



**COMILLAS**  
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

**EL EJERCICIO DE LA CURATELA EN EL PROYECTO  
DE LEY DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL EN  
MATERIA DE CAPACIDAD MODIFICADA**

Autor: Paloma Cid Pérez

5º E3-A

Derecho Civil

Tutor: José María Ruiz de Huidobro de Carlos

Madrid

Abril 2021

## **RESUMEN**

La Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, celebrada en Nueva York en 2006, ha suscitado una revisión legal y doctrinal sobre el concepto de discapacidad y los derechos de las personas que no tienen plena capacidad de autogobierno.

Mediante la reforma del Código Civil introducida por el Proyecto de Ley 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, se pretende sustituir el sistema vigente actualmente, donde predomina la sustitución en la toma de decisiones que afectan a las personas con discapacidad, por otro fundado en la asistencia o el apoyo con el respeto a la voluntad y a las preferencias de la persona, de forma que se reconozca a las personas con discapacidad iguales ante la ley, con personalidad y capacidad jurídica en todos los aspectos de la vida, y en igualdad de condiciones que los demás ciudadanos.

El presente trabajo de investigación, tras exponer los sistemas que el ordenamiento jurídico actual ofrece a las personas que sufren una falta de discernimiento, estudiará las modificaciones introducidas por dicho Proyecto de Ley y los efectos que acarrearán en el sistema actual.

**Palabras clave:** autogobierno personal, Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, curatela, discapacidad, sistema de apoyos.

## **ABSTRACT**

The International Convention on the Rights of Persons with Disabilities, held in New York in 2006, has prompted a legal and doctrinal review of the concept of disability and the rights of individuals who do not have full capacity for self-government.

Through the reform of the Civil Code introduced by the Legislative Proposal reforming civil and procedural legislation to support people with disabilities in the exercise of their legal capacity, the aim is to replace the system currently in force, where substitution predominates in decision-making affecting people with disabilities, with another based on assistance or support with respect for the will and preferences of the person, so that

disabled people are recognized as equal before the law, with personality and legal capacity in all aspects of life, and on an equal footing with other citizens.

This essay, after exposing the systems that the current legal system offers to people who suffer from a lack of discernment, will study the modifications introduced by said Proposal and the effects that they will have on the current system.

**Keywords:** personal self-governance, International Convention on the Rights of Persons with Disabilities, guardianship, disability, Legislative Proposal, support system, personal will.

## ÍNDICE

1.	INTRODUCCIÓN.....	6
1.1.	<b>Importancia del tema .....</b>	<b>6</b>
1.2.	<b>Objetivos generales y particulares .....</b>	<b>7</b>
1.3.	<b>Metodología.....</b>	<b>7</b>
1.4.	<b>Plan de exposición.....</b>	<b>8</b>
2.	NOCIONES GENERALES: SISTEMAS DE PROTECCIÓN.....	9
2.1.	<b>Instituciones .....</b>	<b>10</b>
2.2.	<b>Mecanismos de apoyo.....</b>	<b>12</b>
3.	REGULACIÓN ACTUAL DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD EN EL CÓDIGO CIVIL.....	17
3.1.	<b>Patria potestad prorrogada o rehabilitada y sistema de representación legal.....</b>	<b>17</b>
3.2.	<b>Curatela .....</b>	<b>23</b>
4.	PROYECTO DE LEY DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL .....	24
4.1.	<b>Convención de Nueva York sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad .....</b>	<b>24</b>
4.1.1.	Antecedentes de la Convención.....	26
4.1.2.	Ejercicio de la capacidad jurídica: artículo 12 CDPD.....	27
4.2.	<b>Adaptación del ordenamiento jurídico español a la CDPD.....</b>	<b>31</b>
4.2.1.	Principios inspiradores de la CDPD .....	31
4.2.2.	La curatela como institución de protección primaria en el Proyecto de Ley.....	31
4.2.3.	El ejercicio de la curatela en el Proyecto de Ley.....	35
4.2.4.	La protección de las personas con discapacidad sometidas a la curatela después del Proyecto de Ley .....	39
5.	CONCLUSIONES.....	45
	BIBLIOGRAFÍA .....	48
	ANEXO .....	52

## **ABREVIATURAS**

CC

Código Civil

CDPD

Convención de Nueva York sobre los  
Derechos de las Personas con  
Discapacidad

STS

Sentencia del Tribunal Supremo

# 1. INTRODUCCIÓN

## 1.1. Importancia del tema

Nuestro ordenamiento jurídico se inspira en determinados principios que salvaguardan la integridad de los derechos de las personas. Uno de los principales objetivos del Estado social y democrático de Derecho es lograr los mayores niveles de igualdad real posible entre los ciudadanos, por lo que trata de alcanzar una plena integración y participación en la sociedad de todos sus miembros, incluidos aquellos que, como consecuencia de una deficiencias o discapacidad, tienen su capacidad modificada judicialmente<sup>1</sup>.

Es tal la relevancia que gira en torno a la protección de aquellos que tienen su capacidad modificada judicialmente como consecuencia de deficiencias inherentes a su persona, que la aprobación, en 2006, de la Convención de Nueva York sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), ha suscitado una revisión legal y doctrinal sobre los preceptos relativos a la capacidad modificada.

El tema escogido para la elaboración de este trabajo de investigación es de suma trascendencia, ya que, según los datos proporcionados por el Instituto Nacional de Estadística en su última encuesta, el número de personas sufriendo una discapacidad o limitación en 2008 era de 3,85 millones, de los cuales 2,8 millones ven afectada su capacidad de realizar las actividades básicas de la vida diaria, representando el 6,7% de la población.

Cabe asimismo destacar el hecho de que la deficiencia que provoca el mayor número de discapacidades por persona es la mental, responsable de un 11,6% de las discapacidades totales<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Ruiz de Huidobro de Carlos, J. M.<sup>a</sup>, *Derecho de la Persona. Introducción al Derecho Civil*. Dykinson, Madrid, 2018, 2º ed., p. 246.

<sup>2</sup> “Panorámica de la discapacidad en España. Encuesta de Discapacidad, Autonomía personal y situaciones de Dependencia” *Boletín Informativo del Instituto Nacional de Estadística (INE)*, n.10/2009, pp.2-3. (Recuperado de: <https://www.ine.es/revistas/cifraine/1009.pdf>; última consulta 02/03/21).

## 1.2. Objetivos generales y particulares

Los objetivos que se pretenden desarrollar mediante el presente trabajo de investigación son:

**Primero.-** Analizar las instituciones y mecanismos de apoyo puestos a disposición por el ordenamiento jurídico para la protección de aquellas personas que sufren una discapacidad moderada o severa, que impida a la persona gobernarse por sí misma, de forma que precise representación legal.

**Segundo.-** Estudiar la regulación vigente de la persona con discapacidad en el Código Civil. Concretamente, se analizará la normativa referente a la patria potestad prorrogada o rehabilitada, la tutela y la curatela.

**Tercero.-** Exponer los antecedentes y causas alentadoras de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. De forma más concreta, se analizará el contenido del artículo 12 CDPD y su función en el desarrollo del Proyecto de Ley 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.

**Cuarto.-** Desarrollar una comparación exhaustiva entre los preceptos contenidos en el Código Civil (CC) relativos a la capacidad modificada y el ya citado Proyecto de Ley. Concretamente, se analizarán las reformas introducidas por dicho Proyecto en relación con el ejercicio de la curatela, exponiéndose posteriormente las consecuencias que dicha reforma planteará en el sistema de protección jurídica de las personas con discapacidad.

## 1.3. Metodología

Con la intención de lograr los objetivos expuestos *supra*, la metodología que se empleará a lo largo del Trabajo de Fin de Grado consistirá en el método positivista legalista, consistente en el análisis y revisión de Derecho positivo.

Concretamente, se llevará a cabo una búsqueda y revisión de informes, manuales y legislación, de forma que se pueda llevar a cabo una correcta comprensión y análisis de las modificaciones introducidas por el Proyecto de Ley 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.

La legislación será una fuente muy empleada, donde se destaca, sobre todo, el Código Civil y el Proyecto de Ley 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, además del texto legal aprobado en la Convención, ya que es la base del marco jurídico objeto del trabajo de investigación.

En cuanto a la doctrina empleada, se hará uso de manuales de Derecho la Persona, además de artículos publicados en la Revista de Derecho Civil, de forma que ayuden a una mejor comprensión de las figuras jurídicas estudiadas a lo largo del ensayo.

#### **1.4. Plan de exposición**

El trabajo de investigación estará estructurado en cinco apartados principales, de los cuales el primero ya ha sido expuesto anteriormente.

El segundo apartado, Sistemas de Protección, se encuentra a su vez dividido en dos epígrafes, donde, además de exponer los conceptos fundamentales para la comprensión del trabajo, se explicarán las instituciones y los mecanismos de apoyo que el ordenamiento jurídico pone a disposición de aquellas personas que tienen su capacidad limitada judicialmente a causa de una deficiencia.

En el tercer capítulo, aunque se hará alusión a la tutela, se acotará el estudio de la problemática, centrándonos sobre todo en la figura de la curatela. Dado que el Proyecto de Ley 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 ha dado pie a una reordenación y reestructuración de todo el sistema de protección, reservando la tutela para los menores de edad y la curatela para las personas con discapacidad, se analizará la redacción actual de esta institución en el Código Civil, prestando especial atención a los artículos relativos al ejercicio de la misma.

En el capítulo referente al estudio del Proyecto de la Reforma de Ley, se abordará inicialmente la *occasio legis* de la reforma, la CDPD. Posteriormente, se compararán las novedades que este Proyecto de Ley pretende introducir y la redacción actual del CC en

materia de capacidad jurídica modificada y se expondrán las posibles consecuencias que la aprobación del citado Proyecto de Ley pueda producir en el ámbito de la curatela.

Finalmente, se formularán las conclusiones obtenidas a lo largo del trabajo de investigación.

## 2. NOCIONES GENERALES: SISTEMAS DE PROTECCIÓN

Con anterioridad al desarrollo de las instituciones y mecanismos de apoyo que el ordenamiento jurídico establece para amparar los derechos de las personas con discapacidad, se deben primeramente exponer las diferencias que el sistema jurídico español hace entre los conceptos de capacidad jurídica y capacidad de obrar.

Si bien la distinción que se expondrá en este apartado corresponde a la doctrina clásica que hasta ahora se ha utilizado en Derecho, es importante tener en cuenta que la misma es puesta en cuestión por la CDPD y la interpretación de su artículo 12, controversia que se estudiará a lo largo del trabajo de investigación mediante su revisión legal.

En este sentido, el sistema tradicional distingue claramente la capacidad jurídica de la capacidad de obrar. No obstante, el nuevo sistema recogido en el Proyecto de Ley se refiere más bien a la capacidad jurídica y al ejercicio de dicha capacidad jurídica, de forma que evita la posibilidad de modificación de la capacidad de obrar e introduce un sistema de apoyos para suplir la falta de discernimiento cuando sea necesario.

Ruiz de Huidobro define la capacidad jurídica como *“la aptitud o idoneidad genérica para ser titular de derechos y obligaciones o, en general para ser sujeto de relaciones jurídicas”*. Se trata de una condición inherente a la personalidad, y, en virtud de los principios de libre desarrollo de la personalidad, de igualdad y de no discriminación, la capacidad jurídica in abstracto que tienen los individuos es igual para todos<sup>3</sup>.

Por otro lado, la aptitud o capacidad, en concreto, para realizar actos jurídicos válidos y asumir, en consecuencia, derechos u obligaciones específicas, como pueden ser otorgar un testamento, comparecer en concepto de testigo, intervenir en calidad de fiador, contraer matrimonio, o ser constreñido a la devolución de un préstamo, se denomina

---

<sup>3</sup> Ruiz de Huidobro de Carlos, J. M.<sup>a</sup>, *Derecho de la Persona. Introducción al Derecho Civil*, Cit., pp. 156-157.

capacidad de obrar<sup>4</sup>. Por lo tanto, desde la perspectiva práctica del tráfico jurídico, el grado mínimo de discernimiento exigido al individuo para llevar a cabo un determinado acto jurídico opera como requisito de su eficacia<sup>5</sup>.

En virtud de las definiciones expuestas *supra*, cabe relacionar la capacidad jurídica con el poder de titularidad, mientras que la capacidad de obrar tiene una mayor relación con el poder de ejercicio.

Para una mejor comprensión, se debe destacar el hecho de que la capacidad jurídica no admite grados, es decir, se tiene o no se tiene, mientras que la capacidad de obrar sí puede ser graduada. De esta manera, el mayor de edad tiene un grado de capacidad de obrar muy superior al menor de edad, o las personas con capacidad de obrar limitada tienen, de manera personalizada, el grado de capacidad de obrar reconocido en la sentencia de incapacitación, que, según Fernández de Buján, *oscilará entre la privación y la limitación en su ejercicio, conforme a la graduación de su extensión, si bien no parece que la persona pueda resultar privada, en puridad, de la totalidad de su capacidad de obrar*<sup>6</sup>.

## 2.1. Instituciones

El sistema jurídico español pone al alcance de los ciudadanos diversas instituciones para proteger a aquellas personas que no son capaces de valerse por sí mismas.

En este epígrafe se procederá a la exposición de las instituciones de protección, que han planteado diversas pluralidades y criterios de clasificación y operatividad. El criterio más significativo que ayuda a establecer una distinción entre estas instituciones gira en torno a la vinculación de la misma con los lazos familiares o si, de lo contrario, se trata de una institución de carácter judicial.

En primer lugar, encontramos la figura de la patria potestad sobre los hijos menores, subsidiariamente a la tutela. Se trata de la función tuitiva que recae sobre los padres

---

<sup>4</sup> Fernández de Buján, A., “Capacidad. Discapacidad. Incapacitación. Modificación judicial de la capacidad”, *Repositorio UAM*, 2011, p. 54 (disponible en [https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/13721/64396\\_4.pdf?sequ](https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/13721/64396_4.pdf?sequ); última consulta 12/02/2021).

<sup>5</sup> Ruiz de Huidobro de Carlos, J. M.<sup>a</sup>, *Derecho de la Persona. Introducción al Derecho Civil*. Dykinson, Madrid, 2016, p. 158.

<sup>6</sup> Fernández de Buján, A., “Capacidad. Discapacidad. Incapacitación. Modificación judicial de la capacidad”, *Cit.*, p. 54 (disponible en [https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/13721/64396\\_4.pdf?sequ](https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/13721/64396_4.pdf?sequ); última consulta 12/02/2021).

respecto de sus hijos, función que se despliega tanto en el ámbito personal como en el patrimonial.

La patria potestad es una consecuencia legal de la relación paterno-filial, y se concibe como un sistema de protección, cuidado, asistencia física, moral y educación y un medio de suplir la incapacidad de un hijo menor no emancipado y de los mayores de edad cuya capacidad de obrar se encuentra limitada. Además, al tratarse de un ejercicio obligatorio de función social al servicio del hijo de quien la ostenta, no se alude a un derecho subjetivo del patriarca familiar o de ambos progenitores, sino a una potestad en sentido técnico<sup>7</sup>.

Según Albaladejo, la patria potestad es la institución jurídica mediante la cual los padres ostentan una serie de facultades a través de las cuales se garantiza la buena protección y formación de sus hijos<sup>8</sup>.

En la misma línea de reflexión, la STS de 24 de abril de 2000, afirma que «*La patria potestad es una función al servicio de los hijos, que entraña fundamentalmente deberes a cargo de los padres, encaminados a prestarles asistencia de todo orden [...]*»<sup>9</sup>. En dicha sentencia se afirma que la patria potestad es una institución jurídica de protección, de educación, de cuidado y un medio para subsanar la falta de discernimiento. Además, en ella se enfatiza la defensa del interés del menor.

Dentro de esta función tuitiva, conviene también hacer alusión a la figura de la patria potestad prorrogada y la patria potestad rehabilitada.

Si bien la patria potestad se extingue cuando el hijo cumple la mayoría de edad, dicha figura se puede ver prorrogada en casos en los que se declare la incapacidad de los hijos. En este supuesto, los hijos que no son capaces de valerse por sí mismos aún habiendo alcanzado la mayoría de edad, continuarán bajo la custodia de sus padres.

---

<sup>7</sup> Acuña San Martín, M., “Cambios en la patria potestad y en especial de su ejercicio conjunto”, *Revista de derecho (Valdivia)*, vol. 28, n.1, 2015, pp. 56-57.

<sup>8</sup> Albaladejo García, M., *Curso de Derecho Civil, Derecho de Familia IV*, Edisofer, Madrid, 2009, p. 280.

<sup>9</sup> Sentencia núm. 415/2000 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 24 de abril.

De la misma manera, puede ocurrir que la patria potestad se haya extinguido al cumplir los hijos la mayoría de edad, pero, como consecuencia de determinados acontecimientos, se precisa nuevamente, lo que conlleva a la rehabilitación de la patria potestad.

En este sentido, es importante recalcar la diferencia existente entre la patria potestad prorrogada y la patria potestad rehabilitada. El contraste radica en el momento en que haya tenido lugar la limitación a la capacidad de obrar del menor, de forma que la patria potestad se ve prorrogada cuando la capacidad de éste se ve limitada judicialmente mientras es menor, pero cuando la limitación tiene lugar siendo mayor de edad, la patria potestad ejercida por los progenitores se ve rehabilitada judicialmente<sup>10</sup>.

En el plano caracterizado por tener un componente menos familiar, destaca el sistema de la tutela cuando se requieren funciones de representación, y la curatela cuando la protección es puramente de asistencia. Cabe tener en cuenta que estas figuras serán desarrolladas en el capítulo tercero del presente trabajo de investigación.

No obstante, se debe hacer alusión al hecho de que, en el régimen actual, la tutela supone una institución de protección consistente en la representación legal, mientras que la curatela es un régimen de protección donde el curador asiste al protegido, es decir, actúa con él.

Si bien se parte de que tanto la tutela como la curatela están inspiradas en el respeto, la dignidad y la protección de los derechos fundamentales de la persona con falta de discernimiento, también están fundadas en una serie de principios. Dichos principios son: necesidad, temporalidad, proporcionalidad y personalización de la medida. En este sentido, cabe tener en cuenta que, la resolución en que se provea la curatela como medida de apoyo debe prever la revisión periódica de la misma en un plazo máximo de 3 años<sup>11</sup>.

## **2.2. Mecanismos de apoyo**

A lo largo de este epígrafe se analizarán los mecanismos que el ordenamiento jurídico pone a disposición de aquellos que tienen su capacidad modificada judicialmente, con el

---

<sup>10</sup> 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>; última consulta 12/02/2021).

<sup>11</sup> Munar Bernat, P., A., “La curatela: Principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad”, *Revista de Derecho Civil*, vol. 5, n. 3, 2018, pp. 132-133.



*supuesto de incapacidad (...) sino sólo de limitación de la capacidad de obrar [basada en] la necesidad de protección del menor y en la existencia de previa capacidad de obrar de toda persona»<sup>14</sup>.*

Es fundamental recalcar en este sentido que las nuevas reformas introducidas por el Proyecto de Ley tratan de evitar el concepto de capacidad de obrar, por lo que entendemos que la minoría de edad no es un supuesto de incapacidad, pero sí supone una limitación a la posibilidad de realizar actos jurídicos con plena eficacia por sí mismo. Esto implica que el menor necesita apoyo de su representante legal para poder llevar a cabo determinadas acciones, ya que el legislador entiende que tiene una falta de discernimiento.

En este sentido, cabe tener en cuenta la situación de los menores emancipados. En virtud del artículo 323 CC, *la emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor; pero hasta que llegue a la mayor edad no podrá el emancipado tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor sin consentimiento de sus padres y, a falta de ambos, sin el de su curador*. Por lo tanto, la emancipación provoca una ampliación en la capacidad de obrar de la persona, según la doctrina tradicional. De esta forma, si bien el menor emancipado cuenta con una serie de restricciones, se amplía su capacidad y adquiere independencia personal y patrimonial, de manera que se encuentra en una situación intermedia entre la plena capacidad y la minoría de edad<sup>15</sup>. No obstante, es importante tener en cuenta que, según el Proyecto de Ley, esta concepción será modificada, como se estudiará a lo largo del trabajo de investigación.

La segunda circunstancia modificativa es la modificación judicial de dicha capacidad. El fundamento y naturaleza de la modificación de la capacidad giran en torno a la deficiencia de capacidad natural que dificulta o imposibilita el autogobierno y conlleva que persona no pueda gobernarse por sí misma. Es fundamental en este sentido hacer hincapié en el hecho de que no es exactamente lo mismo la discapacidad (que causa la deficiencia de la capacidad natural) que la modificación de la capacidad, ya que puede ocurrir que una persona manifiestamente incapaz para gobernarse por sí misma no haya tenido su

---

<sup>14</sup> Rodríguez-Ynyesto Valcárce, A., *La prodigalidad en el nuevo sistema civil de la capacidad de obrar de la persona*, Aranzadi, Pamplona, 1990, p. 63.

<sup>15</sup> *Ibidem* p. 64.

capacidad modificada por cualquier motivo. Como con anterioridad a la declaración judicial de modificación de la capacidad se presume la capacidad de ejercicio de toda persona, los actos de la persona cuya capacidad debería haber sido modificada judicialmente pero no lo ha sido, gozan de apariencia de validez. No obstante, si esos actos se han realizado en estado de incapacidad para entender y/o querer, serán nulos por falta de declaración de voluntad válida<sup>16</sup>.

La tercera y última causa modificativa de capacidad es la prodigalidad. La declaración judicial de prodigalidad tiene como objetivo limitar la capacidad de administración del patrimonio del presunto pródigo, para proteger a aquellas personas que tengan una dependencia económica del mismo<sup>17</sup>.

Es interesante hacer alusión al hecho de que, según juristas de reconocido prestigio como Castán Vazquez o Diez-Picazo y Gullón, la reforma en 1983 del Código Civil eliminó la prodigalidad como causa de incapacitación y de sometimiento a tutela, de tal forma que únicamente se le puede someter a la curatela. Según la concepción tradicional que posteriormente será modificada por el Proyecto de Ley, al no ser la prodigalidad causa de incapacitación, limitará la posibilidad de actuación del pródigo<sup>18</sup>.

Una vez expuestas las causas modificativas de capacidad, cabe hacer referencia a los mecanismos de apoyo disponibles para aquellas personas que no pueden ejercer la totalidad de sus derechos, o, pudiendo ejercitarlos necesitan asistencia dado que tienen su capacidad modificada judicialmente y deben suplir esa falta de discernimiento.

Existen dos sistemas para suplir la deficiencia de discernimiento en nuestro ordenamiento jurídico: la tutela y la curatela. Si bien estos dos sistemas serán estudiados exhaustivamente en el epígrafe siguiente, en este apartado se desarrollarán los sistemas que subyacen a dichos mecanismos, que son la sustitución o representación legal y la asistencia.

El sistema de sustitución o representación legal se aplica en Derecho a los menores no emancipados y a aquellas personas que, en virtud de una sentencia judicial, han sido

---

<sup>16</sup> *Ibíd*em, p. 67.

<sup>17</sup> Carrión Olmos, S., "Prodigalidad y adicciones", *Revista española de drogodependencias*, vol. 35, n.2, 2010, p. 238.

<sup>18</sup> Rodríguez-Ynyesto Valcárce, A., *La prodigalidad en el nuevo sistema civil de la capacidad de obrar de la persona*, Cit., pp. 68-72.

incapacitadas totalmente. Si bien la incapacitación puede ser graduada, en este trabajo será agrupada en dos categorías: incapacitación total, que conlleva el sistema de representación legal, e incapacitación parcial, cuya falta de autogobierno se suple mediante la asistencia<sup>19</sup>.

Los mecanismos que suplen la falta de discernimiento de estas personas pueden ser: la patria potestad, la patria potestad prorrogada o rehabilitada y la tutela. Es conveniente en este marco destacar su trascendencia y configuración como instituciones familiares o cuasi-familiares.

El ordenamiento jurídico ofrece los medios para que tales incapaces sean sustituidos en el gobierno y defensa de sus obligaciones y responsabilidades por un representante legal (padres o tutor), quien goza de las facultades para realizar los actos precisos de la buena gestión de los intereses que tiene encomendados. No obstante, no podrá llevar a cabo todos los actos no personalísimos que podría realizar el incapaz si fuera capaz.

Además, cabe tener en cuenta que el representado continúa siendo titular de su patrimonio, percibiendo los beneficios o experimentando las pérdidas y respondiendo en ocasiones por los perjuicios causados por la actuación de su representante. Quedan excluidos del ámbito de la representación legal los actos y negocios personalísimos<sup>20</sup>.

En cuanto al sistema de asistencia, se debe destacar que es aquel mecanismo que se aplica a menores emancipados, incapacitados con incapacitación parcial y pródigos. El complemento al autogobierno que necesitan los individuos englobados en las citadas categorías viene dado en general por la curatela.

La intensidad del régimen de asistencia determina la “intervención” del curador (o de los padres), que tiene por objeto la “asistencia” de la persona, traduciéndose en el “consentimiento” para determinados actos patrimoniales<sup>21</sup>.

Por lo tanto, en los supuestos de asistencia, el sujeto actúa por sí mismo y no cuenta con un representante legal que lo pueda hacer en su lugar, pero para la plena validez del acto es necesario el asentimiento de otra persona. Por consiguiente, el asentimiento del curador

---

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 72.

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 73.

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 75.

es necesario para que el acto produzca plena eficacia, pero el consentimiento propio del individuo sometido a curatela es el esencial y válido.

En último término, cabe hacer alusión a la figura del defensor judicial, regulada en los artículos 299 a 302 del Código Civil. Esta figura interviene en aquellos supuestos en los que existe conflicto de interés, presumiendo que existe un riesgo de que las personas que ostentan la patria potestad, tutela o curatela velen más por sus propios intereses que por los de aquellos que protegen. Se caracteriza principalmente por ser un cargo tuitivo ocasional o esporádico, frente a la continuidad en el tiempo de la tutela y de la curatela. Además, es compatible con la existencia de los restantes mecanismos tutelares explicados anteriormente, e incluso con el ejercicio de la patria potestad por los progenitores del menor o incapacitado<sup>22</sup>.

Cabe asimismo mencionar que es una figura de naturaleza subsidiaria, ya que únicamente resuelve conflictos cuando las anteriores no pueden hacerlo, pero no resulta válida para acometer toda la actuación de representación y asistencia del asistido<sup>23</sup>.

### 3. REGULACIÓN ACTUAL DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD EN EL CÓDIGO CIVIL

En este epígrafe se estudiarán con detenimiento las figuras mediante las cuales se suple la falta de discernimiento de aquellas personas que tienen su capacidad modificada judicialmente. Es importante tener en cuenta que nos centraremos en la concepción tradicional que rige actualmente en nuestro ordenamiento jurídico, pero que es altamente probable que dicha concepción sea modificada.

#### 3.1. Patria potestad prorrogada o rehabilitada y sistema de representación legal

En primer lugar, es fundamental destacar el hecho de que tanto la patria potestad prorrogada o rehabilitada como la tutela son figuras de representación legal. Esto implica, como se ha explicado en el apartado precedente, que el representante legal ostenta

---

<sup>22</sup> Lasarte, C., *Parte General y Derecho de la Persona. Principios de Derecho Civil I*, Marcial Pons, Madrid, 2017, 23ª ed., p. 208.

<sup>23</sup> “Defensor Judicial”, *Wolters Kluwer* (disponible en: [https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUMjIINTtbLUouLM\\_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAY5bs9zUAAAA=WKE](https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUMjIINTtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAY5bs9zUAAAA=WKE); última consulta 06/03/2021).

facultades para llevar a cabo todos los actos que tiene encomendados, a excepción de los actos personalísimos que deberá realizar el representado.

Como bien se explicó en el apartado segundo de este ensayo, la patria potestad es el conjunto de derechos y deberes que tienen ambos progenitores respecto de sus hijos menores y de sus hijos incapaces. Se trata de una función de los padres al servicio de los hijos, de forma que les prestan asistencia de todo orden. Además, es un derecho irrenunciable y no disponible, lo que implica que no se puede negociar ni ceder.

De conformidad con los preceptos contenidos en el artículo 156 CC, *la patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. Serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad. (...) Si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva. Sin embargo, el Juez, a solicitud fundada del otro progenitor, podrá, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio.*

En virtud de las disposiciones contenidas en el artículo 171 CC, la patria potestad terminará: *Por la muerte o declaración de fallecimiento de ambos padres o del hijo; Por la adopción del hijo; Por haberse declarado la cesación de la incapacidad o Por haber contraído matrimonio el incapacitado.*

No obstante, existen determinados supuestos en los que dicha figura de representación legal se prorroga o rehabilita.

En este sentido, el párrafo primero del artículo 171 CC reza: *La patria potestad sobre los hijos que hubieran sido incapacitados quedará prorrogada, por ministerio de la Ley, al llegar aquéllos a la mayor edad. Si el hijo mayor de edad soltero que viviere en compañía de sus padres o de cualquiera de ellos fuere incapacitado se rehabilitará la patria potestad, que será ejercida por quien correspondiere si el hijo fuera menor de edad. La patria potestad prorrogada en cualquiera de estas dos formas se ejercerá con sujeción a lo especialmente dispuesto en la resolución de incapacitación y, subsidiariamente, en las reglas del presente título.*

De este precepto se puede establecer que la patria potestad se prorroga en casos en que el menor de edad sufre una enfermedad o deficiencia persistente que le impide gobernarse por sí mismo, y se prevé razonablemente que la misma persistirá una vez haya cumplido la mayoría de edad. De esta manera, la patria potestad queda automáticamente prorrogada, si bien se limita a la extensión y alcance determinados por la resolución modificadora de la capacidad<sup>24</sup>.

En este contexto, es importante destacar que, si al cesar la patria potestad prorrogada subsistiere el estado de incapacitación, se constituirá la tutela o curatela, según proceda.

La principal diferencia ente la patria potestad rehabilitada y la prorrogada radica en que la primera conlleva una terminación y posterior restauración de la patria potestad. De esta manera, la diferencia entre ambas instituciones se manifiesta en el momento en que haya tenido lugar la limitación a la capacidad de obrar del menor. En la figura de la patria potestad rehabilitada, el sujeto incapacitado no es un menor de edad cuando se dicta la sentencia de incapacitación, si bien tiene que ser soltero y vivir con sus padres en el momento de la incapacitación. Además, aunque no se establezca de forma expresa, es preciso que durante la minoría de edad, el sujeto hubiese estado amparado bajo el régimen de la patria potestad y no bajo la tutela.

No obstante, cabe destacar que, en virtud de la Circular de 16 de noviembre de 1984, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre Expedientes de Fe de Vida y Estado, el requisito de la soltería puede hacerse extensivo al divorciado, o a aquellos que hayan obtenido la nulidad matrimonial, pero no alcanza a los separados, dado que la separación no implica una disolución del vínculo conyugal<sup>25</sup>.

Asimismo, en relación con el requisito de la convivencia con los progenitores, la doctrina apoya una interpretación flexible del mismo, admitiéndose en el supuesto de que el hijo,

---

<sup>24</sup> *Memento Francis Lefebvre Familia (Civil)*, Base de datos El Derecho Lefebvre, 2020, Capítulo 5, Sección 2ª, (disponible en: <https://online.elderecho.com/seleccionProducto.do?producto=UNIVERSAL&orden=relevancia&universal=patria%20potestad#%2FpresentarMemento.do%3Fhref%3D7dbdbc4d%26producto%3DUNIVERSAL%26idFragmento%3DA844%26marginal%3D2656%26rnd%3D0.3061565502392718%26idConsultaActiva%3D3%26fulltext%3Don>; última consulta 07/03/2021).

<sup>25</sup> *Memento Francis Lefebvre Familia (Civil)*, Base de datos El Derecho Lefebvre, 2020. Cit. (última consulta 07/03/2021).

viviendo independientemente de los padres por razón de destino o estudios, vuelva a convivir con sus padres una vez acontecida la incapacitación de forma sobrevenida<sup>26</sup>.

Es importante tener en cuenta que el régimen jurídico de ambas instituciones viene dado por la sentencia de incapacitación y, subsidiariamente, por los preceptos normativos contenidos en el título VII, del libro I del Código Civil (arts. 154 a 180), relativos a las relaciones paterno-filiales, a las que, como se ha mencionado *supra*, se remite concretamente el artículo 171 CC<sup>27</sup>.

Finalmente, se debe hacer alusión al hecho de que la patria potestad rehabilitada se extingue por las mismas causas que la patria potestad prorrogada.

En cuanto a la institución de la tutela, cabe en primer lugar establecer que se trata de una institución cuyo principal objetivo es la protección un menor de edad o incapacitado judicialmente, de su patrimonio, o de ambas cosas. Por lo tanto, su finalidad es proteger los intereses de los menores e incapaces a ella sometidos. En virtud de lo recogido en la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional nº 311/2000, el tutor debe tener un interés legítimo en todo lo relacionado con el tutelado. Este interés tiene su origen en la naturaleza y contenido de la función tutelar, que constituye un deber y se ejerce únicamente en beneficio del tutelado<sup>28</sup>.

Es fundamental tener en cuenta que la persona sometida a la tutela no tiene potestad para tomar decisiones por sí misma ni con el apoyo de otras personas en los asuntos de su incumbencia.

Según el art. 222 CC, estarán los sujetos a tutela: *los menores no emancipados que no se encuentren sometidos a la patria potestad; los incapacitados cuando así lo establezca la sentencia; aquellos individuos sujetos a la patria potestad prorrogada, al cesar esta, salvo que proceda la curatela; y los menores en situación de desamparo.*

Asimismo, conviene recalcar que la principal diferencia entre la tutela y la patria potestad radica en que las instituciones tutelares se encuentran sometidas a un control y

---

<sup>26</sup> Zurita Martín, I., “Guarda legal de personas incapaces y de hijos mayores incapacitados”, *Revista de Derecho Civil*, vol. 2, n. 3, 2015, p. 110.

<sup>27</sup> *Ibidem*, p.115.

<sup>28</sup> *Memento Francis Lefebvre Familia (Civil)*, Base de datos El Derecho Lefebvre, 2020, Capítulo 7, Cit. (última consulta 07/03/2021).

supervisión judicial, lo que implica que la tutela es subsidiaria respecto de la patria potestad en relación con los tutelados menores de edad, y es similar a la misma, respecto de las personas incapacitadas<sup>29</sup>.

Dentro de la institución tutelar cabe distinguir dos sistemas. En primer lugar, la tutela de familia, en la cual todas las instituciones tutelares, los órganos y el control pertenecen a la familia del tutelado, aunque coexistan con el control y supervisión de la autoridad judicial o de los órganos administrativos competentes.

Por otro lado, encontramos la tutela de autoridad, sistema basado en que el tutor, que normalmente será un familiar del tutelado, estará sometido a la supervisión y control de la autoridad judicial u órgano administrativo. Este sistema se diferencia de la tutela familiar en que en la tutela de autoridad, la función tutelar corresponde al Estado, el cual puede ejecutarla bien por medio de autoridades o bien a través de organismos especializados.

En cuanto a la designación de la tutela, será el juez competente quien determinará y nombrará al tutor, dándole posesión de su cargo y supervisando y controlando sus actuaciones<sup>30</sup>. En este sentido, cabe hacer alusión al hecho de que, con arreglo a la disposición contenida en el artículo 229 CC, *Estarán obligados a promover la constitución de la tutela, desde el momento en que conocieran el hecho que la motivare, los parientes llamados a ella y la persona bajo cuya guarda se encuentre el menor o incapacitado, y si no lo hicieren, serán responsables solidarios de la indemnización de los daños y perjuicios causados.* Además, en virtud de la disposición contenida en el artículo 242 CC, es menester tener en cuenta que *las personas jurídicas que no tengan finalidad lucrativa y entre cuyos fines figure la protección de menores e incapacitados* podrán también ser tutores.

No obstante, si bien este precepto establece una obligación de cara a los parientes y a la persona bajo cuya guarda se encuentre el menor, no establece una prohibición frente a las personas que no se encuentran legitimadas. De esta manera, el artículo 230 CC establece

---

<sup>29</sup> “Tutela”, *Wolters Kluwer* (disponible en: [https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbFljTAAAUMTEiNLtbLUouLM\\_DxblwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAq5mmUzUAAAA=WKE](https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbFljTAAAUMTEiNLtbLUouLM_DxblwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAq5mmUzUAAAA=WKE); última consulta 08/03/2021).

<sup>30</sup> *Ibidem*.

*que cualquier persona podrá poner en conocimiento del Ministerio Fiscal o de la autoridad judicial el hecho determinante de la tutela.*

En este contexto, es fundamental tener en cuenta que los artículos 243 CC y siguientes recogen los supuestos que establecen la prohibición de tutelar, entre los cuales destacan: aquellas personas privadas o suspendidas en el ejercicio de la patria potestad o de los derechos de guarda y educación por resolución judicial; aquellos legalmente removidos de una tutela anterior; quienes hubieran sido condenados a cualquier pena privativa de libertad, mientras estén cumpliendo la condena; y los condenados por cualquier delito que haga suponer fundamentalmente que no desempeñarán bien la tutela.

Finalmente, cabe hacer alusión a las causas de cese y extinción de la institución tutelar.

El tutor podrá ser removido, tal y como establece el artículo 247 CC *serán removidos de la tutela los que después de deferida incurran en causa legal de inhabilidad, o se conduzcan mal en el desempeño de la tutela, por incumplimiento de los deberes propios del cargo o por notoria ineptitud de su ejercicio, o cuando surgieran problemas de convivencia graves y continuados.* En este sentido, es importante tener en cuenta que las personas obligadas a instar el procedimiento de remoción son las siguientes: la Autoridad judicial, el Ministerio fiscal, la Entidad Pública a la que en el respectivo territorio esté encomendada la protección de los menores y los Cotutores<sup>31</sup>. En este sentido, se debe destacar que la remoción del tutor no equivale a la extinción de la misma, sino al cese como tutor de la persona que previamente había sido nombrada judicialmente. La extinción de la tutela, como se verá a continuación, supone la desaparición de las causas que justificaban la existencia del órgano tuitivo<sup>32</sup>.

En este sentido, existen determinadas causas que motivan la extinción de la tutela. En este sentido, cabe tener en cuenta que la tutela se extinguirá cuando concluyan los motivos que dieron lugar a la institución tutelar.

---

<sup>31</sup> Serrano Molina, A., *La Remoción del Tutor*. Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 1999, pp. 221-225.

<sup>32</sup> Lasarte, C., *Parte General y Derecho de la Persona. Principios de Derecho Civil I*, Cit., p. 207.

### 3.2. Curatela

La curatela es una institución de guarda puesta a disposición por el ordenamiento jurídico para suplir la falta de discernimiento que sufren determinados individuos, pero que no son totalmente incapaces ya que conservan cierto grado de autogobierno.

Se trata de una institución flexible caracterizada por su función de asistencia y de supervisión. Su finalidad principal no es otra que la complementación de la falta de discernimiento de los menores de edad o incapaces sujetos a ella. En función de cada caso, puede tratarse de una supervisión en la esfera personal o en la patrimonial, o en ambas.

En este sentido, es muy importante recalcar que, a diferencia de lo que ocurre en la tutela, el curador no ostenta la representación legal del menor o incapacitado, sino que se limita a asistirle a la hora de realizar aquellos actos jurídicos para los que la ley requiere su presencia<sup>33</sup>. Por lo tanto, la intervención del curador queda limitada a los actos que la persona con falta de discernimiento no puede realizar por sí misma, que quedarán expresamente recogidos en la sentencia.

En virtud de la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo número 282/2009, de 29 de abril, si bien la curatela es una institución estable, tiene carácter intermitente, dado que la función de la institución no consiste en la representación de quién está sometido a la misma, sino en complementar la capacidad de quien la posee, pero necesita un plus para llevar a cabo determinados actos.

De acuerdo con el artículo 286 CC, quedan sujetos a curatela: los menores de edad emancipados que no cuentan con la asistencia de sus padres, bien porque hubieren fallecido, o porque quedaran impedidos para ello; los menores tutelados que obtuvieren el beneficio de la mayor edad; y los declarados pródigos. Además, el artículo 287 CC establece que también pueden quedar sujetas a la curatela las personas a quienes la sentencia de incapacitación les sitúe bajo esta forma de protección, teniendo en cuenta su grado de discernimiento.

---

<sup>33</sup> *Memento Francis Lefebvre Familia (Civil)*, Base de datos El Derecho Lefebvre, 2020, Capítulo 7, Cit. (última consulta 07/03/2021).

Dado que el curador no ostenta la representación legal de la persona cuya capacidad ha sido modificada judicialmente, su función principal es la de asistir al incapaz. En el supuesto de que la sentencia no especifique el alcance de los actos que debe acometer el curador, según lo dispuesto en el artículo 290 CC, se entenderá que su intervención se extiende a los mismos actos en que los tutores necesitan autorización judicial.

En cuanto al nombramiento, inhabilidad y remoción de los curadores, cabe destacar que serán aplicables las normas establecidas en la tutela, atendiendo a lo establecido por el artículo 291 CC. Además, decreta que no podrán ser curadores los quebrados y concursados no rehabilitados. Se debe asimismo señalar que, como establecido previamente en el caso de la tutela, también puede ser nombrada curadora una persona jurídica, tal como sucede en la STS 4767/2014, de 27 de noviembre, en la que se nombra como curadora a la *Comisión de Tutelas y Defensa Judicial de Adultos* de la Diputación General de Aragón, por considerar que es la persona jurídica más adecuada para ejercer tal cargo<sup>34</sup>.

Cabe igualmente tener en cuenta que, si bien la curatela es una institución basada en la supervisión de los actos del incapacitado, el artículo 293 CC dispone que *los actos jurídicos realizados sin la intervención del curador cuando ésta sea preceptiva, serán anulables a instancia del propio curador o de la persona sujeta a curatela (...)*.

Respecto a la extinción de esta institución de guarda, serán de aplicación, de manera supletoria, las mismas causas que en el caso de la tutela.

## 4. PROYECTO DE LEY DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL

### 4.1. Convención de Nueva York sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad junto con su Protocolo Facultativo fueron aprobados en la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006. Dado que ambos textos son considerados jurídicamente como tratados internacionales, han suscitado una exhaustiva revisión tanto

---

<sup>34</sup> Lasarte, C., *Parte General y Derecho de la Persona. Principios de Derecho Civil I*, Cit., p. 208.

legislativa como doctrinal sobre el concepto de discapacidad y los derechos de las personas que no tienen plena capacidad de autogobierno.

España ratificó la CDPD y su Protocolo Facultativo el 21 de abril de 2008, y entró en vigor el 3 de mayo de ese mismo año. Es de suma relevancia tener en cuenta que la CDPD toma como punto de partida el reconocimiento de la capacidad jurídica y de obrar que atribuye a las personas con discapacidad, de forma que no se adapta bien a nuestro sistema civil que hace uso de instituciones tales como la privación de la capacidad de obrar o incapacitación<sup>35</sup>.

En virtud de las disposiciones contenidas en el artículo primero de la CDPD, el objetivo principal de la Convención Internacional de las personas con discapacidad no es otro que el de *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*<sup>36</sup>. Por lo tanto, la CDPD trata de promover la consideración de las personas con discapacidad como plenos titulares de derecho en lugar de meros objetos de tratamiento y protección social, lo que implica llevar a cabo una transformación de un “modelo médico o rehabilitador” en un “modelo social” de la discapacidad<sup>37</sup>.

En este contexto, cabe destacar que la CDPD reafirma que todas las personas con todos los tipos de discapacidad deben poder gozar de todos los derechos humanos y libertades fundamentales. Además, establece las esferas que se deben modificar con el fin de que las personas con discapacidad puedan ejercer sus derechos de manera efectiva. También señala las esferas en las que se han vulnerado esos derechos y deben reforzar la protección<sup>38</sup>.

---

<sup>35</sup> Bueyo Díez Jalón, M., “El impacto de la Convención Internacional de las personas con discapacidad”, *Portal de las Personas con Discapacidad* (disponible en: <https://www.discapnet.es/areas-tematicas/nuestros-derechos/tus-derechos-fondo/otros-temas/el-impacto-de-la-convencion>; última consulta 15/03/2021).

<sup>36</sup> Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (BOE 21 de abril de 2008).

<sup>37</sup> Bueyo Díez Jalón, M., “El impacto de la Convención Internacional de las personas con discapacidad” *Portal de las Personas con Discapacidad*. Cit.

<sup>38</sup> “Convención”, *Naciones Unidas-Personas con Discapacidad* (disponible en: <https://www.un.org/development/desa/disabilities-es/convencion-sobre-los-derechos-de-las-personas-con-discapacidad-2.html>; última consulta 15/03/2021).

#### 4.1.1. Antecedentes de la Convención

Durante los primeros años de las Naciones Unidas no se ejecutaron tratados internacionales de derechos humanos referentes a los derechos de las personas con discapacidad. No obstante, a lo largo de la década de los años setenta, se empieza a observar una evolución en este ámbito, que se consagra con la adopción de la “Declaración de los derechos del retrasado mental”, donde se reconocen derechos de forma específica a las personas con discapacidad.

En el marco de esta evolución, debe recalcarse la declaración en 1981 por la Asamblea General como “Año internacional de las personas discapacitadas”, con el propósito de promover una mayor integración y participación de estas personas en la vida social. Asimismo, la Asamblea General declaró la década de 1982 a 1992 como “Decenio Mundial de las personas con discapacidad”, impulsando más estos trabajos.

Mediante estas iniciativas, si bien se puede observar la evolución del reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad en el plano internacional, también se advierte la falta de atención y protección de los derechos de las personas que sufren algún tipo de deficiencia.

Dado que las personas con discapacidad continuaban siendo consideradas beneficiarias pasivas de la asistencia en vez de titulares de derechos, surgió la necesidad de una Convención con el objetivo de reafirmar los derechos humanos de las personas con discapacidad y garantizar su participación en la sociedad en igualdad de condiciones que los demás miembros de la misma y como sujetos de derechos.

Asimismo, la Convención era ineludible para afrontar de una manera más global los problemas que sufrían las personas con discapacidad y proteger y promover sus derechos a través de un instrumento jurídicamente vinculante<sup>39</sup>.

La primera vez que se planteó una Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad fue iniciativa de Italia, en la Cuadragésima Segunda Sesión de la Asamblea

---

<sup>39</sup> *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad – Guía de formación*. Publicación de las Naciones Unidas – Alto Comisionado, Nueva York y Ginebra, 2014, p. 24 (disponible en: [https://www.ohchr.org/Documents/Publications/CRPD\\_TrainingGuide PTS19\\_sp.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Publications/CRPD_TrainingGuide PTS19_sp.pdf); última consulta 31/03/2021)

General, celebrada en el año 1987, pero no prosperó. Un año después Suecia volvió a intentarlo, pero corrió la misma suerte. Sin embargo, la necesidad de un documento vinculante para las personas con discapacidad seguía incrementando. De esta manera, en la Cumbre Mundial de organizaciones no gubernamentales dedicadas a la discapacidad, celebrada en Beijing en el año 2000, se planteó, una vez más, la necesidad de una Convención.

Tras una propuesta del Presidente de México en el año 2001, se estableció un “Comité Especial” que pretendía analizar la posible elaboración de una Convención específica sobre los derechos de las personas con discapacidad. Numerosas reuniones después, el día 5 de diciembre de 2006 se adoptó el texto de la Convención, siendo aprobado por la Asamblea General el 13 de diciembre de 2006<sup>40</sup>.

#### 4.1.2. Ejercicio de la capacidad jurídica: artículo 12 CDPD

Como bien se ha expuesto en el apartado precedente, la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad celebrada en 2006 constituye el primer convenio internacional del Sistema de Naciones Unidas que atiende de forma específica a los derechos de las personas con discapacidad.

La CDPD acopia las inquietudes y deseos de las personas con discapacidad en forma de convenio internacional amplio e integral sobre los derechos humanos de todas las personas con discapacidad, incluidas las que necesitan un apoyo más intenso.

Según García Pons, la CDPD se inclina hacia un modelo integrador o social, que trata de promover y proteger los derechos de las personas con discapacidad en todos los órdenes, de forma que se fomente su participación e integración social en igualdad de condiciones con los demás, plena accesibilidad y no discriminación, reconociendo asimismo la importancia que tiene, para las personas con discapacidad, su autonomía e independencia individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones<sup>41</sup>.

---

<sup>40</sup> De Lorenzo García, R. & Palacios, A., “La convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad: balance de una década de vigencia”, de Miguel Vijandi, B. (coord.), *La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad – 2006/2016: Una década de vigencia*, Cinca, Madrid, 2016, pp. 15-16.

<sup>41</sup> García Pons, A., *El artículo 12 de la Convención de Nueva York de 2006 sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su impacto en el Derecho Civil de los Estados signatarios: el caso de España*, tomo 66, fasc. 1, 2013, p. 62.

La igualdad ante la ley constituye un principio básico general de la protección de los derechos humanos. Dicho principio queda recogido en el artículo 12 de la Convención, centrándose en esferas en que tradicionalmente se les ha denegado a las personas con discapacidad. Conviene tener en cuenta que este artículo no establece derechos adicionales, sino que simplemente reafirma dicho derecho de las personas con discapacidad. Concretamente, se describen los elementos específicos que los Estados Parte deben tener presente con el fin de garantizar el derecho a la igualdad ante la ley a todos los miembros del Estado social y democrático de Derecho<sup>42</sup>. En este sentido, es importante destacar que en el párrafo primero del artículo 12 los Estados parte *reafirman* ese derecho de las personas con discapacidad, no es que nazca con la Convención, sino que ya existía anteriormente y ahora se reafirma<sup>43</sup>.

El párrafo segundo de dicho artículo establece que *los Estados Parte reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida*. Como se ha explicado en epígrafes precedentes, la capacidad jurídica es una cualidad reconocida a todas las personas, incluso a las personas con discapacidad. En este sentido, cabe recalcar que existen dos facetas: la capacidad jurídica inherente a todas las personas, y el ejercicio de la misma, unido al reconocimiento de esas acciones por la ley.

La capacidad jurídica implica que todas las personas tienen la capacidad legal y la legitimación para actuar simplemente en virtud de su condición de ser humano. Por lo tanto, para que se cumpla el derecho a la capacidad jurídica es necesario que se reconozcan las dos facetas de la misma.

En este sentido, el Comité ratifica que el hecho de que una persona tenga una discapacidad no constituye una justificación para negarle la capacidad jurídica ni ninguno de los derechos recogidos en el artículo 12<sup>44</sup>.

---

<sup>42</sup> Naciones Unidas, *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad – Observación general N°1*, 2014, p. 1. (Recuperado de: <http://www.convenciondiscapacidad.es/wp-content/uploads/2019/01/Observaci%C3%B3n-1-Art%C3%ADculo-12-Capacidad-jur%C3%ADdica.pdf>; última consulta 31/03/2021).

<sup>43</sup> García Pons, A., *op. cit.*, p. 66.

<sup>44</sup> Naciones Unidas, *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad – Observación general N°1*, Cit., p. 4. (Recuperado de: <http://www.convenciondiscapacidad.es/wp-content/uploads/2019/01/Observaci%C3%B3n-1-Art%C3%ADculo-12-Capacidad-jur%C3%ADdica.pdf>; última consulta 31/03/2021).

Asimismo, es importante tener en cuenta que el párrafo tercero del citado artículo establece que *los Estados Parte adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica*. Cabe destacar que la CDPD se refiere al *apoyo* de las personas con discapacidad, lo que implica que los Estados Parte no deben negar a las personas con discapacidad su capacidad jurídica, sino que deben proporcionarles acceso al apoyo que necesiten para ser capaces de tomar decisiones jurídicamente vinculantes. El apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica debe respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad, nunca consistiendo en decidir por ellos<sup>45</sup>. Por lo tanto, es más deseable un sistema de asistencia que aquel relativo a la representación o sustitución.

El cuarto párrafo del artículo 12 detalla las salvaguardias necesarias en el sistema de apoyo, en el marco del ejercicio de la capacidad jurídica. El fin primordial de estas salvaguardias consiste en garantizar una protección efectiva contra los abusos, en igualdad de condiciones con las demás personas.

Finalmente, el párrafo quinto exige a los Estados miembros a adoptar las medidas pertinentes para garantizar los derechos de las personas con discapacidad, sobre todo en relación con las cuestiones financieras y económicas. Se exponen una serie de actos personalísimos que deben ser respetados y conferidos a todas las personas, aun a aquellas que tienen la capacidad modificada. Además, trata de evitar abusos por parte de las instituciones de apoyo.

El cumplimiento de esta norma legal implica la erradicación de la incapacitación, dado que modifica sustancialmente la concepción de la persona con discapacidad. Ya no nos encontramos ante un incapaz, sino ante una persona que requiere un apoyo para el pleno ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones. Se trata de personas que tienen capacidad jurídica, pero que para poder ejercerla, los poderes públicos ponen a su disposición una serie de medidas de apoyo que le faciliten tomar sus propias decisiones.

---

<sup>45</sup> *Ibidem*, p. 5.

En este sentido, es importante hacer hincapié en el hecho de que los Estados Parte tienen la obligación de reemplazar los regímenes relativos a la adopción de decisiones sustitutiva por otros que se basen en el apoyo a la adopción de decisiones. La CDPD exige que se supriman los primeros y se desarrollen otros sistemas alternativos, dado que crear sistemas de apoyo a la adopción de decisiones mientras se mantiene de manera paralela los regímenes basados en la adopción de decisiones sustitutiva no es suficiente para cumplir con las disposiciones contenidas en el artículo 12<sup>46</sup>.

No obstante, esta interpretación del artículo 12 debe criticarse ya que los sistemas alternativos no parecen tener en consideración que existen personas que sufren una discapacidad tan intensa que les priva completamente del discernimiento, lo que implica que un sistema basado en el apoyo a la adopción de decisiones podría ser insuficiente para garantizar la protección de dichos individuos.

En relación con la interpretación de dicho artículo dada por la previamente mencionada Observación general n° 1 (2014), el significado de capacidad jurídica es ampliado, de forma que abarca también la capacidad de obrar, de forma que se evita que la necesaria protección de los individuos cuya discapacidad les impide o dificulta gobernarse por sí mismos se construya conceptualmente sobre una cierta restricción de la personalidad jurídica<sup>47</sup>.

De la misma manera, puede defenderse que la “capacidad jurídica” mencionada por el artículo 12 comprendería no solo la capacidad para ser titular de derechos y obligaciones jurídicas inherente a toda persona, sino también la de ejercitar en la práctica tales derechos y obligaciones. Es decir, dicho término abarcaría tanto la capacidad de goce como la de ejercicio<sup>48</sup>.

Todo ello ha suscitado una revisión legal que ha dado pie al Proyecto de Ley 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, que se estudiará detalladamente en los epígrafes posteriores.

---

<sup>46</sup> *Ibidem*, p. 7.

<sup>47</sup> Ruiz de Huidobro de Carlos, J. M.<sup>a</sup>, *Derecho de la Persona. Introducción al Derecho Civil*. Cit., p. 249.

<sup>48</sup> García Pons, A., *op. cit.*, p. 73.

## **4.2. Adaptación del ordenamiento jurídico español a la CDPD**

### 4.2.1. Principios inspiradores de la CDPD

Las modificaciones introducidas a raíz de la Convención de Nueva York procuran la normalización de la vida de la persona con discapacidad, de forma que se evoluciona de un régimen de sustitución en la adopción de decisiones a otro basado en el apoyo para tomarlas. El nuevo sistema, como se verá a continuación, reconoce a estas personas iguales ante la ley, con personalidad y capacidad jurídica en todos los aspectos de la vida, y en igualdad de condiciones que los demás ciudadanos.

Con anterioridad al análisis de las modificaciones introducidas por el Proyecto de Ley 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, presentado en la Mesa del Congreso el 8 de julio de 2020, cabe matizar los principios inspiradores del mismo. En primer lugar, destaca el principio de subsidiariedad, que hace referencia al hecho de que únicamente debe adoptarse una medida de protección cuando los intereses de la persona no hayan quedado resueltos por otros medios, sin necesidad de judicializar todo lo que gira en torno a una persona con discapacidad.

El segundo de los principios consiste en el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona necesitada de apoyos.

Los criterios de necesidad y proporcionalidad son también principios inspiradores del Proyecto. De esta manera, las medidas de apoyo no podrán excederse de lo que necesite la persona con discapacidad, pero han de ser suficientes para que con dicho apoyo sean capaces de ejercer su capacidad jurídica en plenas condiciones<sup>49</sup>.

### 4.2.2. La curatela como institución de protección primaria en el Proyecto de Ley

Si bien el Proyecto de Ley 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 ha dado

---

<sup>49</sup> López San Luis, R., “El principio de respeto a la voluntad de la persona con discapacidad en la Convención de Nueva York (2006), y su reflejo en el anteproyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad”, *Revista para el análisis del Derecho*, n. 2, 2020, p. 127.

lugar a modificaciones en todas las instituciones de apoyo, en este apartado se analizarán únicamente los cambios relativos a la figura de la curatela.

En este respecto, cabe tener en cuenta que, de entre las instituciones de apoyo, la curatela es la figura que mejor comulga con las disposiciones contenidas en la Convención. Esto se debe a que el curador no representa a la persona con la capacidad modificada, sino que únicamente lo asiste en determinados actos.

En primer lugar, es importante recalcar que, si bien el artículo 12 de la Convención es una norma de aplicación directa, el rechazo a un cambio tan profundo por parte de los juristas especialistas en el tema, unido a la escasa prioridad otorgada a esta materia, ha ocasionado un retraso en el anteproyecto de ley, que no ha visto la luz hasta el año 2018<sup>50</sup>.

No obstante, en este sentido es oportuno mencionar que la STS, Sala 1ª, 282/2009, de 30 de marzo, expresó que las instituciones tradicionales del Derecho español no pueden entenderse incompatibles con la CDPD siempre que en su aplicación se sigan las pautas indicadas en la misma, lo que implica que hay que intentar que las personas que necesiten la aplicación de los mecanismos de apoyo sean lo más autónomas posible<sup>51</sup>.

El nuevo proyecto de ley impone un cambio de sistema en nuestro ordenamiento jurídico. Se pretende sustituir el sistema hasta ahora vigente, donde predomina la sustitución en la toma de decisiones que afectan a las personas con discapacidad, por otro fundado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona, que es quien tomará sus propias decisiones, como norma general<sup>52</sup>.

El cambio más significativo introducido por el Proyecto de Ley es la supresión de la incapacitación, sustituida por un procedimiento de provisión de apoyos. De la misma manera, se elimina tanto la tutela para los mayores de edad como la patria potestad prorrogada o rehabilitada, quedando la función de la tutela limitada a los menores emancipados en situación de desamparo o no sujetos a la patria potestad. Esto se debe a

---

<sup>50</sup> Valls Xufre, J. M<sup>a</sup>., “La abolición de la incapacitación. El notario y los apoyos a la discapacidad (I). La Convención de Nueva York y su incumplimiento en España”, *ElDerecho-Lefebvre*, 2020 (Recuperado de: <https://elderecho.com/la-abolicion-de-la-incapacitacion-el-notario-y-los-apoyos-a-la-discapacidad-i-la-convencion-de-nueva-york-y-su-incumplimiento-en-espana>; última consulta 01/04/2021).

<sup>51</sup> Ruiz de Huidobro de Carlos, J. M<sup>a</sup>., *Derecho de la Persona. Introducción al Derecho Civil*, Cit., p. 248.

<sup>52</sup> Boletín Oficial de las Cortes Generales de 25 de marzo de 2021. Exposición de Motivos del Proyecto de Ley 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, p. 2.

que la institución tutelar, tal y como se encuentra regulada en el Código Civil, tiene funciones representativas, de forma que, en virtud de los principios inspiradores de la Convención y la Observación General nº 1 es de difícil aplicación a personas con discapacidad, dado que se defiende el rechazo a las medidas sustitutivas y representativas sobre las personas que no tienen plena capacidad de autogobierno<sup>53</sup>.

El Proyecto de Ley, tal y como recoge en su exposición de motivos, considera dichas figuras *demasiado rígidas y poco adaptadas al sistema de promoción de la autonomía de las personas adultas con discapacidad que ahora se propone*. Además, conviene recordar que la finalidad principal de dicha reforma es ayudar a las personas con discapacidad a ejercer su capacidad jurídica de una forma más autónoma y con menos dependencia.

De esta forma, la curatela adquiere un papel muy importante, convirtiéndose en la figura central de origen judicial para las personas con discapacidad, concebida como apoyo o acompañamiento (curatela asistencial), y, en casos excepcionales, podrá concebirse como sustitución (curatela representativa), atribuyéndose al curador funciones representativas<sup>54</sup>.

En este sentido, es fundamental tener en cuenta que dicho apoyo o acompañamiento no se deben ejercitar de una manera objetiva, *«en interés de las personas con discapacidad»*, sino de una manera subjetiva *«atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de la persona»*.

Según Antonio Pau, esta modificación es de suma relevancia, entorno a la cual se encuentra el profundo cambio llevado a cabo en materia de discapacidad: el *«interés de la persona con discapacidad»* debe situarse en un segundo plano, detrás de *«la voluntad, deseos y preferencias de la persona»*. Este cambio se ve materializado en el sentido de

---

<sup>53</sup> López San Luis, R., “El principio de respeto a la voluntad de la persona con discapacidad en la Convención de Nueva York (2006), y su reflejo en el anteproyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad”, *Revista para el análisis del Derecho*, Cit., p. 124.

<sup>54</sup> Valls Xufre, J. M<sup>a</sup>., “La abolición de la incapacitación. El notario y los apoyos a la discapacidad (I). La Convención de Nueva York y su incumplimiento en España”, *ElDerecho-Lefebvre*, 2020 (Recuperado de: <https://elderecho.com/la-abolicion-de-la-incapacitacion-el-notario-y-los-apoyos-a-la-discapacidad-i-la-convencion-de-nueva-york-y-su-incumplimiento-en-espana>; última consulta 01/04/2021).

que «*interés de la persona con discapacidad*» no aparece mencionado a lo largo de la Propuesta, a diferencia del concepto de «*interés del niño*», al que se alude tres veces<sup>55</sup>.

Además, se debe hacer hincapié en el hecho de que cuando esas voluntades y deseos de la persona cuya falta de autogobierno se está supliendo no se encuentran enteramente formadas, es menester contribuir a esa formación. Sólo cuando la voluntad no pueda expresarse ni terminar de formarse se tendrá en cuenta el criterio del interés.

Asimismo, es oportuno mencionar que sería conveniente una descripción de las causas determinantes del nombramiento de la curatela asistencial, dado que no se expresa de una manera clara en que supuestos el discapacitado requiere apoyo.

En virtud de lo previamente expuesto, cabe recalcar que el criterio más importante que debe seguir el curador en su ejercicio es el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona. En los supuestos donde la voluntad no pueda expresarse como consecuencia de una discapacidad que lo impide, es preceptivo indagar, teniendo en cuenta la trayectoria vital, los valores y las creencias de la persona, para tratar de averiguar la voluntad que hubiera tenido. El interés de la persona debe situarse en un plano supletorio. No obstante, al haberse omitido el interés superior de la persona con discapacidad como criterio de actuación, parece que el Proyecto únicamente contempla los supuestos donde la persona mantiene sus capacidades volitivas e intelectivas y es capaz de expresar una voluntad.

Por otro lado, cabe destacar que con el objetivo de dejar patente la apuesta por la curatela como institución de referencia, el Proyecto de Ley prefiere remitir a las normas sobre la curatela aquellas cuestiones en que pueda existir una regulación análoga entre instituciones. De esta manera, en sede de tutela, el artículo 223 dirige a la curatela cuando se referir a las causas y procedimiento de excusa de la tutela, estableciendo que *Las causas y procedimientos de remoción y excusa de la tutela serán los mismos que los establecidos para la curatela*. Asimismo, el art. 224 establece que *el ejercicio de la tutela*

---

<sup>55</sup> Pau Pedrón, A., “De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código Civil”, *Revista de Derecho Civil*, vol. 5, n.3, 2018, p. 8.

*se regirá por las normas relativas al de la curatela con las particularidades establecidas en los artículos siguientes*<sup>56</sup>.

#### 4.2.3. El ejercicio de la curatela en el Proyecto de Ley

En atención al principio inspirador del ejercicio de la curatela relativo al respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona necesitada de apoyos, y acorde a las previsiones exigidas por la CDPD, como clara expresión del cambio de perspectiva llevado a cabo en el tratamiento de la discapacidad, desde el inicio de la labor del curador, el artículo 282 del Proyecto de Ley le impone determinados deberes: *Una vez en el ejercicio de la curatela, estará obligado a mantener contacto personal con la persona a la que va a prestar apoyo y a desempeñar las funciones encomendadas con la diligencia debida. El curador asistirá a la persona a la que preste apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica respetando su voluntad, deseos y preferencias. El curador procurará que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones. El curador procurará fomentar las aptitudes de la persona a la que preste apoyo, de modo que pueda ejercer su capacidad con menos apoyo en el futuro.*

Para poder cumplir con su deber de procurar que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, la existencia de salvaguardas exigidas por el párrafo cuarto del artículo 12 de la CDPD permite que el ámbito de autonomía pueda ser mayor, ya que tratan de limitar o impedir la existencia de perjuicios. Además, siempre que haya posibilidad, debe tenerse en cuenta la iniciativa de la persona con discapacidad en el proceso de toma de decisiones, aunque para realizar el acto concreto al que se refiere la decisión sea necesario complementar su falta de discernimiento<sup>57</sup>.

Además, es fundamental hacer hincapié en el hecho de que cuando el curador actúa con facultades representativas, debe atender a la trayectoria vital, los valores y las creencias de la persona con discapacidad a quien presta apoyo, e intentará averiguar la decisión que hubiera tomado aquella en caso de no requerir representación, teniendo en consideración los factores dicha persona hubiera contemplado.

---

<sup>56</sup> Munar Bernat, P. A., “La curatela: principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad”, *Revista de Derecho Civil*, Cit., p. 131.

<sup>57</sup> *Ibidem*, p. 142.

No obstante, cabe tener en cuenta que, según la Memoria del Análisis del Impacto Normativo desarrollada por la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, *se determinarán de forma precisa los actos para los que la persona requiera intervención del curador y aquellos otros en los que excepcionalmente el curador habrá de asumir la representación*. Además, se decreta que, *en la propia resolución en la que se constituya la curatela o en otra posterior se establecerán las medidas de control*. Tanto el juez como el Ministerio Fiscal se encuentran facultados para exigir la información que consideren necesaria al curador<sup>58</sup>.

Por otro lado, se debe atender a los supuestos de imposibilidad transitoria para desempeñar la actuación, contenidos en el artículo 283 del Proyecto. Dicho artículo establece que el Letrado de la Administración de Justicia nombrará un defensor judicial que sustituya al curador cuando éste se encuentre impedido de modo transitorio para actuar en un caso concreto, o cuando exista un conflicto de intereses ocasional entre él y la persona a quién preste apoyo. Además, recalca que *para este nombramiento se oirá a la persona que precise el apoyo y se respetará su voluntad, deseos y preferencias*. En este último apunte se puede observar claramente como el nuevo Proyecto de Ley trata de materializar las exigencias de la nueva perspectiva de la discapacidad expuesta por la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

El artículo 284 contempla la posibilidad de que la autoridad judicial, por concurrir razones excepcionales, tenga la posibilidad de exigir al curador la constitución de fianza que asegure el cumplimiento de sus obligaciones. En este sentido, se debe precisar que cualquier situación donde sea necesaria una prestación de apoyo continuado dará lugar a la constitución de curatela, y, en numerosas ocasiones, el curador no desempeña actividades de índole patrimonial, por lo que no parece coherente exigirle una fianza. En la sentencia donde se nombra al curador, el órgano judicial determinará y aprobará la modalidad y cuantía de la misma. La autoridad judicial se encuentra facultada para, en cualquier momento, modificar o dejar sin efecto la garantía que se hubiese prestado.<sup>59</sup>

---

<sup>58</sup> Ministerio de Justicia. *Memoria del Análisis del Impacto Normativo*, 2020, p. 26 (Recuperado de: <https://ficheros.mjusticia.gob.es/MAIN%20APL%20por%20la%20que%20se%20reforma%20legislaci%C3%B3n%20civil%20y%20procesal%20apoyo%20personas%20discapacidad.pdf>; última consulta el 19/04/2021).

<sup>59</sup> Munar Bernat, P. A., “La curatela: principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad”, *Revista de Derecho Civil*, Cit., p. 143.

Los artículos 285 y 286 se refieren a las obligaciones relativas al deber de inventario que el curador debe desarrollar cuando ostenta funciones representativas, pero no se hace alusión a los intereses y voluntad de la persona cuya falta de discernimiento se está supliendo. Dichas obligaciones tienen como finalidad primordial tratar de impedir al curador realizar un uso no deseado de las facultades que ha sido conferido sobre el patrimonio del precisado de apoyo.

El artículo 287 recoge aquellos supuestos en los que al curador se le confieren facultades representativas porque la persona cuya falta de autogobierno se está supliendo mediante la curatela se encuentra en unas condiciones que le impiden prestar consentimiento válido.

En este sentido, dicho artículo establece que el curador deberá obtener autorización judicial para:

- Llevar a cabo actos concretos que determine la resolución.
- Desempeñar actos que tengan trascendencia personal o familiar cuando el representado no pueda hacerlo por sí mismo.
- *Enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, bienes o derechos de especial significado personal o familiar, bienes muebles de extraordinario valor, objetos preciosos, acciones y participaciones sociales y valores mobiliarios de la persona afectada, arrendar muebles por tiempo que exceda de seis años, o para celebrar contratos o realizar actos que tengan carácter dispositivo y sean susceptibles de inscripción.* En este sentido, cabe destacar que se trata de un tema que fue debatido intensamente en el seno de la Comisión, al entender algunos juristas que la venta de acciones o valores mobiliarios en muchas ocasiones exige rapidez y la exigencia de la intervención judicial podía suponer un obstáculo para que la operación fuese exitosa económicamente. Como se puede observar, finalmente se optó por la teoría más precavida. Además, se excluye la venta del derecho de suscripción preferente de acciones, autorizando a llevar a cabo estas enajenaciones en pública subasta, a excepción de que se trate de bienes negociados en un mercado oficial o la autoridad judicial autorice la enajenación directa por un precio mínimo.
- *Disponer a título gratuito de bienes o derechos de la persona afectada, a excepción de los que tengan escasa relevancia económica y no tengan especial*

*significado personal o familiar.* En este contexto, es importante hacer hincapié en que con ello se establece la posibilidad de que la persona con discapacidad pueda hacer este tipo de donaciones por sí misma y, por tanto, pueda sufrir un perjuicio patrimonial. Si bien ello puede ser cierto, el espíritu que ha inspirado toda la regulación es ampliar al máximo el campo de la autonomía de la persona precisada de apoyos, lo que conlleva la aceptación de ciertos riesgos.

- *Renunciar derechos, además de transigir o someter a arbitraje asuntos relativos a los intereses de la persona representada, excepto que sean de escasa relevancia económica.* No será requerida la autorización judicial para el arbitraje de consumo.
- *Aceptar sin beneficio de inventario cualquier herencia, o repudiar ésta o las liberalidades.*
- *Hacer gastos extraordinarios en los bienes de la persona cuya curatela ostenta.*
- Interponer una demanda en nombre de la persona cuya falta de discernimiento está supliendo, salvo en cuestiones urgentes o de escasa cuantía.
- Dar dinero y pedir un préstamo, aval o fianza.
- *Celebrar contratos relativos a los seguros de vida, renta vitalicia y otros semejantes, cuando estos requieran de inversiones o aportaciones de cuantía extraordinaria*<sup>60</sup>.

En el ejercicio de sus funciones, es posible que el curador deba realizar determinados actos de la misma naturaleza o referidos a la misma autoridad económica que requieran una autorización por parte del órgano judicial. Es por ello por lo que el artículo 288 del Proyecto de Ley recoge la posibilidad de otorgar una autorización genérica para todos los casos, si bien se debe especificar siempre las circunstancias y características principales de dichos actos.

El artículo 289 establece que se requiere aprobación judicial, que no autorización, para poder llevar a cabo la partición de herencia o la división de cosa común realizada por el curador que ostente funciones representativas. Además, precisa que, si en la partición se hubiese nombrado un defensor judicial para realizarla, deberá obtener también la

---

<sup>60</sup> *Ibidem*, pp.144-145.

aprobación judicial, a excepción de que se hubiera dispuesto otra cosa al hacer el nombramiento.

El último artículo que el Proyecto de Ley recoge en relación con el ejercicio de la curatela establece que, con anterioridad a la autorización o aprobación de cualquiera de los actos comprendidos en los artículos precedentes, 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 oportunos. En este sentido, cabe destacar que el legislador trata de plasmar el espíritu de la CDPD obligando a la autoridad judicial a tener en cuenta los intereses y voluntades de la persona representada, aún cuando no se encuentre con plenas facultades de autogobierno.

En la misma línea de reflexión, uno de los puntos criticables de dicho artículo es que no establece con claridad que la falta de controles en el sistema impide que se cumpla su finalidad si no está acompañado de los recursos preceptivos para poder valorar las necesidades de la persona necesitada de apoyos. La ausencia de controles, como se verá *infra*, puede derivar en abusos, sobre todo en la esfera patrimonial de la persona con discapacidad, ya que el curador no está obligado a rendir cuentas de su gestión.

Una vez analizados los artículos que el Proyecto de Ley incluye en relación con el ejercicio de la curatela, cabe concluir estableciendo que el legislador ha tratado de materializar el objetivo de conocer y respetar la voluntad, deseos y preferencias de las personas con discapacidad. El cambio fundamental que precisa nuestro Código Civil gira en torno a la libertad de las personas que necesitan apoyo, ofreciéndoles los medios necesarios para que puedan tomar sus propias decisiones sin necesidad de ser condicionados por otros factores. En este sentido, cabe observar que el interés de la persona con discapacidad se sitúa en un plano subsidiario frente a la voluntad de dicha persona, que adquiere un papel protagonista.

#### 4.2.4. La protección de las personas con discapacidad sometidas a la curatela después del Proyecto de Ley.

Tras haber analizado los cambios introducidos en el ejercicio de la curatela, este apartado esbozará cómo queda configurado el nuevo sistema de protección y cuál será previsiblemente su funcionamiento.

En coherencia con la nueva orientación establecida por la CDPD, España comenzó a reformar su ordenamiento jurídico mediante la introducción de la Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, y de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil de la normativa tributaria con esta finalidad.

Según Lasarte, si bien la previsión normativa tendría que haber determinado que el término incapacitación y las perífrasis con él relacionadas deberían ser sustituidas por el giro de “modificación de la capacidad de obrar” y similares, ello no ocurrió. Hasta la vigencia de la Ley 15/2015, de 2 de julio, *de la jurisdicción voluntaria*, no se ha modificado la terminología empleada para designar a las personas incapacitadas. No obstante, todavía no se ha adaptado por completo la regulación a las exigencias de la CDPD, lo que conlleva la reforma que actualmente se está llevando a cabo<sup>61</sup>.

Como bien se ha expuesto en el apartado precedente, la regulación de la discapacidad en el Proyecto de Ley va a conllevar un cambio normativo profundo. En este sentido, cabe afirmar que no consiste en un mero cambio terminológico que elimine los términos tradicionales de “incapacidad” e “incapacitación” por otros más precisos y acordes con el espíritu de la Convención, sino de un nuevo y más acertado enfoque de la realidad, ayudando a las personas con discapacidad a tomar sus propias decisiones<sup>62</sup>.

Este cambio implica que se produce un abandono de la declaración de incapacidad, con el previo proceso de incapacitación y la consiguiente modificación de la capacidad. De esta manera, es muy probable que el actual contenido de los artículos 199 y 200 del Código Civil se vean sustituidos por el artículo 249 del Proyecto, que se refiere a las *medidas de apoyo necesarias para que las personas mayores de edad o emancipadas que*

---

<sup>61</sup> Lasarte, C., *Parte General y Derecho de la Persona. Principios de Derecho Civil I*. Cit. pp. 202-203.

<sup>62</sup> López San Luis, R., “El principio de respeto a la voluntad de la persona con discapacidad en la Convención de Nueva York (2006), y su reflejo en el anteproyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad”, *Revista para el análisis del Derecho*, Cit., p. 124.

*las precisen para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica puedan desarrollar plenamente su personalidad y desenvolverse jurídicamente en condiciones de igualdad*<sup>63</sup>.

En este sentido, convendría describir las causas determinantes del nombramiento de la curatela asistencial, dado que el Proyecto de Ley no expresa con claridad en que supuestos la persona con discapacidad requiere apoyo. Además, si bien el texto legal parece referirse principalmente a la discapacidad psíquica, se echa en falta una precisión en este respecto.

De esta manera, es menester recalcar que, al no contemplar el Proyecto de Ley la diversidad de la discapacidad, se puede producir el efecto no deseado de que el tratamiento jurídico que se pretende derivar de la misma no sea el más adecuado.

Si bien la reforma contempla la posibilidad de la curatela con funciones representativas en circunstancias excepcionales, la intención del legislador es que sea concebida como una medida de apoyo o acompañamiento, debiendo inspirarse las medidas en el respeto a la dignidad de la persona. Por lo tanto, aunque hasta el momento se ha entendido que la discapacidad puede ejercer una influencia en la capacidad de autogobierno de la persona, y por ende, determinar la modificación de ésta a través del correspondiente procedimiento de incapacitación, dicha concepción debe ser sustituida por otro sistema opuesto, basado en la prestación de apoyos. No obstante, en este sentido es importante tener en cuenta que el cambio principal reside en los criterios de ejercicio de la curatela, que tratan de proteger a la persona con discapacidad procurando su máxima autonomía, pero sin anular su criterio y voluntad.

En este contexto, a lo largo del Proyecto no se hace alusión de ningún tipo a la distinción entre la capacidad jurídica y la capacidad de obrar. Se menciona el término de capacidad en el sentido de que ésta no puede ser objeto de limitación ni restricción de ninguna especie. Consecuentemente, resultaría incorrecto referirse a procesos de modificación de la capacidad de obrar o de capacidad modificada judicialmente. El Proyecto de Ley

---

<sup>63</sup> Sánchez Gómez, A., “Reflexiones a propósito del Proyecto de Ley de 17 de julio de 2020 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”, *Revista de Derecho Civil*, Cit., p. 414.

defiende que la capacidad se tiene por el hecho de ser persona, lo que implica que no se puede restringir ni modificar<sup>64</sup>.

Dado que el Proyecto tiene en cuenta numerosos tipos de discapacidades, el sistema de apoyos debería alcanzar todo tipo de actuaciones, englobando desde el acompañamiento amistoso, la ayuda técnica en la comunicación de declaraciones de voluntad, la ruptura de barreras, e incluso la toma de decisiones delegadas por la persona con discapacidad, que pueden tener incidencia tanto en la esfera personal como en la patrimonial.

No obstante, la clave reside en si el sistema de apoyos incide en la asistencia en sentido técnico jurídico. Es decir, si bien el procedimiento de determinación de apoyos debe potenciar un sistema de colaboración interprofesional con profesionales especializados de los ámbitos jurídico, asistencial y sanitario que aconsejen las medidas de apoyo más adecuadas<sup>65</sup>, se debe atender al hecho de si para la validez del acto se requiere el concurso del discapacitado y su curador.

Cabe asimismo mencionar que, como se ha aludido en el apartado anterior, hay un evidente cambio de sistema, que reserva la institución tutelar para los menores de edad no emancipados y no sujetos a patria potestad, y la curatela para las personas que requieren apoyos porque no pueden valerse por si mismas. No obstante, en esta misma línea surge un problema conceptual al tratar de delimitar que grado de discapacidad es el que necesita apoyo. Como el legislador no quiere hacer alusión a la capacidad de la persona con discapacidad, se habla de personas que tienen o no suficiente voluntad para tomar sus propias decisiones, pero también hay que atender a la capacidad de conocimiento del acto que se está llevando a cabo.

En este sentido, es importante tener en cuenta que la reforma del Código Civil de 24 de octubre de 1983, al crear la figura de la curatela, consintió al Juez la posibilidad de graduar las limitaciones impuestas al incapaz «en atención a su grado de discernimiento». Por lo tanto, lo que procede tras el Proyecto de Ley es acabar con la dualidad tutela-

---

<sup>64</sup> López San Luis, R., “El principio de respeto a la voluntad de la persona con discapacidad en la Convención de Nueva York (2006), y su reflejo en el anteproyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad”, *Revista para el análisis del Derecho*, Cit., p. 125.

<sup>65</sup> Pau Pedrón, A., “De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código Civil”, *Revista de Derecho Civil*, Cit., p. 26.

curatela y trasladar el apoyo de la persona con discapacidad al ámbito exclusivo de la curatela<sup>66</sup>.

Según Pau Pedrón, al establecer el artículo 269 del Proyecto de Ley que procederá la curatela representativa *sólo en los casos excepcionales en los que resulte imprescindible por las circunstancias de la persona con discapacidad*, se está transmitiendo el criterio al juez. Si procede o no la representación depende únicamente del grado de discapacidad. En la misma línea de reflexión, cabe recordar que en la STS, Sala 1ª, 282/2009, de 30 de marzo, se declara que las instituciones tradicionales del Derecho español no son incompatibles con la CDPD mientras que en su aplicación se sigan las pautas indicadas en la misma, lo que implica que hay que intentar que las personas que necesiten la aplicación de los mecanismos de apoyo sean lo más autónomas posible<sup>67</sup>.

De esta manera, la nueva regulación tiene como objetivo principal adecuar, de la forma más precisa posible, esa asistencia o apoyo a las necesidades de la persona con discapacidad, de forma que exista una correlación lo más exacta posible entre protección y necesidad de protección, entre ayuda y necesidad de ayuda, entre grado de discapacidad y grado de asistencia, de forma que se respete, al máximo posible, la autonomía, voluntad y preferencias de la persona necesitada de apoyos<sup>68</sup>.

En relación con la curatela representativa, cabe recalcar que el mayor problema que puede acarrear se manifiesta en dos aspectos. En primer lugar, determinar aquellos «casos excepcionales» referidos en el artículo 249, en los que, por las condiciones de la persona con discapacidad puede ser necesaria dicha representación. Habría que reflexionar sobre cuales serían los casos excepcionales en los que la persona se encuentra absolutamente privada de sus facultades volitivas y cognitivas, donde la norma por su vocación general no puede entrar a la determinación o concreción de aquellos supuestos. Además, en dichos casos la medida de apoyo debe estar ajustada a la intensidad con la que la

---

<sup>66</sup> *Ibidem*, p. 21.

<sup>67</sup> Ruiz de Huidobro de Carlos, J. M.<sup>a</sup>, *Derecho de la Persona. Introducción al Derecho Civil*, Cit., p. 249.

<sup>68</sup> Pau Pedrón, A., “De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código Civil”, *Revista de Derecho Civil*, Cit., p. 22.

discapacidad comprometa la toma de decisiones, lo que implica una evaluación formal previa de la capacidad real de la persona con discapacidad psíquica<sup>69</sup>.

En segundo lugar, en estos casos, el curador debe desempeñar una labor orientada a averiguar la decisión que hubiera tomado la persona a quien esta representando si no hubiera necesitado la representación, lo que exige llevar a cabo un importante trabajo de reconstrucción hermenéutica, lo que le permita actuar conforme a su voluntad presunta.

No obstante, se darán supuestos donde la propia discapacidad mental impida, a causa de la completa ausencia de voluntad de la persona, poder tomar decisiones. Consecuentemente, se darán situaciones donde no sea posible cumplir la previsión del artículo 249 del Proyecto, que exige a las personas que presten apoyo una actuación conforme a la voluntad, deseos y preferencias de la persona representada, con el fin de que dicha persona *pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias*. En caso de no ser esto posible, se deberán tener en cuenta la *trayectoria vital, los valores y las creencias de la persona a que preste apoyo*, debiendo tomar la decisión que aquélla hubiera tomado en caso de no requerir representación. En estas situaciones, sería pertinente considerar el interés superior como criterio superior que debería guiar la actuación del curador, pese a la omisión del concepto en el texto legal<sup>70</sup>.

Si bien dicho problema resulta más evidente en la curatela representativa, podría asimismo aplicarse a la curatela asistencial.

Otra de las consecuencias mas notorias que la reforma legislativa ha acarreado es la transformación de la curatela en una institución exclusiva de las personas con discapacidad. Dicha reforma ha alejado la curatela de las figuras de la emancipación y la prodigalidad. Hasta la fecha, el emancipado y el pródigo estaban asistidos por un curador, pero a partir de ahora el emancipado estará asistido por un defensor judicial y el pródigo por un “asistente”<sup>71</sup>.

---

<sup>69</sup> Sánchez Gómez, A., “Reflexiones a propósito del Proyecto de Ley de 17 de julio de 2020 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”, *Revista de Derecho Civil*, Cit., p. 418.

<sup>70</sup> *Ibidem*, p. 419.

<sup>71</sup> Pau Pedrón, A., “De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código Civil”, *Revista de Derecho Civil*, Cit., p. 23.

Además, cabe hacer alusión a un problema importante que podría surgir en la práctica con un mero sistema de apoyos. Dicho sistema implica menos controles, lo que puede conllevar a problemas derivados de abusos como consecuencia de la no rendición de cuentas<sup>72</sup>. En este sentido, es fundamental recalcar la necesidad de que el curador, cuando sea necesario, deba dar explicaciones sobre su actuación, de forma que no pueda provocar perjuicios en la esfera patrimonial del discapacitado.

En último termino, es oportuno tener en cuenta que, si bien la reforma pretende aumentar la libertad en la toma de decisiones de las personas que sufren una falta de discernimiento, cabe tener en cuenta que, al no ser un sistema controlado, no podrá cumplir su finalidad si no va acompañado de los recursos personales necesarios para poder llevar a cabo una valoración de las necesidades de la persona con discapacidad en cada caso concreto, además de una revisión periódica de las medidas de apoyo. Por lo tanto, dado que el cambio producido por la reforma pone su énfasis en el ejercicio de la protección de manera procedimental para adaptarse a las necesidades reales de la persona, los recursos necesarios para poder implementar dichos mecanismos son requeridos. No obstante, no se especifican con claridad en el texto legal.

## 5. CONCLUSIONES

Tras haber llevado a cabo el análisis del Proyecto de Ley 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, cabe exponer las siguientes conclusiones:

**Primera.-** El impacto de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad ha sido muy notable, exigiendo una revisión legal y doctrinal sobre el concepto de discapacidad y los derechos y protección de las personas que no tienen plena capacidad de autogobierno, dando pie al Proyecto de Ley 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.

---

<sup>72</sup> Sánchez Gómez, A., “Reflexiones a propósito del Proyecto de Ley de 17 de julio de 2020 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”, *Revista de Derecho Civil*, Cit., p. 421.

**Segunda.-** La doctrina tradicional realiza una distinción entre la capacidad jurídica y la capacidad de obrar. La primera se refiere a la aptitud general para ser titular de derechos y obligaciones, siendo una condición inherente a la personalidad y no graduable, mientras que la capacidad de obrar es la aptitud concreta para realizar actos jurídicos válidos y, consecuentemente, asumir derechos u obligaciones específicas. No obstante, atendiendo a la interpretación del artículo 12 de la CDPD, el Proyecto de Ley modificará esta distinción, diferenciando entre la capacidad jurídica y el ejercicio de dicha capacidad. De esta forma, la capacidad jurídica abarcaría también la antigua capacidad de obrar, mientras que dicho ejercicio tendrá que ser complementado con un sistema de apoyos en los supuestos en los que el sujeto tenga una falta de discernimiento.

**Tercera.-** El Proyecto de Ley tiene por finalidad adaptar el ordenamiento jurídico española a la CDPD. Así, el Proyecto de Ley sustituye el sistema hasta ahora vigente, donde predomina la sustitución en la toma de decisiones que afectan a las personas con discapacidad, por otro donde prima la voluntad y las preferencias de la persona, quien, por norma general, tomará sus propias decisiones. De esta manera, se suprimirá la incapacitación, que se sustituirá por un procedimiento de provisión de apoyos. Además, se elimina tanto la tutela para los mayores de edad como la patria potestad prorrogada o rehabilitada, quedando la institución tutelar limitada a los menores emancipados en situación de desamparo o no sujetos a la patria potestad. De esta forma, la curatela adquiere un papel principal, siendo la figura central de origen judicial para las personas con discapacidad.

**Cuarta.-** La curatela, figura principal en torno a la cual gira la reforma que se está llevando a cabo, debe ser una institución de apoyo cuya actuación sea conforme a la voluntad, deseos y preferencias de la persona representada, de forma que la persona con falta de discernimiento sea capaz de desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias. Se debe procurar su máxima autonomía, pero sin anular su criterio y voluntad.

**Quinta.-** Si bien el Proyecto de Ley puede suponer una protección a los derechos de las personas con falta de discernimiento, dicho texto legal también tiene determinados aspectos criticados por la doctrina. En este sentido, sería conveniente una descripción de las causas determinantes del nombramiento de la curatela asistencial, dado que no se

expresa con claridad en que supuestos el discapacitado requiere apoyo. Además, si bien el texto legal parece referirse principalmente a la discapacidad psíquica, se echa en falta una precisión en este respecto. Asimismo, aunque la reforma pretende aumentar la libertad en la toma de decisiones de las personas que sufren una falta de discernimiento, al no ser un sistema controlado, es complicado que cumpla su finalidad si no va acompañado de los recursos necesarios para poder valorar las necesidades de la persona con discapacidad. Otro de los puntos criticables de dicho texto legal son los posibles problemas derivados de la falta de controles, que pueden conllevar abusos como consecuencia de la no rendición de cuentas.

## BIBLIOGRAFÍA

### a) LEGISLACIÓN

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 21 de abril de 2008).

Ley 13/1983, de 24 de octubre, de Reforma del Código Civil en materia de tutela. BOE núm. 256, de 26 de octubre de 1983.

Proyecto de Ley 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. Boletín Oficial de las Cortes Generales de 17 de julio de 2020.

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. «Gaceta de Madrid», núm. 296, de 25 de julio de 1889.

### b) RECURSOS ELECTRÓNICOS

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>; última consulta 12/02/2021).

Bueyo Díez Jalón, M., “El impacto de la Convención Internacional de las personas con discapacidad”, *Portal de las Personas con Discapacidad* (disponible en: <https://www.discapnet.es/areas-tematicas/nuestros-derechos/tus-derechos-fondo/otros-temas/el-impacto-de-la-convencion>; última consulta 15/03/2021).

Cárdenas Manrique, C., “La falta de discernimiento como supuesto de invalidez del acto jurídico”, *Pasión por el Derecho*, 2019 (disponible en: [https://lpderecho.pe/falta-discernimiento-supuesto-invalidez-acto-juridico/#:~:text=El%20discernimiento%20es%20%E2%80%99Cla%20capacidad,que%20Pacora%20\(2011\)%5B4](https://lpderecho.pe/falta-discernimiento-supuesto-invalidez-acto-juridico/#:~:text=El%20discernimiento%20es%20%E2%80%99Cla%20capacidad,que%20Pacora%20(2011)%5B4); última consulta 05/04/2021).

“Convención”, *Naciones Unidas-Personas con Discapacidad* (disponible en: <https://www.un.org/development/desa/disabilities-es/convencion-sobre-los-derechos-de-las-personas-con-discapacidad-2.html>; última consulta 15/03/2021).

*Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad – Guía de formación.* Publicación de las Naciones Unidas – Alto Comisionado, Nueva York y Ginebra, 2014 (disponible en: [https://www.ohchr.org/Documents/Publications/CRPD\\_TrainingGuide\\_PTS19\\_sp.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Publications/CRPD_TrainingGuide_PTS19_sp.pdf); última consulta 31/03/2021)

“Defensor Judicial”, *Wolters Kluwer* (disponible en: [https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUMjIINTtbLUouLM\\_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAY5bs9zUAAAA=WKE](https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUMjIINTtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAY5bs9zUAAAA=WKE); última consulta 06/03/2021).

Fernández de Buján, A., “Capacidad. Discapacidad. Incapacitación. Modificación judicial de la capacidad”, *Repositorio UAM*, 2011, p. 54 (disponible en [https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/13721/64396\\_4.pdf?sequ](https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/13721/64396_4.pdf?sequ); última consulta 12/02/2021).

*Memento Francis Lefebvre Familia (Civil)*, Base de datos El Derecho Lefebvre, 2020, Capítulo 5, Sección 2ª, (disponible en: <https://online.elderecho.com/seleccionProducto.do?producto=UNIVERSAL&orden=relevancia&universal=patria%20potestad#%2FpresentarMemento.do%3Fnref%3D7dbdbc4d%26producto%3DUNIVERSAL%26idFragmento%3DA844%26marginal%3D2656%26rnd%3D0.3061565502392718%26idConsultaActiva%3D3%26fulltext%3Don>; última consulta 07/03/2021).

Ministerio de Justicia. *Memoria del Análisis del Impacto Normativo*, 2020, p. 26 (Recuperado de: <https://ficheros.mjusticia.gob.es/MAIN%20APL%20por%20la%20que%20se%20reforma%20legislaci%C3%B3n%20civil%20y%20procesal%20apoyo%20personas%20discapacidad.pdf>; última consulta el 19/04/2021).

Naciones Unidas, *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad – Observación general N.º 1*. 2014, p. 1. (Recuperado de:

<http://www.convenciondiscapacidad.es/wp-content/uploads/2019/01/Observaci%C3%B3n-1-Art%C3%ADculo-12-Capacidad-jur%C3%ADdica.pdf>; última consulta 31/03/2021).

“Panorámica de la discapacidad en España. Encuesta de Discapacidad, Autonomía personal y situaciones de Dependencia” *Boletín Informativo del Instituto Nacional de Estadística (INE)*, n.10/2009, pp.2-3. (Recuperado de: <https://www.ine.es/revistas/cifraine/1009.pdf>; última consulta 02/03/21).

“Tutela”, *Wolters Kluwer* (disponible en: [https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAABAEAMtMSbF1jTAAAUMTE1NLtbLUouLM\\_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAq5mmUzUAAAA=WKE](https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAABAEAMtMSbF1jTAAAUMTE1NLtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAq5mmUzUAAAA=WKE); última consulta 08/03/2021).

Valls Xufré, J. M<sup>a</sup>., “La abolición de la incapacitación. El notario y los apoyos a la discapacidad (I). La Convención de Nueva York y su incumplimiento en España”, *ElDerecho-Lefebvre*, 2020 (Recuperado de: <https://elderecho.com/la-abolicion-de-la-incapacitacion-el-notario-y-los-apoyos-a-la-discapacidad-i-la-convencion-de-nueva-york-y-su-incumplimiento-en-espana>; última consulta 01/04/2021).

#### c) OBRAS DOCTRINALES

Albaladejo, M., *Curso de Derecho Civil, Derecho de Familia IV*, Edisofer, Madrid, 2009, p. 280.

Acuña San Martín, M., “Cambios en la patria potestad y en especial de su ejercicio conjunto”, *Revista de derecho (Valdivia)*, vol. 28, n.1, 2015, pp. 56-57.

Carrión Olmos, S., “Prodigalidad y adicciones”, *Revista española de drogodependencias*, vol. 35, n.2, 2010, p. 238.

De Lorenzo García, R. & Palacios, A., “La convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad: balance de una década de vigencia”, de Miguel Vijandi, B. (coord.), *La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad – 2006/2016: Una década de vigencia*, Cinca, Madrid, 2016, pp. 15-16.

García Pons, A., “El artículo 12 de la Convención de Nueva York de 2006 sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su impacto en el Derecho Civil de los Estados signatarios: el caso de España”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo 66, fasc. 1, 2013, p. 62, 66, 73.

Lasarte, C., *Parte General y Derecho de la Persona. Principios de Derecho Civil I*, Marcial Pons, Madrid, 2017, 23ª ed., pp. 202-203, 207-208.

López San Luis, R., “El principio de respeto a la voluntad de la persona con discapacidad en la Convención de Nueva York (2006), y su reflejo en el anteproyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad”, *Revista para el análisis del Derecho*, n. 2, 2020, pp. 124-125, 127.

Munar Bernat, P., A., “La curatela: Principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad”, *Revista de Derecho Civil*, vol. 5, n. 3, 2018, pp. 131-133, 142-145.

Pau Pedrón, A., “De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código Civil”, *Revista de Derecho Civil*, vol. 5, n.3, 2018, p. 8, 21-23, 26.

Rodríguez-Ynyesto Valcárce, A. *La prodigalidad en el nuevo sistema civil de la capacidad de obrar de la persona*, Aranzadi, Pamplona, 1990., pp. 63-64, 67-73, 75.

Ruiz de Huidobro de Carlos, J. M.<sup>a</sup>, *Derecho de la Persona. Introducción al Derecho Civil*. Dykinson, Madrid, 2018, 2º ed., pp. 156-157, 158, 246, 248-249.

Sánchez Gómez, A., “Reflexiones a propósito del Proyecto de Ley de 17 de julio de 2020 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”, *Revista de Derecho Civil*, vol. 7, n. 5, 2020., p. 392, 414, 418-419, 421.

Serrano Molina, A., *La Remoción del Tutor*. Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 1999., p. 221-225.

Zurita Martín, I., “Guarda legal de personas incapaces y de hijos mayores incapacitados”, *Revista de Derecho Civil*, vol. 2, n. 3., p. 110, 115.

## ANEXO

### Sección 3.<sup>a</sup> Del ejercicio de la curatela

#### **Artículo 282.**

El curador tomará posesión de su cargo ante el letrado de la Administración de Justicia.

Una vez en el ejercicio de la curatela, estará obligado a mantener contacto personal con la persona a la que va a prestar apoyo y a desempeñar las funciones encomendadas con la diligencia debida.

El curador asistirá a la persona a la que preste apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica respetando su voluntad, deseos y preferencias.

El curador procurará que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones.

El curador procurará fomentar las aptitudes de la persona a la que preste apoyo, de modo que pueda ejercer su capacidad con menos apoyo en el futuro.

#### **Artículo 283.**

Cuando quien desempeñe la curatela esté impedido de modo transitorio para actuar en un caso concreto, o cuando exista un conflicto de intereses ocasional entre él y la persona a quien preste apoyo, el letrado de la Administración de Justicia nombrará un defensor judicial que lo sustituya. Para este nombramiento se oír a la persona que precise el apoyo y se respetará su voluntad, deseos y preferencias.

Si, en el caso previsto en el párrafo anterior, fueran varios los curadores con funciones homogéneas, estas serán asumidas por quien de entre ellos no esté afectado por el impedimento o el conflicto de intereses.

Si la situación de impedimento o conflicto fuera prolongada o reiterada, la autoridad judicial de oficio, a instancia del Ministerio Fiscal, de cualquier persona legitimada para instar el procedimiento de provisión de apoyos o de cualquier persona que esté desempeñando la curatela y previa audiencia a la persona con discapacidad y al Ministerio Fiscal, podrá reorganizar el funcionamiento de la curatela, e incluso proceder al nombramiento de un nuevo curador.

#### **Artículo 284.**

Cuando la autoridad judicial lo considere necesario por concurrir razones excepcionales, podrá exigir al curador la constitución de fianza que asegure el cumplimiento de sus obligaciones y determinará la modalidad y cuantía de la misma. Una vez constituida, la fianza será objeto de aprobación judicial.

En cualquier momento la autoridad judicial podrá modificar o dejar sin efecto la garantía que se hubiese prestado.

#### **Artículo 285.**

El curador con facultades representativas estará obligado a 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 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.

#### **Artículo 286.**

En el caso de que el curador no incluya en el inventario los créditos que tenga contra la persona a la que presta apoyo, se entenderá que renuncia a ellos.

#### **Artículo 287.**

El curador que ejerza funciones de representación de la persona que precisa el apoyo necesita autorización judicial para los actos que determine la resolución y, en todo caso, para los siguientes:

1.º Realizar actos de transcendencia personal o familiar cuando la persona afectada no pueda hacerlo por sí mismo, todo ello a salvo lo dispuesto legalmente en materia de internamiento.

2.º Enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, bienes o derechos de especial significado personal o familiar, bienes muebles de extraordinario valor, objetos preciosos, y valores mobiliarios no cotizados en mercados oficiales de la persona con medidas de apoyo, arrendar inmuebles por tiempo que exceda de seis años, o celebrar contratos o realizar actos que tengan carácter dispositivo y sean susceptibles de inscripción. Se exceptúa la venta del derecho de suscripción preferente de acciones. La enajenación de los referidos bienes se realizará mediante venta directa salvo que el Tribunal considere que es necesaria la enajenación en subasta judicial para mejor y plena garantía de los derechos e interés de su titular.

3.º Disponer a título gratuito de bienes o derechos de la persona con medidas de apoyo, salvo los que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar.

4.º Renunciar derechos, así como transigir o someter a arbitraje cuestiones relativas a los intereses de la persona cuya curatela ostenta, salvo que sean de escasa relevancia económica. No se precisará la autorización judicial para el arbitraje de consumo.

5.º Aceptar sin beneficio de inventario cualquier herencia o repudiar esta o las liberalidades.

6.º Hacer gastos extraordinarios en los bienes de la persona a la que presta apoyo.

7.º Interponer demanda en nombre de la persona a la que presta apoyo, salvo en los asuntos urgentes o de escasa cuantía. No será precisa la autorización judicial cuando la persona con discapacidad inste la revisión de la resolución judicial en que previamente se le hubiesen determinado los apoyos.

8.º Dar y tomar dinero a préstamo y prestar aval o fianza.

9.º Celebrar contratos de seguro de vida, renta vitalicia y otros análogos, cuando estos requieran de inversiones o aportaciones de cuantía extraordinaria.

### **Artículo 288.**

La autoridad judicial, cuando lo considere adecuado para garantizar la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, podrá autorizar al curador la realización de una pluralidad de actos de la misma naturaleza o referidos a la misma actividad económica, especificando las circunstancias y características fundamentales de dichos actos.

**Artículo 289.**

No necesitarán autorización judicial la partición de herencia o la división de cosa común realizada por el curador representativo, pero una vez practicadas requerirán aprobación judicial. Si hubiese sido nombrado un defensor judicial para la partición deberá obtener también la aprobación judicial, salvo que se hubiera dispuesto otra cosa al hacer el nombramiento.

**Artículo 290.**

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.