

# CAPACIDAD JURÍDICA DE LAS PERSONAS MAYORES DE EDAD CON DISCAPACIDAD PSÍQUICA

Eduardo Baena Ruiz  
Académico Numerario

---

## RESUMEN

---

### PALABRAS CLAVE

Voluntarias.  
Poderes preventivos.  
Autocuratela.  
Guarda de hecho.  
Defensor judicial.  
Curatela.

El presente trabajo pretende dar a conocer esquemáticamente, respecto de las personas mayores de edad con discapacidad psíquica, las medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica previstas por la Ley 8/2021, una vez promulgada con el fin de adaptar nuestro ordenamiento jurídico a la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006.

---

## ABSTRACT

---

### KEYWORDS

Voluntary.  
Preventive powers.  
Selfcuratorship.  
De facto guardianship.  
Judicial Defence.  
Guardianship.

The present work aims to make known schematically, with respect to adults with mental disabilities, the support measures for the exercise of their legal capacity provided for by Law 8/2021, once promulgated in order to adapt our legal system to the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, done in New York on December 13, 2006.

---

## 1. PLANTEAMIENTO

El presente trabajo versa sobre la Ley 8/2021, de 2 de junio, de reforma de la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

Si nos detuviésemos en ese enunciado el ámbito del trabajo sería demasiado amplio y ambicioso para lo sugerido por la Real Academia, respecto a su extensión. De ahí, que para la adecuada inteligencia de su contenido estimemos preciso hacer una serie de consideraciones.

1.1. La primera de ellas es que, como reza el título del trabajo, éste viene acotado a las personas mayores de edad, obviando a los menores, que por sí justificarían otro trabajo, así como a las discapacidades psíquicas.

La Ley 8/2021 no define qué es la discapacidad, por lo que es preciso acudir para ello a la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, puesto que la ley pretende adecuar el ordenamiento jurídico español a la Convención. Esta se refiere a las personas con discapacidad en su art. 1.2, como «aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás».

Sin embargo, la Ley 8/2021, de 2 de junio, ha concernido su ámbito, y sólo se ocupa de aquellas que afectan a la capacidad de la persona para la toma de decisiones, esto es, a la capacidad de conocer y querer. De ahí que obvие las deficiencias físicas y sólo contemple las que se proyectan sobre la capacidad jurídica del sujeto con discapacidad.

En el derecho español se viene denominando capacidad de obrar a la capacidad jurídica en su aspecto dinámico, esto es, a la capacidad de actuar válidamente en derecho. Cuando por padecer el sujeto una discapacidad psíquica tenga dificultad para el ejercicio de su capacidad jurídica, precisará de un apoyo para su ejercicio, y, de ahí, que la ley se titule «para el apoyo».

Viene a corroborar lo anterior la disposición adicional 4<sup>a</sup> del CC, tras la reforma de ella por la Ley 8/2021, conforme a la cual «[...] salvo que otra cosa resulte de la dicción del artículo de que se trate, toda referencia a la discapacidad habrá de ser entendida a aquella que haga precisa la provisión de medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica».

Asimismo se colige de la rúbrica del Título XI del Libro I del Código Civil, dada por la Ley 8/2021. Esta ley deroga el régimen de incapacitación y tutela configurado por la Ley 13/1983, de 24 de octubre, aplicable a las personas que padecieran enfermedades o deficiencias persistentes que le impidieran gobernarse por sí mismas y, en su lugar, introduce «De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica».

1.2. La finalidad de la Ley 8/2021, como hemos adelantado, es adecuar el ordenamiento jurídico español a la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, que tras ser ratificada por España el 23 de noviembre de 2007, entró en vigor el 3 de mayo de 2008.

La Convención tiene un contenido muy amplio y tiene por objeto (art.1.1) promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente.

Los principios que la informan se contienen en su art. 3:

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

En lo aquí relevante, que es la capacidad jurídica y su ejercicio, destaca lo que dispone el art.12 de la Convención en los apartados 2, 3 y 4.

En el apartado 2 los Estados Parte se comprometen a reconocer que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.

En el apartado 3 del art. 12 se comprometen a adoptar las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar «en el ejercicio de su capacidad jurídica».

Además, de acuerdo con el apartado 4 se comprometen a asegurar que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardas adecuadas y efectivas para impedir abusos.

**1.3.** La Ley 8/2021, dictada con el propósito a que se ha hecho mención, ha supuesto una reforma de gran calado, por introducir modificaciones sustanciales en nuestro ordenamiento jurídico. Fundamentalmente en el Código Civil, pero también en otras leyes como la Ley del Notariado, la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, la Ley del Registro Civil, el Código de Comercio, la Ley de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad.

Sin embargo, el legislador no había sido insensible a la Convención, y con anterioridad a la Ley 8/2021 había dictado otras leyes que la tenían en consideración, a fin de garantizar la participación de las personas con discapacidad en ámbitos concretos y propiciar la efectividad de algunos derechos reconocidos en aquella.

En atención a la naturaleza del trabajo no nos vamos a detener en enumerarlas, ni en su contenido.

Esta sensibilidad la ha tenido también la jurisprudencia, y la Sala primera del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) ha dictado numerosas sentencias haciéndose eco de la Convención. Sin ánimo de exhaustividad vamos a citar alguna como muestra de lo que se expone.

En la sentencia n.º 557/2015, se afirma que

la tutela está reservada para la incapacitación total y la curatela se concibe en términos más flexibles y está pensada para incapacitaciones parciales [...], si bien la jurisprudencia, salvo supuestos de patente incapacitación total, se viene inclinando a la luz de la interpretación recogida en la Convención, por la curatela [...].

Con citas jurisprudenciales sostiene que en el Código Civil no se circunscribe expresamente la curatela a la asistencia en la esfera patrimonial, por lo que puede atribuirse al curador funciones asistenciales en la esfera personal, como pudiese ser la supervisión del sometimiento de la persona con discapacidad a un tratamiento médico. De ahí que la sentencia de 24 de junio de 2013 consideraba, en el caso que enjuiciaba, más adecuado aplicar la curatela y no la tutela, reinterpretada a la luz de la citada Convención, desde un modelo «de apoyo y de asistencia y el principio del superior interés de la persona con discapacidad, que, manteniendo la personalidad, requiere un complemento de su capacidad».

La sentencia n.º 298/2017, de 16 de mayo, y las que en ella se citan declara que la Convención, que forma parte de nuestro ordenamiento desde el 3 de mayo de 2008, opta por un modelo de «apoyos» para configurar el sistema dirigido a hacer efectivos los derechos de las personas con discapacidad. De ahí que desde esa perspectiva se debía interpretar lo dispuesto en el Código Civil y en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La justificación de la anterior doctrina la ofrece la sentencia de pleno del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 2009. En ella se declara que el sistema de protección establecido en el Código Civil sigue vigente, aunque con la lectura que propone:

1º. Que se tenga siempre en cuenta que el incapaz sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que la incapacitación es sólo una forma de protección. 2º. La incapacitación no es una medida discriminatoria porque la situación merecedora de la protección tiene características específicas propias. Estamos hablando de una persona cuyas facultades intelectivas y volitivas no le permiten ejercer sus derechos como persona porque le impiden autogobernarse. Por tanto no se trata de un sistema de

protección de la familia, sino única y exclusivamente de la persona afectada.

Se trata de lo que el Tribunal Supremo (sentencia n.º 2016/2017, de 4 de abril, y las que en ella se citan) ha calificado de «traje a medida», a la hora de precisar la ayuda de la persona con discapacidad, según las condiciones en que se encuentre.

Esta doctrina fue tratada con exhaustividad por la sentencia 269/2021, de 6 de mayo, y fue objeto de aplicación en un supuesto de capacidad para otorgar testamento en la sentencia 146/2018, de 15 de abril, y en otro de capacidad para contraer matrimonio en la sentencia 145/2018, de la misma fecha.

1.4. Con tales antecedentes surge la interrogante de por qué han transcurrido tantos años desde que España ratificó la Convención hasta la aprobación de la Ley 8/2021 —objeto de este trabajo— en lo que se refiere al ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. La razón estriba en las discrepancias que existían acerca de cómo adaptar el ordenamiento español a la Convención.

Para un sector doctrinal todas las figuras que preveía nuestro ordenamiento para la protección de la persona con discapacidad podían subsistir, interpretadas conforme a los principios de la Convención.

Así las venía aplicando la jurisprudencia, según hemos expuesto. No obstante, el legislador ha considerado que no podía mantenerse el sistema anterior, sino que debía aprobar una ley con respeto escrupuloso a los principios de la Convención.

Así procedió y la Ley 8/2021, de 2 de junio, de reforma de la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de la capacidad jurídica, ha cambiado de forma sustancial y radical el sistema.

1.5. Una síntesis de este cambio radical lo expone la STS 589/2021, de 8 de septiembre, muy clara y sistemática, ampliamente citada en trabajos doctrinales. De ahí que nos detengamos en su literalidad:

A. La Ley 8/2021, de 2 de junio, constituye una profunda reforma del tratamiento civil y procesal de la capacidad de las personas, que pretende incorporar las exigencias del art.12 de la Convención de Nueva York, de 13 de diciembre de 2006.

La reforma suprime la declaración de incapacidad y se centra en la provisión de los apoyos necesarios que una persona con discapacidad pueda precisar para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica, con la finali-

dad de permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad (art.249 CC).

Sin perjuicio de la adopción de las salvaguardas oportunas para asegurar que el ejercicio de las medidas de apoyo se acomoda a los criterios legales, y en particular, que atienda a la voluntad, deseos y preferencias de la persona que las requiera.

La provisión de apoyos judiciales deja de tener un carácter preferente y se supedita a la ausencia o insuficiencia de las medidas previstas por el propio interesado. Y, en cualquier caso, como dispone el art. 269 CC, las medidas tomadas por la autoridad judicial en el procedimiento de provisión de apoyos serán proporcionadas a las necesidades de las personas 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.

Consiguientemente, el anterior régimen de guarda legal (tutela y la curatela), para quienes precisan el apoyo de modo continuado, ha sido reemplazado por la curatela, cuyo contenido y extensión debe ser precisado por la resolución judicial que la acuerde en armonía con la situación y circunstancias de la persona con discapacidad y con sus necesidades de apoyo (párrafo 5 del art. 250 CC).

La reforma afecta al Código Civil, sobre todo a la provisión de apoyos y su régimen legal, y también al procedimiento de provisión judicial de apoyos, que será un expediente de jurisdicción voluntaria, salvo que haya oposición, en cuyo caso deberá iniciarse un procedimiento especial de carácter contradictorio, que es, en esencia, una adaptación del procedimiento anterior.

B. La ley 8/2021, de 2 de junio, en coherencia con la naturaleza de la materia reformada y la finalidad perseguida, ha establecido unas reglas de aplicación transitoria especiales [...].

Más adelante declara los elementos que caracterizan el nuevo régimen:

1. De la propia regulación legal, contenida en los arts. 249 y ss. CC, así como del reseñado art. 12 de la Convención, se extraen los elementos caracterizadores del nuevo régimen legal de provisión de apoyos: I) es aplicable a personas mayores de edad o menores emancipadas que precisen una medida de apoyo para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica; II) la finalidad de estas medidas de apoyo es «permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad» y han de estar «inspiradas en el respeto a la dignidad de la perso-

na y en la tutela de sus derechos fundamentales»; III) las medidas judiciales de apoyo tienen un carácter subsidiario respecto de las medidas voluntarias de apoyo, por lo que sólo se acordarán en defecto o insuficiencia de estas últimas; IV) no se precisa ningún previo pronunciamiento sobre la capacidad de la persona; y V) la provisión judicial de apoyos debe ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad, ha de respetar la máxima autonomía de la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica y debe atenderse en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias.

La reforma ha suprimido la tutela y concentra en la curatela todas las medidas judiciales de apoyo continuado. En sí mismo y más allá de la aplicación de la regulación legal sobre su provisión, del nombramiento de la(s) persona(s) curador(es), del ejercicio y la extinción, la denominación «curatela» no aporta información precisa sobre el contenido de las medidas de apoyo y su alcance. El contenido de la curatela puede llegar a ser muy amplio, 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.

2. A la hora de llevar a cabo esta labor de juzgar sobre la procedencia de las medidas y su contenido, el juez necesariamente ha de tener en cuenta las directrices legales previstas en el art. 268 CC: las medidas tomadas por el juez en el procedimiento de provisión de apoyos deben responder a las necesidades de las personas que las precise y ser proporcionadas a esa necesidad, han de respetar «la máxima autonomía de esta en el ejercicio de su capacidad jurídica» y atender «en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias [...]».

## 2. SISTEMA DE PRESTACIÓN DE APOYOS QUE PREVÉ LA LEY 8/2021 A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD PSÍQUICA

---

Todo lo expuesto, que sintetiza la sentencia citada, sobre la finalidad de las medidas de apoyo y principios que las informan, se contiene en el art. 249 CC, tras la reforma operada por la Ley 8/2021. Destacan como principios rectores los de necesidad y proporcionalidad.

La concreción del sistema, esto es, las clases de medidas de apoyo las prevé el art. 250 CC. En este precepto se recogen y definen, pero además se establecen previsiones en aras a salvaguardar el interés de la persona con discapacidad.

Conforme al art. 250.I CC «las medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas que lo precisen son, además de las de naturaleza voluntaria, la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial».

Todas ellas tendrán como función (art. 250.II CC) «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». No tienen por objeto una prestación de servicios, pero ello no impide que pueda establecerse una retribución si el patrimonio de la persona con discapacidad lo permite.

Para salvaguardar el interés de la persona con discapacidad se prevé que, al determinar las medidas de apoyo se procurará evitar situaciones en las que se puedan producir conflictos de intereses o influencia indebida.

Como consecuencia de tal prevención, se dispone que «no podrán ejercer ninguna de las medidas de apoyo quienes, en virtud de una relación contractual presten servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga a la persona que precisa el apoyo».

Con este mismo fin el art. 251.I CC impone una serie de prohibiciones a las personas que desempeñen alguna medida de apoyo, a saber:

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.

El último párrafo del art. 251 CC establece una excepción a tales prohibiciones, disponiendo que estas no serán de aplicación a las medidas de apoyo voluntarias «cuando el otorgante las haya excluido expresamente en el documento de constitución de dichas medidas».

### 3. MEDIDAS DE APOYO DE NATURALEZA VOLUNTARIA

---

El Título XI del Libro I del Código Civil sobre las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica consta de un capítulo I sobre Disposiciones Generales. En él, el art. 250.III CC hace mención a las medidas de apoyo de naturaleza voluntaria. En el capítulo II se regulan las «medidas voluntarias de apoyo».

Ha sido criticada esa reiteración en disposiciones generales y en el capítulo *ad hoc*, y hace pensar, ya decidirán los tribunales, que el art. 250.III CC contempla acuerdos establecidos por una persona que ya presenta una situación de discapacidad, mientras que en el art. 255 CC parece referir

previsiones preventivas de sujetos que todavía no presentan circunstancias de discapacidad, esto es, que entorpezcan el ejercicio de su capacidad jurídica.

De la combinación de ambos preceptos se constata 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 los demás, podrá prever o acordar en escritura pública medidas de apoyo relativas a su persona o bienes.

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.

Son varias las medidas voluntarias que se prevén:

a) Medidas de apoyo relativas a su persona o bienes previstas en escritura pública por el propio interesado, mayor de 16 años (art. 254 CC). Se ponen en entredicho su naturaleza de voluntaria.

b) Los acuerdos que alcance sobre los apoyos con otras personas en escritura pública (art. 255 CC).

c) Los poderes y mandatos preventivos otorgados en escritura pública para el caso de que en el futuro la persona precise un apoyo o con la previsión específica de que se mantengan vigente pese a la constitución de otras medidas de apoyo judiciales o voluntarias, a favor del poderdante (art. 260; 257 y 258 del CC).

Cabe hacer dos precisiones, por su interés jurídico y práctico: La primera es que el último inciso del art. 255 CC refuerza el principio de supletoriedad, pues dispone 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». La segunda precisión es la contenida en la previsión del art. 252 CC, que permite a quien dispone de bienes a título gratuito a favor de una persona que requiere de apoyo, que establezca reglas sobre quién podrá administrar o disponer de esos bienes, que pertenecerán a la persona con discapacidad aunque lo administre otra persona en su lugar.

Del contenido del art. 255 CC se infiere que el sujeto en cuestión puede fijar la extensión de las medidas de apoyo tanto en lo relativo a su persona como a sus bienes, esto es, pueden ser personales o patrimoniales.

La trascendencia de las medidas acordadas puede ser de diferente relevancia o intensidad y preverse como puntuales o en función de una mayor extensión temporal.

Se dispondrá en ellas el alcance de las facultades de la persona o personas que le hayan de prestar apoyo o la forma de ejercicio del apoyo, que se prestará conforme a lo dispuesto en el art. 249 CC.

La persona podrá prever las medidas u órganos de control que estime oportuno, así como 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.

A tal fin la exigencia de escritura pública es un acierto, pues el Notario, profesional cualificado e imparcial, podrá asesorar sobre las salvaguardas, en interés de la persona, e indagar por un procedimiento *ad hoc* si se atiende y respeta sus deseos y preferencias.

En aras a la seguridad jurídica y a su constancia para el supuesto de que se plantee más adelante la solicitud de apoyos judiciales, el art. 255.IV CC dispone que «El Notario autorizante comunicará de oficio y sin dilación el documento público que contenga las medidas de apoyo al Registro Civil para su constancia en el registro individual del otorgante».

#### 4. PODERES PREVENTIVOS

---

Como ya hemos expuesto constituye otra medida de naturaleza voluntaria. Si la destacamos es porque el legislador también los destaca en la Sección 2ª, con el título «De los poderes y mandatos preventivos», en los arts. 256 a 268 CC.

En atención a la naturaleza de este trabajo no se va a exponer la problemática que suscitan, que ampliamente será objeto de tratamiento por la doctrina científica y la legal. Sólo haremos unas concisas precisiones:

a) Esta medida voluntaria no es una novedad, sino que procede de la reforma del 2003 que la regulaba en la sede del mandato.

b) Se prevén dos situaciones:

- Una, que el poderdante pueda incluir en el poder una cláusula que estipule que el poder subsista si en el futuro precisa apoyo en el ejercicio de su capacidad. Es la previsión contenida en el art. 256 CC.

- Otra, la inserta en el art. 257 CC, por la que el poderdante podrá otorgar poder sólo para el supuesto de que en el futuro precise apoyo en el ejercicio de su capacidad.

Se contiene una serie de garantías respecto a la acreditación de esa «necesidad de apoyo».

El art. 258 CC, en los términos que recoge, prevé que los poderes mantengan su vigencia pese a la constitución de otras medidas de apoyo en favor del poderdante.

También incluye que el poderdante fije condiciones e instrucciones para la salvaguarda de sus intereses, a fin de garantizar el respeto a su voluntad, deseos y preferencias.

El poderdante puede prever formas específicas para la extinción del poder.

Asimismo cabe la extinción del poder a instancia de persona ajena al poderdante en los términos previstos en el párrafo último del art. 258 CC.

Los poderes preventivos a que se ha hecho mención habrán de otorgarse en escritura pública, y el Notario autorizante los comunicará de oficio y sin dilación al Registro Civil para su constancia en el registro individual del poderdante.

Los poderes y mandatos preventivos tienen como razón de ser su flexibilidad en el tráfico jurídico. De ese modo, además, se opta por una desjudicialización de la vida de las personas con discapacidad.

Éstas y sus familias dispondrán de herramientas de apoyo, jurídicamente seguras, con ahorro de tiempo y de costes emocionales, propios de los procesos judiciales.

Una vez más cabe traer a colación la importancia y relevancia de la intervención notarial para proteger los intereses del poderdante y su salvaguarda, así como para asegurar que su consentimiento es libre y que se encuentra plenamente informado, para evitar supuestos de abusos.

## 5. AUTOCURATELA

---

Es una medida voluntaria, como consta en la Ex. de Motivos de la Ley 8/2021, que participa de la naturaleza de las medidas voluntarias, aunque su regulación se halle dentro del Capítulo dedicado a la curatela, que esta sí es una medida de apoyo tomada por la autoridad judicial.

No es una figura novedosa, pues tras la reforma operada por la Ley 41/2003, el art. 224 CC preveía la autotutela.

Como la Ley 8/2021 reserva la tutela sólo para los menores de edad, y elige la curatela como la medida judicial de apoyo, era necesario adaptar el nombre, y a la par regular su contenido.

Hemos dicho que las medidas voluntarias previstas en el art. 255 CC pueden ser de presente. Sin embargo la autocuratela necesariamente es de futuro, pues instrumentalmente va dirigida a la hipótesis de que se tuviesen que adoptar medidas de apoyo judiciales.

El art. 271 CC afirma «en previsión de la concurrencia de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica». De ello se infiere que la propuesta es de futuro y que se hace en un momento en que la persona aún no se encuentra en situación de precisar apoyos para el ejercicio de su capacidad jurídica.

La escritura pública de constitución de la autocuratela tiene como contenido: a) el nombramiento de curador o exclusión de personas a tal fin; b) disposiciones sobre el funcionamiento y contenido de la curatela, tanto de naturaleza personal (cuidado de su persona), como patrimonial (administración y disposición de sus bienes); c) retribución del curador; d) la obligación o no de hacer inventario; e) salvaguardas de vigilancia y control y, en su caso, poder proponer la persona que se encargue de ello.

Como es instrumental de la hipotética decisión judicial, despliega su eficacia cuando hubiese lugar a esta.

Al constituir la autoridad judicial la curatela se encuentra vinculada por el contenido de la escritura pública de autocuratela (art. 272.I CC).

No obstante, la autoridad judicial podrá prescindir total o parcialmente de esas disposiciones voluntarias [...] 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 (art.272.II CC).

En esta etapa inicial tras la Ley 8/2021, aunque van existiendo numerosos trabajos en la doctrina científica e incluso decisiones en los tribunales, surge la interrogante si con el sistema que regulan los convenios de apoyo, los poderes y mandatos preventivos y la guarda de hecho para cuando sobrevenga la necesidad de apoyos, es eficaz la constitución de la curatela y, por ende, la medida voluntaria de la autocuratela.

Creo, no obstante, que sí será eficaz la autocuratela para quien sólo quiera contribuir y participar en el diseño de su curatela, si en el futuro tuviese necesidad de apoyos para el ejercicio de su capacidad jurídica.

Respecto a la forma, la designación de la autocuratela ha de constar en escritura pública.

Como en el resto de las medidas voluntarias el Notario comunicará de oficio y sin dilación el documento público que contenga las medidas de apoyo al Registro Civil para su constancia en el registro individual del otorgante.

Por su interés práctico, y para finalizar esta apretada síntesis de la autocuratela, se considera preciso la cita de los arts. 273 y 274 CC:

Si al establecer la autocuratela se propone el nombramiento de sustitutos al curador y no se concreta el orden de sustitución, será preferido el propuesto en el documento posterior. Si se proponen varios en el mismo documento, será preferido el propuesto en primer lugar.

Se podrá delegar en el cónyuge o en otra persona la elección del curador de entre los relacionados en escritura pública por la persona interesada.

Aplicando la nueva Ley 8/2021, la Sala Primera del Tribunal Supremo en la sentencia n.º 734/2021, en cuanto a la posibilidad legal de nombrar curador, afirma lo siguiente:

Las características, que delimitan jurídicamente la autocuratela, tal y como es concebida por la ley, son las siguientes:

I) Nos hallamos ante un negocio jurídico de derecho de familia, de carácter unilateral, pues proviene de la voluntad del otorgante, sin necesidad de concordarla con la propia de la persona designada, al tiempo de su otorgamiento.

II) Es personalísimo, pues pertenece exclusivamente a la esfera dispositiva de la persona interesada que la ejerce, en tanto en cuanto le compete la designación de la persona que, en virtud de su disponibilidad, solicitud, empatía, cercanía y afecto, considera más idónea para prestarle los apoyos precisos para el ejercicio de su capacidad jurídica en condiciones de igualdad; en definitiva, para acompañarla, asistirle o incluso excepcionalmente representarla, con la confianza que ejercerá dicho cargo con respeto a su voluntad, deseos, preferencias, creencias, valores y trayectoria vital (arts. 249 y 250 CC). Sin perjuicio, claro está, de la facultad de designar a una persona jurídica pública o privada que desempeñe tales funciones.

La ley prevé la posibilidad de que se delegue al cónyuge o a otra persona, la elección entre las llamadas en escritura pública a ejercer el cargo. No, por lo tanto, la designación del curador, sino la elección entre los escogidos por la persona interesada (art. 274 CC).

III) Es un negocio jurídico inter vivos, en tanto en cuanto desencadena sus efectos en vida de la persona con discapacidad, al ser concebida precisamente para el apoyo, acompañamiento amistoso, ayuda técnica, ruptura de barreras, consejo e incluso ejercitar excepcionalmente funciones representativas, cuando sea menester.

IV) Es solemne, puesto que su validez precisa que la voluntad se manifieste en escritura pública notarial, como las medidas voluntarias de apoyo (art.271 CC).

V) Vincula al juez al proceder al nombramiento de curador, sin perjuicio de que pueda prescindir de dicha designación mediante resolución motivada, por razones graves, desconocidas al tiempo del otorgamiento o por alteración de las circunstancias tenidas en cuenta en el momento de la designación, en los términos del párrafo segundo del art. 272 del CC.

VI) Es revocable, puesto que entra en el marco de las facultades dispositivas del otorgante dejar sin efecto una previa designación efectuada.

VII) Inscribible en el Registro Civil (art. 4-10º Ley 20/2011, de Registro Civil).

VIII) Por último, la facultad de la persona interesada no sólo se limita a la designación de quien vaya a ejercer las funciones de curador, incluso sus sustitutos (art. 273 CC), sino también contempla la opción de establecer las disposiciones, que se consideren oportunas con respecto al funcionamiento y ejercicio del cargo (art. 271 II CC).

## 6. GUARDA DE HECHO

---

6.1. La Ley 8/2021, de 2 de junio, ha modificado, según se ha expuesto, el Título XI del Libro Primero del Código Civil, que lo titula «De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica».

En el Capítulo I contiene las Disposiciones Generales, y en concreto el art. 250 las enuncia. Una de ellas es (párrafo cuarto): «La guarda de hecho

es una medida informal de apoyo que puede existir cuando no haya medidas voluntarias o judiciales que se estén aplicando eficazmente».

Hasta ahora había tenido un carácter transitorio y meramente instrumental hasta que se alcanzase una medida institucional de nombramiento judicial.

Se desconocía su protagonismo, a pesar de su indudable presencia *de facto* en nuestra sociedad. Quienes se encontraban en óptima situación de conocer la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad para asistirle en el ejercicio de su capacidad jurídica eran los familiares o allegados unidos con ella por relaciones de confianza. De ahí, que la nueva ley supere esa etapa y consagre la guarda de hecho como una medida más de apoyo.

El Preámbulo de la Ley 8/2021 afirma, como uno de los fines de la reforma,

el reforzamiento de la figura de la guarda de hecho, que se transforma en una propia institución jurídica de apoyo, para dejar de ser una situación provisional cuando se manifiesta como suficiente y adecuada para la salvaguarda de los derechos de la persona con discapacidad.

En el Capítulo III se ocupa de la regulación de la guarda de hecho y el art. 263 CC confirma lo expuesto, al prever:

Quien viniere ejerciendo adecuadamente la guarda de hecho de una persona con discapacidad continuará en el desempeño de su función incluso si existen medidas de apoyo de naturaleza voluntaria o judicial, siempre que estas no se estén aplicando eficazmente.

La autoridad judicial solo adoptará medidas si faltan esos presupuestos. Con esta medida de apoyo se persigue desjudicializar la vida de las personas con discapacidad, evitando injerencias del Estado, salvo que sean necesarias y proporcionadas.

Así el art. 269 CC establece que «La autoridad judicial constituirá la curatela mediante resolución motivada cuando no exista otra medida de apoyo suficiente para la persona con discapacidad», y qué duda cabe que esa otra medida puede ser la guarda de hecho.

En la práctica la guarda de hecho no ha ofrecido litigiosidad, pues la familia o allegados de la persona con discapacidad, unidos a ella por una estrecha relación de confianza, que se encargaban de prestarle los apoyos que necesitaba (de cuidado, de acompañamiento a actos cotidianos —mé-

dicos, farmacéuticos, entidades financieras— o de ejecutarlos por ella —compras, pagos—) cumplían eficazmente su misión.

Ahora bien, no se puede soslayar que esta figura actúa extramuros de controles y garantías, y naturalmente con riesgo de abuso.

El legislador es consciente de ello y en el séptimo párrafo del art. 250 CC contiene una prevención general, a saber: «Al determinar las medidas de apoyo se procurará evitar situaciones en las que se puedan producir conflictos de intereses o influencia indebida».

Y en el art. 265 CC contiene una especial:

A través de un expediente de jurisdicción voluntaria, la autoridad judicial podrá requerir al guardador en cualquier momento, de oficio, a solicitud del Ministerio Fiscal o a instancia de cualquier interesado, 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.

6.2. Una vez expuestas estas consideraciones conceptuales sobre la guarda de hecho, corresponde conocer su contenido, bien entendido que, por la índole del trabajo, se hará de modo sintético y sin profundizar en problemas que afloran en la doctrina científica y que los tribunales, en caso de litigio, habrán de decidir y fijar doctrina legal.

Obviamos los precedentes y retenemos sólo la nueva regulación, fruto de la reforma operada por la Ley 8/2021.

El art. 250 CC, según se ha dicho, la concibe como una medida de apoyo, sometida, por ende, a la regla establecida con carácter general en el art. 249 CC. Por tanto, el contenido preferente será asistencial y, sólo excepcionalmente, será precisa la representación.

En efecto, el art. 249 CC dispone que

En casos excepcionales, cuando pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona, las medidas de apoyo podrán incluir funciones representativas.

Y, aun siendo así,

en el ejercicio de esas funciones se deberá tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, y sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación.

Esta excepcionalidad tiene previsión especial para el guardador, de hecho en el art. 264 CC. establece que

Cuando, excepcionalmente se requiera la actuación representativa del guardador de hecho, éste habrá de obtener la autorización para realizarla a través del correspondiente expediente de jurisdicción voluntaria, en el que se oír 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. La autorización podrá comprender uno o varios actos necesarios para el desarrollo de la función y deberá ser ejercitada de conformidad con la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad. En todo caso, quien ejerza la guarda de hecho deberá recabar autorización judicial conforme a lo indicado en el párrafo anterior para prestar consentimiento en los actos enumerados en el artículo 287. No será necesaria autorización judicial cuando el guardador solicite una prestación económica a favor de la persona con discapacidad, siempre que ésta no suponga un cambio significativo en la forma de vida de la persona, o realice actos jurídicos sobre bienes de esta que tengan escasa relevancia económica y carezcan de significado personal o familiar. La autoridad judicial podrá acordar el nombramiento de defensor judicial para aquellos asuntos que por su naturaleza lo exijan.

Existe una laguna legal sobre cuáles serán las consecuencias del acto representativo celebrado sin autorización judicial cuando sea precisa.

La doctrina ofrece respuestas al respecto, en las que no nos detenemos por las razones ya expuestas sobre la naturaleza del trabajo. Solo dejamos constancia de su existencia.

**6.3.** Según el art. 266 CC «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».

A pesar de que se trata de una medida de apoyo informal, esto es, no constituida formalmente, sin embargo, el legislador ha previsto su extinción en cuatro supuestos que enumera en el art. 267 CC.

## **7. MEDIDAS JUDICIALES**

---

Las medidas formales adoptadas por la autoridad judicial son el defensor judicial y la curatela.

## 7.1. DEFENSOR JUDICIAL

La figura del defensor judicial no es novedosa, si bien en la Ley 8/2021 se amplía al supuesto 5º que recoge el art. 295 CC, que se transcribirá más adelante.

El art. 250, párrafo 6º, CC prevé que «El nombramiento de defensor judicial como medida judicial formal de apoyo procederá cuando la necesidad de apoyo se precise de forma ocasional, aunque sea recurrente».

Los supuestos en que procede su nombramiento los enumera en el art. 295 CC, y son los siguientes:

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 consideren 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.

5º. Cuando la persona con discapacidad requiera el establecimiento de medidas de apoyo de carácter ocasional, aunque sea recurrente.

El nombramiento lo hace la autoridad judicial, una vez oída la persona con discapacidad, que recaerá sobre quien sea más idóneo para respetar, comprender e interpretar la voluntad, deseos y preferencias de aquella.

El art. 296 CC establece que no se nombrará defensor judicial si el apoyo se ha encomendado a más de una persona, salvo que ninguna pueda actuar o la autoridad judicial motivadamente considere necesario el nombramiento.

El art. 298 CC establece que «En el nombramiento se podrá dispensar al defensor judicial de la venta en subasta pública, fijando un precio mínimo, y de la aprobación posterior de los actos». Ahora bien, una vez realizada la gestión, el defensor judicial deberá rendir cuentas de ella.

## 7.2. LA CURATELA

El Capítulo IV del Título XI del Libro Primero se titula «De la curatela».

La Sección 1ª contiene Disposiciones Generales y la Sección 2ª, que se divide en dos Subsecciones, tiene como contenido la regulación de la autotutela y del nombramiento del curador.

Vamos a examinar solamente, de forma sucinta, la curatela.

**7.2.1.** Ya decíamos en el planteamiento de este trabajo, que esta ley deroga el régimen de incapacitación y tutela configurado por la ley 13/1983, de 24 de octubre, e introduce una reforma de gran calado.

Una modificación sustancial es que reserva la tutela sólo para los menores de edad y elige la curatela como medida judicial de apoyos. Como declara la STS, Sala 1ª, n.º 589/2021, de 8 de septiembre, «[...] el anterior régimen de guarda legal (tutela y la curatela), para quienes precisan el apoyo de modo continuado, ha sido reemplazado por la curatela [...]». Añade que «la reforma ha suprimido la tutela y concentra en la curatela todas las medidas judiciales de apoyo continuado».

**7.2.2.** En atención a la concisión del trabajo, ya reiterada, vamos a exponer, como método, el articulado de la Sección 1ª sobre Disposiciones Generales, sin adentrarnos en debates doctrinales que son objeto de tratamiento riguroso en foros especializados en la materia.

El párrafo primero del art. 268 CC reitera principios ya recogidos en las Disposiciones Generales comunes. Dispone que

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.

Tales principios son el de necesidad, el de proporcionalidad, el de autonomía y el de temporalidad. El de necesidad se ha de entender en un doble sentido, general y singular. Con carácter general se infiere del párrafo quinto del art. 250 CC, al disponer que la curatela «[...] se aplicará a quienes precisen el apoyo de modo continuado».

Ahora bien, puede suceder que exista esa situación y, sin embargo, no se aplique la curatela, pues el art. 269 CC prevé que «la autoridad judicial constituirá la curatela mediante resolución motivada cuando no exista otra medida de apoyo suficiente para la persona con discapacidad».

Por tanto, el juez, antes de acordar medidas judiciales de apoyo, debe valorar las circunstancias de la persona, a efectos de dificultades psíquicas

que padezca para el ejercicio de su capacidad jurídica, y, de ser así, y precisar apoyo, singularizar para qué actuaciones.

Una vez constatada que la persona necesita medidas de apoyo, ha de indagar si es necesaria su adopción, esto es, acreditar la inexistencia de medidas voluntarias o informales que se estén aplicando eficazmente, pues si existiesen y cubriesen los apoyos precisos, no sería necesaria aplicar la curatela.

Tras ser despejada la necesidad, el art. 268 CC exige que sean proporcionadas a las necesidades de la persona que las precise. Para comprender adecuadamente tal principio, debe interrelacionarse el precepto con el art. 269 CC. En este se especifica que, a la hora de concretar los actos para los que precisa la persona apoyos del curador, se haga «[...] atendiendo a sus concretas necesidades de apoyo».

El legislador se está representando actos asistenciales, pues a continuación dispone que

sólo en los casos excepcionales en los que resulte imprescindible por las circunstancias de la persona con discapacidad, la autoridad judicial determinará en resolución motivada los actos concretos en los que el juzgador habrá de asumir la representación de la persona con discapacidad.

Por tanto, por mor del principio de proporcionalidad, la función representativa del curador se prevé como excepcional.

El art. 268 CC exige que en las medidas a tomar se respete siempre la máxima autonomía de la persona que las precise en el ejercicio de su capacidad jurídica y se atienda en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias. Este principio late en toda la regulación de la Ley 8/2021.

Para que se atienda a su voluntad el procedimiento previsto para la adopción de medidas dispone que el juez oiga a la persona con discapacidad. Pero ello no significa que quede vinculado por la voluntad o deseos de esa persona, pues puede suceder que el juez aprecie que la enfermedad le impide ser consciente de su toma de decisiones, con lo que si se atendiese a sus deseos se vería perjudicado en sus intereses personales o patrimoniales. Es preciso ponderar entre deseo e interés protegible para la persona con discapacidad.

La consecuencia es que si la persona con discapacidad se negase a la adopción de cualesquiera medidas de apoyo, el procedimiento, que es de jurisdicción voluntaria, se convertiría en contencioso.

Finalmente el art. 268 CC incluye el principio de temporalidad, pues prevé que las medidas serán revisadas periódicamente en un plazo máximo de tres años. No obstante, y como excepción, la autoridad judicial, de forma motivada, bien en el procedimiento de provisión, bien, en su caso, en el de modificación de apoyos, puede establecer un plazo de revisión superior, siempre que no exceda de seis años. Ello no empece, según el precepto, a que se revisen cuando así lo requiera cualquier cambio en la situación de la persona.

Esta revisión participa de la filosofía que inspira el art. 270 CC:

La autoridad judicial establecerá en la resolución que constituye 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 podrá exigir en cualquier momento al curador que, en el ámbito de sus funciones, informe sobre la situación personal o patrimonial de aquella.

Sin perjuicio de las revisiones periódicas de estas resoluciones, el Ministerio Fiscal podrá recabar en cualquier momento la información que considere necesaria a fin de garantizar el buen funcionamiento de la curatela.

El art. 269 CC exige que en la resolución judicial en ningún caso podrá incluirse «la mera privación de derechos».

Hasta la LO 2/2018, de 5 de diciembre, para la modificación de la LO 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, se permitía privar del derecho de sufragio a la persona con discapacidad, lo que era muy cuestionado. La citada ley suprimió esa facultad de privar del derecho de sufragio a la persona con discapacidad, pero tal privación tampoco sería ya posible, al día de hoy, con la nueva norma del Código Civil.

**7.2.3.** En lo referente al nombramiento de curador ya se expuso, cuando se trató la autotutela, de las proposiciones que, al efecto, podía incluir la persona en la escritura pública, para la previsión hipotética de necesitar en el futuro medidas de apoyo judiciales en el marco de la curatela.

En defecto de tales propuestas, el legislador establece en el art. 276 CC un orden de personas llamadas a ser nombradas curador. Ese orden puede ser alterado por la autoridad judicial, pero tras oír a la persona que precise apoyo.

Si tras oírlo no resulta clara su voluntad, la autoridad judicial puede alterar el orden legal y nombrar a la persona más idónea para comprender e interpretar su voluntad, deseos y preferencias.

Cuando existan circunstancias que lo justifiquen, el art. 277 CC permite el nombramiento de más de un curador. En concreto, y es digno de resaltar, puede proponer un curador de la persona y un curador de los bienes.

Con independencia de que el art. 275 CC disponga quiénes no pueden ser curadores, por ser inhábiles para el cargo, el art. 278 CC prevé la remoción del curador ya nombrado, cuando concurren las circunstancias que establece. Tal remoción, a través de un expediente de jurisdicción voluntaria, podrá decretarla la autoridad judicial de oficio o a solicitud de la persona a cuyo favor se estableció el apoyo o del Ministerio Fiscal.

Diferente de la figura de la remoción es que el llamado a ser curador se excuse de ser nombrado, o se excuse de continuar ejerciendo la curatela, una vez que se encuentre ejerciéndola, previsiones que establece y regula el art. 279 CC.

**7.2.4.** La Sección 4ª se ocupa de la extinción de la curatela y la Sección 3ª del ejercicio de ella. Pero ambas cuestiones, así como el tratamiento de los actos y negocios (patrimoniales, derecho de la persona y de la familia) o actos derecho sucesorio, celebrados por la persona con discapacidad psíquica, quedan fuera del trabajo, a pesar de su interés jurídico y práctico, por no permitirlo el propósito esquemático perseguido y afirmado en el frontispicio del mismo, en atención a la limitación de su extensión.

No obstante, y a los solos efectos de su cita, cabe recordar, según se expuso, cómo la Sala Civil (Sala 1ª) del Tribunal Supremo, haciéndose eco de la Convención, se pronunció al respecto en materia de derecho sucesorio (STS n.º 146/2018, de 15 de abril) y matrimonial (STS n.º 145/2018, de 15 de abril).

También queremos dejar constancia que, por su importancia práctica en el tráfico jurídico, y no solo teórica, el derecho a la contratación de las personas con discapacidad está mereciendo el estudio y reflexión de la doctrina, tras la publicación de la Ley 8/2021, de 2 de junio, de reforma de la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

Será una materia que, con toda seguridad, llegará a nuestros tribunales.