preventivo podemos dividirlo en dos modalidades: el poder actual con cláusula de subsistencia en caso de discapacidad del poderdante, regulado en el artículo 256 del Código Civil: *“el poderdante podrá incluir una cláusula que estipule que el poder subsista si en el futuro precisa apoyo en el ejercicio de su capacidad”*⁵⁸. Y el poder cuya eficacia depende de una discapacidad futura, estipulando el Código Civil que: *“el poderdante podrá otorgar poder solo para el supuesto de que en el futuro precise apoyo en el ejercicio de su capacidad. En este caso, para acreditar que se ha producido la situación de necesidad de apoyo se estará a las previsiones del poderdante. Para garantizar el cumplimiento de estas previsiones se otorgará, si fuera preciso, acta notarial que, además del juicio del Notario, incorpore un informe pericial en el mismo sentido”*⁵⁹. (artículo 257 del Código Civil).

Estas previsiones del poderdante para acreditar la situación de necesidad cobra cierta importancia a la hora de determinar la eficacia del poder preventivo, ya que la persona discapaz no solo debe designar a quien corresponde prestarle apoyo, con qué alcance, su régimen de actuación o la forma de ejercicio de las facultades de la persona o personas que le hayan de prestar apoyo, sino que también deberá determinar cuando han de ser estas medidas de apoyo operativas⁶⁰ (artículos 250.3 del Código Civil y 255.2 del Código Civil). En estos artículos se hace referencia a la posibilidad de que existan varias personas prestando apoyos, los cuales pueden actuar de forma mancomunada o solidaria; pudiendo incluso el poderdante exigir la intervención conjunta de los mandatarios mancomunados en aquellos actos de gran trascendencia patrimonial o personal. Respecto a la

⁵⁶ Artículo 1711.2, Cc.

⁵⁷ FERNÁNDEZ – TRESGUERRAS, A.: “El poder preventivo en la Ley 8/2021”, *El Economista*, 2021. Disponible en <https://www.economista.es/opinion-legal/noticias/11335386/07/21/El-poder-preventivo-en-la-Ley-8-2021.html> (fecha de última consulta: 22 de febrero de 2022)

⁵⁸ Artículo 256, Cc.

⁵⁹ Artículo 257, Cc.

⁶⁰ Artículos 250.3 y 255.2, Cc.

responsabilidad de estos, “*aunque hayan sido instituidos simultáneamente, no es solidaria si no se ha expresado así*”⁶¹ (artículo 1723 del Código Civil); aunque, “*si dos o más personas han nombrado un mandatario para un negocio común, le quedan obligadas solidariamente para todos los efectos del mandato*”⁶² (artículos 1731 del Código Civil).

Por tanto, este poder se encuentra delimitado por las facultades atribuidas por el poderdante y debe regirse por el artículo 250.2 del Código Civil, el cual establece que la finalidad de las medidas de apoyo es “*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*”⁶³. Asimismo, hay que tener en cuenta que estas facultades son de carácter personal e indelegables, salvo para “*la realización de uno o varios actos concretos*”⁶⁴ (artículo 261 del Código Civil). No obstante, a pesar de la solemnidad y requisitos formales comentados para la formalización de este poder preventivo, existe un artículo de cierre de la “*Sección Segunda: De los poderes y mandatos preventivos*” del Capítulo II del Título XI del libro primero del Código Civil, en el que se señala la posibilidad de que exista un mandato sin poder, lo cual se justifica en la posibilidad de “*atender a aquellas situaciones en las que la autorización que fundamenta la actuación en apoyo no se exterioriza ante terceros, si bien llegado el momento, el que ha actuado en interés del mandante puede justificar, ante cualquier reclamación de un familiar, de un sucesor o de un tercero, que su actuación está amparada por la voluntad de dicho mandante*”⁶⁵. Sin embargo, como establece el artículo 1259.2 del Código Civil en relación con el artículo 1727.2 del Código Civil, nadie podrá contratar a nombre de otro sin contar con su representación legal, solo estando obligado en este supuesto el mandante cuando lo ratifica expresa o tácitamente⁶⁶. Por tanto, si en ese momento el mandante careciera de la capacidad para anunciar cuál es su voluntad, el mandato preventivo sin poder resultará insuficiente y no se podría culminar el negocio; pese a eso, si el mandante conserva en gran medida la posibilidad de comunicar cuál es su voluntad, la gestión que, en nombre

⁶¹ Artículo 1723, Cc

⁶² Artículo 1731, Cc

⁶³ Artículo 250.2, Cc.

⁶⁴ Artículo 261, Cc.

⁶⁵ RIBOT IGUALADA, J.: “Mandato y poder ante la futura necesidad de apoyos”, en AA.VV. (GUILARTE MARTÍN - CALERO, C., Dir.): *Comentarios a la ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2021.

⁶⁶ Artículos 1259.2 y 1727.2, Cc.

propio, pero por cuenta del mandante haya llevado a cabo el mandatario todavía podría terminarla, en su caso con apoyos, el propio mandante.

Una vez enunciado la posible existencia de un mandato sin poder, debemos señalar las clases de poder que existen en un mandato representativo. Esto nos lleva a relacionar la distinción clásica de poderes generales y especiales, en los que el primero comprenden todos los asuntos correspondientes al poderdante, y el segundo solo abarcan actos concretos; con el artículo 1713 del Código Civil el cual señala que *“el mandato, concebido en términos generales, no comprende más que los actos de administración. Para transigir, enajenar, hipotecar o ejecutar cualquier otro acto de riguroso dominio, se necesita mandato expreso”*⁶⁷. Así pues, la doctrina entiende que ambos, tanto el poder general como el especial, pueden concederse en términos generales; aunque ambos admiten también la posibilidad de contener una lista exhaustiva de los actos que puede ejercer el apoderado, con la diferencia de que el mandato general abarcaría igualmente la totalidad de los asuntos de poderdante. Mientras que, el poder especial abarcaría solo los actos de administración. De hecho, *“el contenido de un apoderamiento preventivo puede referirse a la totalidad de los asuntos o a parte de ellos, o a operaciones muy concretas que afecten esencialmente a la esfera patrimonial del poderdante, y abarcar tal gestión solo actos de administración strictu sensu, esto es, la gestión solo del patrimonio, o de parte de él; o ampliar la esfera de actuación del apoderado también a actos de disposición, como enajenar, hipotecar, o ejecutar cualquier acto de riguroso dominio (administración extraordinaria)”*⁶⁸.

Ahora bien, cuando el mandato afecte tanto a la esfera patrimonial como a la personal, entendiendo esta última como todo relacionado a los miedos, creencias, valores, cuidados personales y hasta tratamiento médicos; este mandato quedará sujeto a las reglas aplicables a la curatela en todo lo no previsto en el poder o mandato, salvo que el propio poderdante haya establecido cosa diferente. Por tanto, se requerirá autorización judicial para *“1º 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. 2º Enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o*

⁶⁷ Artículo 1713, Cc.

⁶⁸ BERROCAL LANZAROT, I: op. cit., página 2418.

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... 3º 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. 4º 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. 5º Aceptar sin beneficio de inventario cualquier herencia o repudiar esta o las liberalidades. 6º Hacer gastos extraordinarios en los bienes de la persona a la que presta apoyo. 7º 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. 8º Dar y tomar dinero a préstamo y prestar aval o fianza. 9º Celebrar contratos de seguro de vida, renta vitalicia y otros análogos, cuando estos requieran de inversiones o aportaciones de cuantía extraordinaria”⁶⁹ (artículo 287 del Código Civil). Y para realizar “una pluralidad de actos de la misma naturaleza o referidos a la misma actividad económica, especificando las circunstancias y características fundamentales de dichos actos”⁷⁰ (artículo 288 del Código Civil).

Esto se completa con los actos que requieren de aprobación judicial posterior, los cuales son “*la partición de herencia o la división de cosa común realizada por el curador representativo*”⁷¹ (artículo 289 del Código Civil). Igualmente, “*antes de autorizar o aprobar cualquiera de los actos comprendidos en los artículos anteriores, la autoridad judicial oirá al Ministerio Fiscal y a la persona con medidas de apoyo y recabará los informes que le sean solicitados o estime pertinentes*”⁷² (artículo 290 del Código Civil).

⁶⁹ Artículo 287, Cc.

⁷⁰ Artículo 288, Cc.

⁷¹ Artículo 289, Cc.

⁷² Artículo 290, Cc.

Respecto a los actos que inciden en la esfera personal, estos deberán realizarse en el mejor interés de la persona con discapacidad respetando en todo caso los derechos, la voluntad y las preferencias de este⁷³. Esto se puede observar en los supuestos médicos, ya que las decisiones adoptadas por el representante legal deberán ser siempre buscando el mayor beneficio para la salud del discapacitado; teniendo que ponerse en conocimiento de la autoridad judicial toda decisión contraria a los intereses del paciente, salvo en supuestos de urgencias, en cuyo caso los sanitarios deberán proteger siempre la vida del paciente⁷⁴.

Este supuesto solo se dará en el caso de que el discapacitado no pueda comunicar su decisión, y es que este debe participar en la toma de decisiones siempre que tenga la capacidad suficiente para realizarlo con apoyos. Esto se debe a que el nuevo modelo de guarda no permite la sustitución de la voluntad del discapacitado salvo que esta sea la única solución; si realmente esta fuera la única solución habrá que tener en cuenta que *“la prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal”*⁷⁵. En el supuesto médico también cabe la posibilidad que el discapacitado haya realizado con anterioridad un documento con instrucciones previas; el cual se encuentra regulado en el artículo 11 de la ley 41/2002 y permite que se designe a un representante, el cual podrá convivir con el apoderado decidiendo en cuestiones médicas, o podrá establecerse que quien actúe en esta materia sea también el apoderado⁷⁶.

Este apoderado si no solo tuviera que sustituir la voluntad del discapacitado en una circunstancia excepcional como la médica, sino que fuere apoderado de un poder preventivo con facultades de representación, también quedara sujeto a las reglas de la curatela en lo que respecta a la obligación de realizar el inventario del patrimonio del discapacitado, es decir, el apoderado con un poder preventivo con facultades de representación deberá *“hacer inventario del patrimonio de la persona en cuyo favor se ha establecido el apoyo dentro del plazo de sesenta días, a contar desde aquel en que hubiese tomado posesión de su cargo. El inventario se formará ante el letrado de la Administración de*

⁷³ PETIT SÁNCHEZ, M: op. cit., página 269.

⁷⁴ BERROCAL LANZAROT, I: op. cit., página 2422.

⁷⁵ *Ibidem*.

⁷⁶ Artículo 11, Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. BOE nº 274, de 15 de noviembre de 2002 (en adelante Ley 41/2002).

*Justicia, con citación de las personas que estime conveniente. El letrado de la Administración de Justicia podrá prorrogar el plazo previsto en el párrafo primero si concurriere causa para ello. El dinero, alhajas, objetos preciosos y valores mobiliarios o documentos que, a juicio del letrado de la Administración de Justicia, no deban quedar en poder del curador serán depositados en un establecimiento destinado a este efecto. Los gastos que las anteriores medidas ocasionen correrán a cargo de los bienes de la persona en cuyo apoyo se haya establecido la curatela*⁷⁷ (artículo 285 del Código Civil). De la misma forma que le es de aplicación este artículo específico de la curatela, también podrá ser dispensado de esta obligación siguiendo el artículo 271.2 sobre la autocuratela⁷⁸.

Respecto a la extinción del mandato, y teniendo en cuenta lo ya mencionado sobre la extinción del propio poder, cabe destacar que se terminara por su revocación, la cual podrá darse con anterioridad o posterioridad a la eficacia del mandato siempre y cuando se haya puesto en conocimiento del apoderado; podrá extinguirse también por la renuncia del mandatario, la cual tiene como condición que se ponga en conocimiento de la misma al mandante. Sobre este supuesto de renuncia hace referencia también el artículo 255.5 del Código Civil al establecer que *“solo en defecto o por insuficiencia de estas medidas de naturaleza voluntaria, y a falta de guarda de hecho que suponga apoyo suficiente, podrá la autoridad judicial adoptar otras supletorias o complementarias*⁷⁹; y es que en caso de que el poderdante no haya previsto un apoderado sustituto, será el juez el que adopte las medidas de apoyo que sean necesarias. Otras formas de extinción del mandato son la del fallecimiento del mandante o mandatario o por el concurso de acreedores de ambos; la del *“establecimiento en relación al mandatario de medidas de apoyo que incidan en el acto en que deba intervenir en esa condición*⁸⁰ (artículo 1732.4 del Código Civil); la de *“la constitución en favor del mandante de la curatela representativa como medida de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica, a salvo lo dispuesto en este Código respecto de los mandatos preventivos*⁸¹ (artículo 1732.5 del Código Civil). Y la establecida en el artículo 249 a sensu contrario al establecer tácitamente que se pueda

⁷⁷ Artículo 285, Cc.

⁷⁸ Artículo 271, Cc.

⁷⁹ Artículo 255.5, Cc.

⁸⁰ Artículo 1732.4, Cc.

⁸¹ Artículo 1735.5, Cc.

extinguir o modificar el mandato preventivo si la persona con discapacidad puede ejercer su capacidad jurídica con menos o ningún apoyo en el futuro⁸².

Estas formas de extinción del mandato y poder preventivo se encuentra vinculado a la necesidad de rendir cuentas ante la autoridad judicial que tiene el mandatario en el plazo de tres meses desde que se extingue el poder (prorrogables si media justa causa). Sin embargo, *“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”*⁸³ (artículo 292 del Código Civil); entendiendo la curatela mencionada en la ley como poder preventivo, ya que es un artículo de aplicación también para las medidas voluntarias de apoyo.

Asimismo, en lo que concierne a la eficacia, a la publicidad y a la revisión de los poderes o mandatos preventivos, cabe señalar que existe una diferencia sustancial respecto a la regulación existente sobre la eficacia y revisión, comparada con la existente sobre la publicidad de los poderes y mandatos preventivos. Y es que tanto la eficacia como la revisión carecen de una regulación legal amplia, ya que no solo se deja en manos del propio poderdante la previsión de cuando resulta eficaz este sistema de apoyo, sino que la salvaguarda de revisión de las medidas establecidas también se deja en manos del mandante; con la excepción del poder con función representativa que se otorga con carácter general, el cual se regirá por los plazos establecidos para la curatela, es decir, serán revisados *“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”*⁸⁴ (artículo 268 del Código Civil).

Respecto a la publicidad, si tiene una regulación más amplia, ya que por un lado se regula la publicidad en el Registro Civil, y, por otro lado, la publicidad en el Registro de la

⁸² Artículo 249, Cc.

⁸³ Artículo 292, Cc.

⁸⁴ Artículo 268, Cc.

Propiedad. Así pues, la publicidad en el Registro Civil se regula en el artículo 77 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, y en el artículo 260.2 del Código Civil. Dicho artículo 77 de la Ley del Registro Civil es de suma importancia ya que establece de forma clara que *“es inscribible en el registro individual del interesado el documento público que contenga las medidas de apoyo previstas por una persona respecto de sí misma o de sus bienes”*⁸⁵. Sin embargo, esta publicidad debe respetar la intimidad del discapaz y proteger sus datos personales, ya que el artículo 83.1.b) de la Ley del Registro Civil considera a la discapacidad y a las medidas de apoyo como datos especialmente protegidos⁸⁶. Esto lleva a que el artículo 84 de la Ley del Registro Civil establezca que *“solo el inscrito o sus representantes legales, quien ejerza el apoyo y que esté expresamente autorizado, el apoderado preventivo general o el curador en el caso de una persona con discapacidad podrán acceder o autorizar a terceras personas la publicidad de los asientos que contengan datos especialmente protegidos en los términos que reglamentariamente se establezcan. Las Administraciones Públicas y los funcionarios públicos podrán acceder a los datos especialmente protegidos del apartado 1.b) del artículo 83 cuando en el ejercicio de sus funciones deban verificar la existencia o el contenido de medidas de apoyo”*⁸⁷.

En cuanto a la publicidad en el Registro de la Propiedad, no se prevé expresamente el acceso al mismo de las medidas voluntarias de apoyo, pero debido a que el artículo 242 bis de la Ley Hipotecaria establece que *“en el Libro sobre administración y disposición de bienes inmuebles a que se refiere el número cuarto del artículo 2 serán objeto de asiento las resoluciones dictadas en los expedientes de declaración de ausencia y fallecimiento, las de concurso establecidas en la legislación concursal, así como las demás resoluciones y medidas previstas en las leyes que afecten a la libre administración y disposición de los bienes de una persona. Podrán ser objeto de asiento también en este libro las resoluciones sobre personas con discapacidad a las que se refiere el artículo 755.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El asiento en el Libro sobre administración y disposición de bienes inmuebles expresará las circunstancias contenidas en la resolución correspondiente. En el caso de las medidas de apoyo, el asiento únicamente expresará la*

⁸⁵ Artículo 77, Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil. BOE nº 175, de 22 de julio de 2011 (en adelante LRC).

⁸⁶ Artículo 83.1.b), LRC.

⁸⁷ Artículo 84, LRC.

existencia y el contenido de las medidas”⁸⁸ (artículo 242 bis de la Ley Hipotecaria); y debido a que se pueden establecer medidas voluntarias de apoyo de carácter patrimonial, y por tanto, tener estas medidas voluntarias trascendencia en el ámbito patrimonial, aunque sea solamente en forma de apoyo y no de sustitución de la voluntad del discapaz, se entiende por una parte de la doctrina que se debería permitir la publicidad de las medidas voluntarias de apoyo en el Registro de la Propiedad⁸⁹.

Finalmente, en lo referente a la capacidad del poderdante para realizar un poder preventivo, es decir, al ya mencionado artículo 255.1 del Código Civil, cabe destacar que debe ser estudiado conjuntamente al artículo 254 del Código Civil, el cual llena el vacío creado por la supresión de la patria potestad prorrogada o rehabilitada. Y es que permite al mayor de 16 años no emancipado acordar medidas de apoyo que pueda necesitar una vez alcance la mayoría de edad siempre que esta futura necesidad sea razonablemente previsible⁹⁰. Sin embargo, debido a que el 255.1 del Código Civil impide la posibilidad de realizar un poder preventivo a los menores no emancipados⁹¹, y además el artículo 271 del mismo cuerpo legal también imposibilita a estos realizar una autotutela⁹²; parece razonable entender que el legislador hace referencia a otras medidas de apoyo diferentes, aunque similares en características a estas dos últimas. Esta medida de apoyo también se podrá tomar judicialmente a petición “*del menor, de los progenitores, del tutor o del Ministerio Fiscal*”⁹³ (artículo 254 del Código Civil), siempre que el menor no haya hecho sus propias provisiones.

Por otra parte, la ya mencionada autotutela es una figura importante por tener carácter voluntario, aunque se encuentre dentro de una medida judicial de apoyos; se encuentra regulada en la sección segunda del capítulo IV del título XI del libro primero del Código Civil, teniendo una regulación específica en la subsección primera.

Esta figura novedosa permite que “*cualquier persona mayor de edad o menor de edad emancipada, en previsión de la concurrencia de circunstancias que puedan dificultarle*

⁸⁸ Artículo 242 bis, Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria. BOE nº 58, de 27 de febrero de 1946 (en adelante LH).

⁸⁹ BERROCAL LANZAROT, I: op. cit., páginas 2430 y 2431.

⁹⁰ Artículo 254, Cc.

⁹¹ Artículo 255.1, Cc.

⁹² Artículo 271, Cc.

⁹³ Artículo 254, Cc.

*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*⁹⁴ (artículo 271 del Código Civil); es decir, es la facultad de una persona para excluir o designar preventivamente mediante escritura pública a su propio curador en caso de necesitar apoyos judiciales para ejercer su capacidad jurídica.

Además, mediante esta figura se *“podrá igualmente establecer disposiciones sobre el funcionamiento y contenido de la curatela y, en especial, sobre el cuidado de su persona, reglas de administración y disposición de sus bienes, retribución del curador, obligación de hacer inventario o su dispensa y medidas de vigilancia y control, así como proponer a las personas que hayan de llevarlas a cabo*⁹⁵ (artículo 271 del Código Civil). Esto lo acerca a una medida voluntaria de apoyo ya que no solo permite constituir el sistema desde la designación del curador hasta el propio contenido de la curatela, sino que además estas propuestas son vinculantes para la autoridad judicial que declare la curatela. Sin embargo, en este punto es donde se diferencia del resto de medidas voluntarias, ya que la efectividad de estas medidas voluntarias se da desde que el discapaz necesita los apoyos (el supuesto de un poder actual con cláusula de subsistencia en caso de discapacidad del poderdante) o desde el momento que se haya establecido en la misma medida voluntaria de apoyo. Por su parte, la autocuratela son unas disposiciones voluntarias dentro de la curatela, la cual es una medida judicial y por tanta su efectividad depende de que se declare judicialmente la curatela. Además, aunque estas disposiciones son vinculantes, *“la autoridad judicial podrá prescindir total o parcialmente de esas disposiciones voluntarias, de oficio o a instancia de las personas llamadas por ley a ejercer la curatela o del Ministerio Fiscal y, siempre mediante resolución motivada, si existen circunstancias graves desconocidas por la persona que las estableció o alteración de las causas expresadas por ella o que presumiblemente tuvo en cuenta en sus disposiciones*⁹⁶ (artículo 272 del Código Civil).

En la autocuratela como en las medidas voluntarias de apoyo, el futuro discapaz podrá establecer salvaguardas, excluir o designar uno o más de un curador simultáneos o en

⁹⁴ Artículo 271, Cc.

⁹⁵ Artículo 271, Cc.

⁹⁶ Artículo 272, Cc.

sustitución, establecer el orden de los curadores sustitutos o dejarlo en manos del conyugue, separar funciones si se establece varios curadores simultáneos, permitir al conyugue mantenerse como curador aún habiéndose separados ambos, y establecer entre otras cosas mecanismos y plazos de revisión del contenido de la misma. Además de esto, el posible futuro discapaz también podrá establecer una retribución al curador, reglas de administración y disposición de sus bienes, obligación de hacer inventario o su dispensa o incluso podrá establecer aspectos relacionados con el cuidado de su persona o el funcionamiento y contenido de los apoyos⁹⁷.

Finalmente, sobre esta figura se deben resaltar tres aspectos relativos a la capacidad para ser curador, la retribución de este y la inscripción de la autocratela. Para contestar la primera cuestión debemos remitirnos al artículo 275 del Código Civil, el cual otorga capacidad para ser curador a *“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 la promoción de la autonomía y asistencia a las personas con discapacidad”*⁹⁸. Esta capacidad general tiene excepciones, las cuales también están establecidas en la ley al enunciar esta que *“no podrán ser curadores: 1.º Quienes hayan sido excluidos por la persona que precise apoyo. 2.º Quienes por resolución judicial estuvieran privados o suspendidos en el ejercicio de la patria potestad o, total o parcialmente, de los derechos de guarda y protección. 3.º Quienes hubieren sido legalmente removidos de una tutela, curatela o guarda anterior”*⁹⁹ (artículo 275.2 del Código Civil). Además, también se establece que *“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*

⁹⁷ DEPARTAMENTO DE DOCUMENTACIÓN DE IBERLEY: “Autocratela y nombramiento del curador según el Código Civil”, Iberley, 2021. Disponible en <https://www.iberley.es/temas/autocratela-nombramiento-curador-cc-65457> (fecha de última consulta: 22 de febrero de 2022).

⁹⁸ Artículo 275.1, Cc.

⁹⁹ Artículo 275.2, Cc.

concurzal. 4.º A quien le sea imputable la declaración como culpable de un concurso, salvo que la curatela lo sea solamente de la persona”¹⁰⁰ (artículo 275.3 del Código Civil).

En cuanto a la segunda cuestión, se debe señalar que a diferencia de las medidas voluntarias de apoyo que generalmente eran gratuitas, la curatela se considera generalmente retribuida siempre que el patrimonio del discapaz lo permita. Además, el artículo 281 del Código Civil también establece como derecho del curador el “*reembolso de los gastos justificados y a la indemnización de los daños sufridos sin culpa por su parte en el ejercicio de su función*”¹⁰¹. Este mismo artículo 281 del Código Civil reconoce que será la autoridad judicial quien determinará el importe y la forma de percibir la retribución¹⁰²; sin embargo, en el articulado propio de la autocuratela se establece que esta puede tener de contenido la retribución del curador.¹⁰³

Por último, respecto a la inscripción de la autocuratela, se debe señalar de nuevo la importancia de la figura del notario en esta nueva regulación, ya que la inscripción tanto de la autocuratela como de las medidas voluntarias de apoyo se realizan en escritura pública ante notario, quien, lo transmitirá de oficio al Registro Civil¹⁰⁴.

5. CONCLUSIONES

Tras el estudio y análisis de este tema, me gustaría reseñar y comentar cuatro asuntos que creo que son los que mejor reflejan el cambio legislativo que se ha producido.

En primer lugar, hay que destacar la evolución histórica del sistema de guarda de los discapacitados. Esto me parece de gran importancia por el hecho de que el nuevo sistema legislativo no solo tiene como soporte la figura de la curatela, sino que la tutela casi ha desaparecido, siendo reservada únicamente para menores de edad que no estén protegidos por la patria potestad. Y es que la figura de la curatela en el pasado histórico casi no ha

¹⁰⁰ Artículo 275.3, Cc.

¹⁰¹ Artículo 281.1, Cc.

¹⁰² Artículo 281, Cc.

¹⁰³ Artículo 271, Cc.

¹⁰⁴ HIJAS CID, E.: “Novedades en la regulación de la autocuratela”, *El Notario*, 2021. Disponible en <https://www.elnotario.es/opinion/opinion/10936-novedades-en-la-regulacion-de-la-autocuratela> (fecha de última consulta: 22 de febrero de 2022).

tenido valor (exceptuando la regulación previa a la última modificación), siendo incluso eliminada en ciertos momentos de la historia. Esto demuestra un gran avance en la defensa de los derechos de los discapacitados, ya que se ha pasado de la visión proteccionista únicamente del patrimonio a la visión paternalista, donde el centro no se encuentra solo en el patrimonio sino también en el aspecto personal. Todo esto se denota definitivamente en que la curatela ni siquiera es la base alrededor de la que gira todo el sistema, sino que son las medidas voluntarias de apoyo; medidas cuya existencia histórica es prácticamente nula y cuya relevancia real se encuentra en esta reforma.

La segunda cuestión representativa de la reforma es la eliminación del concepto “incapacitación”, eje fundamental de la anterior regulación española y base de todas las regulaciones históricas. Este concepto ha sido eliminado por un lado por considerarse despectivo, ya que la capacidad jurídica en su sentido amplio se considera inherente al ser humano, y, por tanto, en ningún caso una persona puede ser privado de la misma. Y, por otro lado, se ha eliminado porque normalmente provocaba que se estableciera sobre el incapaz un régimen tutelar, a pesar de que según la Asociación Española de Fundaciones Tutelares (AEFT), un 80% de las personas con discapacidad intelectual tiene una tutela completa, pero solo un 20% la necesitan realmente¹⁰⁵. Aunque si se debe señalar que los tribunales españoles llevan años interpretando la antigua regulación conforme a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006¹⁰⁶ (fundamento de la nueva regulación); llevándolos a establecer con más asiduidad curatelas que regímenes tutelares. Demostrando esta cuestión a su vez, que los tribunales han tenido mucha mayor celeridad que el legislador a la hora de adecuar el régimen jurídico a los acuerdos internacionales.

El tercer punto distintivo de esta metamorfosis legislativa es el papel que desempeña el notario, y es que desde el momento en que se puso como base del sistema a las medidas voluntarias de apoyo, a la vez que se eliminaba la incapacitación judicial, el notario se convirtió en la piedra angular del sistema; pasando de unas facultades irrisorias en la

¹⁰⁵ DEPARTAMENTO DE DOCUMENTACIÓN DE LA UNIÓN SINDICAL OBRERA: “Entra en vigor la ley que elimina la incapacitación judicial”, USO, 2021. Disponible en <https://www.uso.es/entra-en-vigor-la-ley-que-elimina-la-incapacitacion-judicial/> (fecha de última consulta 23 de febrero de 2022).

¹⁰⁶ CDPD.

anterior regulación, a unas facultades más propias de los tribunales en esta modificación. Como se ha mencionado durante el trabajo, estas medidas voluntarias de apoyo y hasta la autocuratela se realizan en escritura pública ante Notario debiendo este no solo transmitir dicho sistema creado por el discapaz al Registro Civil, sino que también deberá ayudar a su realización y adecuarlo a la legislación. Por su parte, la figura del juez, eje absoluto del anterior sistema, queda reducida a dictar medidas judiciales de apoyo a la capacidad jurídica, las cuales se tomarán solamente en caso de ineficiencia de las medidas realizadas ante notario. Se debe destacar también sobre la figura del juez, sus facultades transitorias establecidas en la disposición transitoria quinta de la Ley 8/2021, la cual señala que la autoridad judicial, incluso de oficio, podrá en el plazo máximo de tres años revisar las medidas de 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; para adaptarlas a la nueva regulación¹⁰⁷. Por tanto, el legislador no elimina tajantemente la tutela y otras figuras ya derogadas, sino que prevé una adaptación progresiva. Esto coincide con la salvaguarda legal de revisión periódica establecida para las medidas de apoyo judicial, teniendo que revisar por tanto el juez de nuevo la tutela ya convertida en curatela representativa a los tres años (excepcionalmente, 6 años) de su adaptación¹⁰⁸.

Por último, quiero señalar como cuestión más representativa de esta nueva regulación, el derecho a equivocarse, el cual rompe con todo lo establecido anteriormente. Y es que, si echamos la vista atrás, se puede vislumbrar fácilmente como siempre se ha buscado sustituir la decisión de los discapacitados por no considerarlos aptos para decidir. Esto ha llevado a tener que proclamar este derecho para ellos, el cual no solo se establece doctrinalmente, sino que se deduce fácilmente del punto 22 de la Observación General 1ª del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad de Naciones Unidas¹⁰⁹. Este derecho en mi opinión es el que mejor evidencia lo que se busca en todas las medidas de apoyo, tanto judiciales como voluntarias, es decir, este derecho muestra que tanto los curadores, como los apoderados, guardadores de hecho, defensor judicial, etc. deben buscar respetar los derechos, deseos y preferencias del discapaz, teniendo incluso que

¹⁰⁷ DEPARTAMENTO DE DOCUMENTACIÓN DE IBERLEY: *Reforma civil y procesal de apoyo a personas con discapacidad*, Editorial Colex, A Coruña, 2021, página 14.

¹⁰⁸ Artículo 268, Cc.

¹⁰⁹ Punto 22, Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.

intentar darle los apoyos para que ellos puedan tomar sus propias decisiones, pudiendo solo en última instancia sustituir su voluntad, teniendo a su vez que tener en cuenta en esta circunstancia sus valores y formas de pensar.

Por todas estas cuestiones me parece que la reforma no solo es muy positiva a la hora de defender los intereses de los discapacitados, sino que también es incomparable a todo lo hecho anteriormente en la historia sobre esta materia.

BIBLIOGRAFÍA

ARAGONÉS ARAGONÉS, R: “Constitución de la tutela. nombramiento de tutor. inventario y fianza”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, número 16, 1996.

ARNAU MOYA, F: *Lecciones de Derecho Civil I*, Servicio de Comunicación y Publicaciones de la Universidad Jaime I, Castellón de la Plana, 2008.

ASOCIACIÓN EUROPEA REPRESENTANTE DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD INTELECTUAL Y SUS FAMILIAS: *Las salvaguardas en las medidas relativas al ejercicio de la capacidad legal*, Inclusion Europe, Bruselas, 2020.

BERROCAL LANZAROT, I: “Las medidas voluntarias de apoyo en la ley 8/2021, de 2 de junio: los poderes y mandatos preventivos”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 786, 2021, páginas 2392 – 2442.

CAZORLA GONZÁLEZ – SERRANO, M.: “La protección jurídico-patrimonial del menor y del incapacitado y su antecedente histórico en derecho romano”, *Revista de Derecho UNED*, número 7, 2010, páginas 121 – 168.

COMITÉ ESPAÑOL DE REPRESENTANTES DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD: “El impacto de la reforma del derecho civil”, *CERMI*, 2021, páginas 1 – 17.

KURRLE, S.: Riegos y beneficios: equilibrar la atención en el deterioro cognitivo. Conferencia Internacional de Demencia, Sydney, 2014.

DEPARTAMENTO DE DOCUMENTACIÓN DE IBERLEY: *Reforma civil y procesal de apoyo a personas con discapacidad*, Editorial Colex, A Coruña, 2021.

JULVE HERNÁNDEZ, M.: *La protección jurídico - civil de la persona que sufre enfermedad mental: el internamiento urgente no voluntario*, Escuela de doctorado Universidad Jaime I, Castellón de la Plana, 2017.

MIQUEL, J: *Derecho Romano*, Editorial Marcial Pons ediciones jurídicas y sociales, Madrid, 2016.

PARRA LUCÁN, M.: “Resoluciones judiciales que modifican la capacidad de obrar”, en AA.VV. (DE PABLO CONTRERAS, P., Dir.): *Curso de Derecho Civil (I) Volumen II. Derecho de la Persona*, 5ª ed., Editorial Edisofer, Madrid, 2016, páginas 131 – 169.

PESET REIG, M.: “Los antecedentes de la unión de la tutela y la curatela en el Código civil español”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 483, 1971, páginas 297 – 338.

PETIT SÁNCHEZ, M: “La adopción de medidas de apoyo para las personas con discapacidad: armonización entre la autonomía de la voluntad y el mejor interés”, *Revista de Derecho Civil*, volumen VII, número 5, 2020, páginas 265 – 313.

RIBOT IGUALADA, J.: “Mandato y poder ante la futura necesidad de apoyos”, en AA.VV. (GUILARTE MARTÍN - CALERO, C., Dir.): *Comentarios a la ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2021.

SAURO MARTINEZ, L.: *Incapacitación y Tuición*, Ed. Tecnos, Madrid, 1986.

