



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

**LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN
EL CÓDIGO CIVIL TRAS SU REFORMA POR LA LEY 8/2021, DE
2 DE JUNIO. EN ESPECIAL, LA REGULACIÓN DE LOS
PODERES Y MANDATOS PREVENTIVOS**

Autor: Fabiola Carrión Carrillo

4º E-1

Área de Derecho Civil

Tutor: Alberto Serrano Molina

Madrid

Abril, 2022

ÍNDICE:

LISTADO DE ABREVIATURAS:	1
1. INTRODUCCIÓN.....	2
2. LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL DE NUEVA YORK SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.....	3
2.1. Consideraciones generales	3
2.2. Los principios informadores reconocidos por la Convención.....	5
2.3. El reconocimiento de la capacidad jurídica como una cuestión de derechos humanos.....	8
2.4. El cumplimiento de la Convención en España.....	10
3. LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD	16
3.1. La discapacidad: delimitación conceptual	16
3.2. La capacidad jurídica de la persona discapacitada	18
4. LA NUEVA REGULACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL PARA LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD	20
4.1. Consideraciones generales	20
4.2. Ámbito contractual	22
4.3. Ámbito familiar	24
4.4. Ámbito sucesorio	26
4.5. Ámbito de la responsabilidad extracontractual	28
5. EN ESPECIAL, LOS PODERES Y MANDATOS PREVENTIVOS.....	29
5.1. Delimitación conceptual y fundamentación jurídica	29
5.2. Naturaleza jurídica.....	30
5.3. Modalidades	32
5.4. Régimen jurídico	33
5.4.1. <i>Sujetos</i>	33
5.4.2. <i>Contenido y extensión</i>	34
5.4.3. <i>Forma</i>	36
5.4.4. <i>Extinción</i>	36
5.4.5. <i>Eficacia, publicidad y revisión</i>	39
6. CONCLUSIONES	41
BIBLIOGRAFÍA	43

LISTADO DE ABREVIATURAS:

Art(s): Artículo(s).

BOE: Boletín Oficial del Estado.

CC: Código Civil.

CDPD: Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con discapacidad.

CE: Constitución.

CERMI: Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad.

CP: Código Penal.

FJ: Fundamento Jurídico.

LAPD: 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.

Núm.: Número.

ONU: Organización de las Naciones Unidas.

Párr.: Párrafo.

STS: Sentencia del Tribunal Supremo.

TC: Tribunal Constitucional.

TS: Tribunal Supremo.

1. INTRODUCCIÓN

A lo largo de la historia, el concepto jurídico de persona con discapacidad ha evolucionado de manera sustancial, fruto de la asunción de diferentes modelos de tratamiento. La más reciente evolución del concepto se puede entender como consecuencia de la supremacía de los *modelos médico y social*¹. El primero, aborda la discapacidad desde una perspectiva sociosanitaria y denuncia que la exclusión de la persona con discapacidad tiene su origen en sus limitaciones². El segundo, rechaza el biodeterminismo propio del modelo médico y asume que es el entorno social y, sobre todo, las leyes las que discapacitan³.

La Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad (en adelante, CDPD), ha supuesto la consolidación del cambio de paradigma: del modelo médico al modelo social⁴. El máximo exponente de ello ha sido su artículo 12, calificado por la doctrina como el “*alma mater*” o corazón de la CDPD⁵. Este artículo proclama que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica como las demás en todos los aspectos de la vida, lo que se traduce en el reemplazo de un sistema de carácter tradicionalmente paternalista basado en la sustitución en la toma de decisiones, por un nuevo modelo, el asistencial, consistente en el respeto de la voluntad, deseos y preferencias⁶.

Tras ingentes esfuerzos legislativos en la adecuación de nuestro ordenamiento jurídico a la CDPD, la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica⁷ (en adelante, LAPD), reconoce la igualdad jurídica de este colectivo y prohíbe la discriminación en cualquier aspecto.

El presente trabajo tiene por objeto abordar el estudio de la protección que el ordenamiento jurídico español otorga al colectivo de personas con discapacidad tras su reforma por la LAPD.

¹ Álvarez Lata, N., y Seoane, J.A., “El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad. Una revisión de los modelos de representación y guarda a la luz de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad”, *Derecho Privado y Constitución*, n. 10, 2010, p. 14.

² Lindón Heras, L., “Discapacidad y Observaciones Generales de los comités de derechos humanos de la ONU: una relación asimétrica entre la invisibilidad, el modelo médico y el modelo de derechos humanos”, *Revista Española de Discapacidad*, vol. 1, n. 1, 2013, p. 48.

³ *Id.*

⁴ Cabra de Luna, M.A., “La Reforma del Derecho Civil a la luz de la Convención de Nueva York: el rol de la Comisión de Legislación del Real Patronato sobre Discapacidad”, *Revista Española de Discapacidad*, vol. 9, n. 2, 2021, p. 180.

⁵ Torres Costas, M. E., “La capacidad jurídica a la luz del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad”, *Colección de Derecho Privado*, 2020 (disponible en https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-PR-2020-168; última consulta 23/03/2022), p. 25.

⁶ Cabra de Luna, M.A., *Op. Cit.*, p. 184.

⁷ Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (BOE: 3 de junio de 2021).

Comenzaremos nuestro análisis atendiendo al contenido y principios informadores de la CDPD, en particular al citado artículo 12 así como a las importantes discusiones doctrinales que ha suscitado su interpretación.

En él se hará un recorrido general sobre el *iter* legislativo y jurisprudencial de adaptación de nuestro ordenamiento jurídico a la CDPD, hasta llegar a la actual Ley 8/2021, de 2 de junio.

El eje de nuestro estudio va a ser la persona con discapacidad, y como tal, nos ocuparemos de los conceptos de “persona con discapacidad” y “capacidad jurídica” tras la reforma, a la vez que ofreceremos una amplia visión de aquellas esferas más importantes de la persona con discapacidad que se han visto afectadas por la LAPD.

Por último, y en base a la prioridad que la ley otorga a las medidas de apoyo voluntarias, se analizará con detalle el novedoso régimen jurídico de los poderes y mandatos preventivos.

Tal y como podrá comprobarse, a lo largo de este trabajo, citamos a numerosos autores que han ahondado en el estudio de la cuestión, arrojando diferentes interpretaciones y poniendo en tela de juicio la legislación vigente. El principal objetivo de este trabajo es poner de relieve las cuestiones más relevantes que atañen a las personas con discapacidad, al tiempo que ofrecer una opinión crítica sobre la materia en cuestión.

2. LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL DE NUEVA YORK SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

2.1. Consideraciones generales

La CDPD fue aprobada por consenso en la 76.^a sesión plenaria de la Asamblea General de Naciones Unidas en sede de Nueva York el 13 de diciembre de 2006⁸. En nuestro país, entró en vigor el 3 de mayo de 2008⁹.

En palabras del vicesecretario general Mark Malloch Brown, se trata del *“primer tratado del siglo XXI en ser adoptado, el tratado que se ha negociado con mayor rapidez en la historia del derecho internacional y el primero que surgió del cabildeo emprendido por internet”¹⁰*.

La Convención cuenta con un Protocolo de índole facultativa, aprobado en la misma fecha que la Convención, por el cual todo Estado Parte reconoce las competencias del Comité de

⁸ “Resolución 61/106 aprobada por la Asamblea General. Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y su Protocolo Facultativo”. A/RES/61/106, 2007 (disponible en http://www.oas.org/DIL/esp/A-RES_61-106_spa.pdf; última consulta 15/11/2021).

⁹ Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (BOE 21 de abril de 2008).

¹⁰ “ONU adopta Convención sobre derechos de las personas con discapacidades”, *Noticias ONU*, 13 de diciembre de 2006 (disponible en: ONU adopta Convención sobre derechos de las personas con discapacidades | Noticias ONU (un.org); última consulta 15/11/2021).

Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. El mencionado Comité es un órgano conformado por expertos independientes facultado para recibir y resolver sobre las reclamaciones de las personas y grupos de personas que consideren vulnerado cualquiera de los derechos enunciados en el Pacto¹¹.

Ambos, CDPD y Protocolo Facultativo, son instrumentos internacionales cuyo propósito -de acuerdo con el párrafo primero del artículo 1 CDPD- es “*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*”.

En opinión de De las Heras, tras una primera revisión del texto, se podría considerar que se trata de un cuerpo innecesario e incluso “redundante¹²”, debido a que no incorpora a nuestro ordenamiento jurídico ningún derecho distinto a los ya proclamados por otras normas, tanto a nivel internacional -arts. 1 y 2.1. de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948¹³ y arts. 1 y 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea¹⁴- como a nivel interno -arts. 9, 10, 14 o 49 de la Constitución española de 1978-.

Sin embargo, el fundamento de la Convención es otro, no se trata de reconocer nuevos derechos, sino de dar respuesta a la infortunada situación de vulneración de derechos universalmente reconocidos sufrida por las personas con discapacidad, ante la ignorancia o inobservancia, cuando no ocultación de derechos hacia este colectivo¹⁵, derechos que son reconocidos con carácter general a toda persona, incluidas las personas con discapacidad.

La Convención es la respuesta de la ONU ante la demandada cuestión de justicia básica que suponía la “*invisibilidad jurídica*” de las personas con discapacidad¹⁶. La abolición de cualquier tipo de discriminación por razón de discapacidad, respondía a una exigencia de la Comunidad internacional, que reclamaba “*la asunción indubitada del fenómeno de la discapacidad como una cuestión de derechos humanos, y el contar con una herramienta*

¹¹ “Comité sobre los Derechos de Personas con Discapacidad”, ACNUDH, (Disponible en ACNUDH | Comité de los derechos de las personas con discapacidad (ohchr.org); última consulta 17/11/2021).

¹² De las Heras García, M.A., “Discapacidad y modelo social en el marco de la Convención de la ONU de 2006: Personas Mayores y Derecho Civil”, *Informes Portal Mayores*, n. 101, 2010, p. 2.

¹³ Declaración Universal de Derechos Humanos (BOE 10 de octubre de 1979).

¹⁴ Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (DOUE 18 de diciembre de 2000).

¹⁵ 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*, 66, 2013, p. 72.

¹⁶ Sanjosé Gil, A., “El primer tratado de Derechos Humanos del siglo XXI. La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad”, “*Revista electrónica de estudios internacionales*”, n. 13, 2007, p. 3.

jurídica vinculante a la hora de hacer valer los derechos de las personas”, -señaló el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (en adelante, CERMI)-¹⁷.

De acuerdo con Palacios Rizzo, la CDPD introduce un cambio de paradigma con la adopción del enfoque del *modelo social* de la discapacidad en sustitución del *modelo médico o rehabilitador*¹⁸.

En este sentido, la CDPD ha supuesto un hito normativo, pues la fórmula que adopta garantiza la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y el efectivo goce y ejercicio de sus derechos en igualdad de condiciones que el resto de las personas.

2.2. Los principios informadores reconocidos por la Convención

Bajo la rúbrica de “Principios Generales”, recoge el artículo 3 de la CDPD, los fundamentos que informan la Convención y sobre los cuales se deberá interpretar y aplicar:

“a) El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas;

b) La no discriminación;

c) La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad;

d) El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas;

e) La igualdad de oportunidades;

f) La accesibilidad;

g) La igualdad entre el hombre y la mujer;

h) El respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad”.

La Convención en un ejercicio de reiteración y con ánimo enfático, recoge en el inciso a) del mentado artículo tres importantes principios -dignidad, autonomía individual, e independencia de las personas- que ya habían sido proclamados en el Preámbulo, en su punto n): *“Reconociendo la importancia que para las personas con discapacidad reviste su autonomía e independencia individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones”.*

El primer principio reconocido por la Convención es el de *dignidad* de todas las personas, entendida como aptitud propia de todo sujeto capaz de autodeterminarse, es decir, aquella

¹⁷ *Id.*

¹⁸ Palacios Rizzo, A., “El modelo social de la discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la convención internacional de derechos de las personas con discapacidad”, *CERMI*, n. 36, 2008, p. 217.

cualidad que atribuye al ser humano racionalidad en la toma de sus decisiones¹⁹. En la mayoría de las sociedades, el concepto de dignidad tradicionalmente se ha fundado sobre unos caracteres vagos e imprecisos que reparaban en exclusiva en la esfera individual de la persona y cuya atribución se hacía depender del mayor o menor grado de utilidad que suponía el ser humano para la sociedad, dejando de lado otros factores, como el contexto en que dichos caracteres se desarrollan, o los impedimentos que el sujeto pueda padecer, lo cual ha derivado en la exclusión social de muchos individuos, entre ellos las personas con discapacidad²⁰. Sin embargo, como advierten Palacios y Bariffi, la concepción moderna de dignidad humana recogida por la CDPD entiende que los seres humanos tienen un papel en sociedad que es autónomo y totalmente independiente de su utilidad o valor de uso en esta²¹.

Otro principio íntimamente relacionado con el de la dignidad humana es el de *autonomía*, noción entendida como la facultad de autogobierno o autodeterminación de una persona. En opinión de Sánchez Martínez y Solar Cayón, el reconocimiento de la CDPD a las personas con discapacidad como sujetos moralmente libres sitúa el fenómeno de la discapacidad en el ámbito de los derechos humanos, lo que exige la promoción y protección de su desarrollo autónomo, así como la adopción de las medidas que al efecto resulten pertinentes²². El reconocimiento de la autonomía y por ende del desarrollo de la dignidad, libertad y personalidad, otorga al principio de protección un carácter meramente supletorio, que será de aplicación exclusiva para el caso en que el autogobierno no sea posible, y en todo caso consistirá en la toma de las medidas necesarias para la asistencia a fin de tener una vida independiente, y no en la sustitución de la autonomía²³.

Las letras b), c), d) y e) del artículo 3 CDPD recogen los principios de “*la no discriminación*”; “*la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad*”; “*el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas*”; y de “*la igualdad de oportunidades*”. A juicio de Palacios Rizzo, dichos principios pueden concentrarse en uno solo: el de igualdad, configurado como valor inherente e

¹⁹ Cuenca Gómez, P., “Sobre la inclusión de la discapacidad en la teoría de derechos humanos” *Revista de estudios políticos (nueva época)*, n. 158, 2012, p. 120.

²⁰ *Ibid.* p.119.

²¹ Palacios, A., y Bariffi, F., “La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad”, *Cinca, Colección Telefónica Accesible*, n. 4, 2007, p. 74.

²² Sánchez Martínez, M. O., y Solar Cayón, J. I., “Principios y Objetivos de la Convención”, *La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Dykinson, Madrid, 2015, p. 43.

²³ *Id.*

independiente de cualquier diferencia física, psíquica o sensorial²⁴. El reconocimiento de una igualdad respetuosa de las diferencias es, siguiendo al mismo autor, una de las premisas indispensables del modelo social de la discapacidad plasmado en el articulado de la Convención²⁵.

El aludido principio conecta con otras medidas y garantías tendentes a asegurar que las personas con discapacidad pueden ejercitar su capacidad jurídica en condiciones igualitarias y sin discriminación²⁶.

Siguiendo con el artículo 3 CDPD, en su letra f) reconoce el principio de “*la accesibilidad*” universal. Se trata de un principio implícito en el de igualdad, que garantiza el cumplimiento de los requisitos de accesibilidad a las personas en todos los ámbitos del ejercicio de su capacidad jurídica, así como la identificación y supresión de las barreras que dificulten o impidan a estos tener una vida independiente²⁷.

La letra g) del mentado artículo, prevé el principio de “*la igualdad entre el hombre y la mujer*”. La justificación del porqué se ha incluido éste como principio rector e inspirador de las normas de la CDPD se encuentra, según Palacios Rizzo, en que durante mucho tiempo las mujeres con discapacidad no fueron visibles en el sistema de derechos humanos de las Naciones Unidas²⁸. En último lugar, el artículo 3 recoge el principio de “*el respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad*”. El mismo es reflejo de la protección que de forma específica dota la Convención a los niños y niñas con discapacidad, particularmente de su dignidad, autonomía e independencia²⁹.

Ciertamente, algunos de los principios generales de la Convención ya eran *ex ante* reconocidos y proclamados por la Comunidad Internacional, empero algunos otros sí han sido obra específica de la CDPD³⁰: el principio de “*participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad*”; el principio de “*respeto por la diferencia y aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas*”; el principio de “*accesibilidad*”; y el principio de “*respeto a la evolución de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad*”.

²⁴ Palacios Rizzo, A., “El modelo social de la discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la convención internacional de derechos de las personas con discapacidad”, *CERMI*, n. 36, 2008, p. 275.

²⁵ *Ibid*, p. 143

²⁶ Cuenca Gómez, P., “El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española”, *REDUR*, 10, 2012, p. 72.

²⁷ *Id.*

²⁸ Palacios Rizzo, A., Op. Cit., p. 275.

²⁹ *Id.*

³⁰ Sanjosé Gil, A., Op. Cit., p. 11.

2.3. El reconocimiento de la capacidad jurídica como una cuestión de derechos humanos

Afirman Palacios y Bariffi que el cambio de paradigma introducido por la CDPD se puede comprender mediante la siguiente simplificación: el tratamiento de la discapacidad como una cuestión de derechos humanos³¹.

Esta consideración supone un verdadero reconocimiento de las personas con discapacidad como sujetos de derechos en igualdad de condiciones al resto de ciudadanos, sin que quepa discriminación alguna en titularidad, goce, amparo o ejercicio³².

El artículo 12, rubricado como “*igual reconocimiento ante la ley*” recoge las premisas indispensables para hacer efectivo dicho enfoque:

En el párrafo primero del mencionado artículo, la CDPD “reafirma” el derecho de las personas con discapacidad al reconocimiento de su personalidad jurídica en todas partes: “*Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica*”. Nótese, que la Convención al utilizar el término “reafirma” pretende indicar confirmación de un derecho básico, propio de toda persona por el hecho de serlo, y preexistente, en el sentido de haber sido reconocido previamente³³.

El párrafo segundo del citado artículo es el verdaderamente revelador del cambio de paradigma hacia el modelo social de la discapacidad, al reconocer una igual capacidad jurídica tanto para personas con discapacidad como para personas sin discapacidad: “*Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida*”.

El inciso tercero del mismo artículo dispone la obligación de los Estados Partes de adoptar “*las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica*”. Este precepto determina la base del nuevo sistema, consistente en el reemplazo del tradicional modelo de sustitución en la toma de decisiones, por un nuevo modelo, el asistencial, consistente en el respeto de la voluntad, deseos y preferencias³⁴. A este respecto, prevé la adopción por los Estados Parte de los ajustes necesarios en su legislación interna que permitan el acceso al apoyo para el ejercicio de la

³¹ Palacios, A., y Bariffi, F., Op. Cit., p. 11.

³² Cuenca Gómez, P., “La igualdad en la capacidad jurídica de las personas con discapacidad: algunas implicaciones del art. 12 de la CDPD en el Ordenamiento jurídico español. *Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid* (disponible en Microsoft Word - I Congreso Disc y DDHH - Comisión I - CUENCA GOMEZ Patricia.doc (repositoriocdpd.net); última consulta 18/12/2021)., S.P.

³³ García Pons, A., Op. Cit., p. 66.

³⁴ Cabra de Luna, M.A., Op. Cit., p. 184.

capacidad jurídica a las personas con discapacidad que así lo precisen. Las medidas adoptadas cuentan con las garantías del artículo 12.4 CDPD.

El párrafo cuarto, con ánimo de equilibrar la situación, obliga a los Estados Partes a adoptar las *“salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos”*. Estas salvaguardias procurarán que las medidas adoptadas *“respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial”*. En todo caso las salvaguardias, *“serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas”*.

La norma se ocupa en el quinto y último inciso del artículo 12 CDPD de dar protección expresa a ciertos derechos patrimoniales de las personas con discapacidad que tradicionalmente se han visto vulnerados, garantizando que los Estados Partes *“tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero”*³⁵. A este fin, los Estados Partes *“velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria”*. Doctrinalmente este artículo suscitó una gran discusión centrándose el debate en si la CDPD quiso verdaderamente, o no, eliminar la clásica distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar³⁶. El estudio en profundidad de dicha cuestión excede de estas páginas, si bien me remito a hacer un breve análisis:

Habida cuenta de *“el malentendido general acerca del alcance exacto de las obligaciones de los Estados Parte en virtud del artículo 12 de la Convención”*³⁷, el Comité Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad se pronunció sobre la interpretación del artículo 12, pues consideraba que *“no se ha comprendido en general que el modelo de la discapacidad basado en los derechos humanos implica pasar del paradigma de la adopción de decisiones sustitutiva a otro que se base en el apoyo para tomarlas”*³⁸.

³⁵ Cuenca Gómez, P., Op. Cit., p. S.P

³⁶ García Pons, A., Op. Cit., p. 67.

³⁷ “Observación general sobre el artículo 12: igual reconocimiento como persona ante la ley”, CRPD/C/11/4, 2013 (disponible en https://www.ohchr.org/documents/hrbodies/crpd/gc/dgcarticle12_sp.doc; última consulta 30/01/2022).

³⁸ *Id.*

El Comité reiteró su interpretación en su Observación general Núm. 1 de 19 de mayo de 2014³⁹. En el inciso doceavo de dicha observación, afirmó que el término “capacidad jurídica” empleado, debía entenderse en el sentido más amplio de la palabra pues incluye no solo la aptitud de ser titular de derechos, sino también la de actuar en derecho. Asimismo, en el punto decimocuarto de la mentada Observación, el Comité señaló que ambas facetas de la capacidad jurídica -capacidad de goce y ejercicio- debían ser reconocidas en igualdad de condiciones a todas las personas, incluidas las personas con discapacidad. En el punto vigesimoquinto, insistió de nuevo en que dicha “capacidad jurídica universal” es un derecho inherente a todas las personas con independencia del tipo o grado de discapacidad y prohíbe que los Estados Partes nieguen o reduzcan la capacidad jurídica por razón de discapacidad.

2.4. El cumplimiento de la Convención en España

España fue el primer país europeo en ratificar la referida norma internacional, así como su Protocolo Facultativo, mediante Instrumento de Ratificación de la Jefatura del Estado y sin formular reserva alguna, en fecha de 23 de noviembre de 2007⁴⁰.

Ambos textos -CDPD y Protocolo Facultativo- fueron publicados en el Boletín Oficial del Estado el día 21 y 22 de abril de 2008, respectivamente, y entraron en vigor de forma simultánea, el 3 de mayo de este mismo año, constituyendo desde entonces Derecho Positivo directamente aplicable, sobre la base de lo dispuesto en el art. 96.1 de nuestra Constitución (en adelante, “CE”), y en el art. 5.1. del Código Civil (en adelante, “CC”), debiendo servir incluso como criterio interpretativo de las leyes internas (cfr. art. 10.2 CE)⁴¹.

El legislador español, fue dando una paulatina respuesta a los imperativos legales de la Convención. La trayectoria legislativa comenzó con la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad⁴². Dicha ley llevó a cabo la modificación de numerosos cuerpos legales de nuestro ordenamiento jurídico para adaptarlos a la norma internacional.

³⁹ “Observación general Núm. 1 (2014). Artículo 12: igual reconocimiento como persona ante la ley”, *CRPD/C/GC/1*, 2014 (disponible en https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD/C/GC/1; última consulta 30/01/2022).

⁴⁰ García Pons, A., Op. Cit., p. 61

⁴¹ Pérez de Ontiveros Baquero, C., “La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y el sistema español de modificación de la capacidad de obrar”, *Derecho Privado y Constitución*, 23, 2009, p. 336.

⁴² Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (BOE 2 de agosto de 2011).

El Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social⁴³, en un intento de continuar con la reforma, y a pesar de su título, únicamente trató aquellos aspectos sobre los que versan las leyes objeto de refundición⁴⁴.

A lo que hay que sumar, la reforma del Código Penal⁴⁵ (en adelante, CP); de la Ley de jurisdicción voluntaria, (Ley 4/2017, de 24 de junio, de modificación de la Ley 15/2015, de 2 de julio⁴⁶, para garantizar el derecho de las personas con discapacidad a contraer matrimonio en igualdad de condiciones); de la Ley del Tribunal del Jurado, para garantizar la participación de las personas con discapacidad sin exclusiones⁴⁷; y de la Ley del Régimen Electoral General, para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad⁴⁸.

Se modifica nuevamente el Código Penal, por la Ley Orgánica 2/2020, de 16 de diciembre⁴⁹, con el fin de erradicar la esterilización forzosa o no consentida de las personas con discapacidad incapacitadas judicialmente, que según los datos del Consejo General del Poder Judicial se trataba de una práctica habitual en nuestro país⁵⁰.

A pesar de las numerosas reformas operadas por el Estado español, ninguna procedió a la revisión y adecuación de las leyes reguladoras del ámbito jurídico privado de la discapacidad al artículo 12 de la CDPD⁵¹. No obstante, la preocupación se vivió desde el primer momento, reflejo de ello fue que apenas transcurrido un año desde la publicación en el BOE del Instrumento de Ratificación de la Convención, la Ley 1/2009, de 25 de marzo⁵², en su

⁴³ Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social (BOE 13 de diciembre de 2013).

⁴⁴ Mayor del Hoyo, M. V., “Los Derechos civiles en España ante la Convención de Naciones Unidas sobre discapacidad. Especial referencia al Derecho civil aragonés: ¿una adaptación condicionada por la reforma estatal?”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 782, 2020, p. 3.362.

⁴⁵ Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE 31 de marzo de 2015).

⁴⁶ Ley 4/2017, de 24 de junio, de modificación de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (BOE 29 de junio de 2017).

⁴⁷ Ley Orgánica 1/2017, de 13 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, para garantizar la participación de las personas con discapacidad sin exclusiones (BOE 14 de diciembre de 2017).

⁴⁸ Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad (BOE 6 de diciembre de 2018).

⁴⁹ Ley Orgánica 2/2020, de 16 de diciembre, de modificación del Código Penal, para la erradicación de la esterilización forzosa o no consentida de personas con discapacidad incapacitadas judicialmente (BOE 17 de diciembre de 2020).

⁵⁰ Berrocal Lanzarot, M. I., “Las medidas voluntarias de apoyo en la Ley 8/2021, de 2 de junio: Los poderes y mandatos preventivos”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 786, 2021, p. 2397.

⁵¹ *Id.*

⁵² Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley de 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 (BOE 26 de marzo de 2009).

Disposición Final Primera, concedió al Gobierno, un plazo de seis meses, desde la entrada en vigor de la ley, para remitir a las Cortes Generales, *“un Proyecto de Ley de reforma de la legislación reguladora de los procedimientos de incapacitación judicial, que pasarán a denominarse procedimientos de modificación de la capacidad de obrar, para su adaptación a las previsiones de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada por las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006”*. Sin embargo, el Estado español no cumplió con dicho mandato.

Por su parte, la citada Ley 26/2011⁵³, en su Disposición Adicional Séptima, encomendó al Gobierno que en el plazo de un año, desde la entrada en vigor de la ley, remitiese a las Cortes Generales *“un Proyecto de Ley de adaptación normativa del ordenamiento jurídico para dar cumplimiento al artículo 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en lo relativo al ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones que las demás en todos los aspectos de la vida. Dicho Proyecto de Ley establecerá las modificaciones necesarias en el proceso judicial de determinación de apoyos para la toma libre de decisiones de las personas con discapacidad que los precisen”*. Nuevamente, el encargo se incumplió.

En este contexto, y pese a que el Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad había felicitado al Estado español por los avances acometidos en muchos ámbitos relativos a los derechos de las personas con discapacidad por la Ley 26/2011, manifestó su preocupación por su demora en la adecuación de la normativa española al artículo 12 de la CDPD⁵⁴. En opinión de Mayor del Hoyo, ello se debió a la enorme complejidad de la materia, así como a los posicionamientos dispares sobre la interpretación del artículo 12 CDPD, la compatibilidad o no de nuestro sistema de protección de las personas con discapacidad con el mentado artículo, así como sobre la fuerza interpretativa de las observaciones generales emitidas por el Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad⁵⁵.

Ante la ausencia del pertinente cambio legislativo, la jurisprudencia del TS y del TC fue el motor impulsor de la interpretación del hasta entonces vigente sistema de incapacitación

⁵³ Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Cit.

⁵⁴ “Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 35 de la Convención. Observaciones finales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, *CRPD/C/ESP/CO/1*, 2011 (disponible en https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD%2FC%2FESP%2FCO%2F1&Lang=en; última consulta 30/01/2022).

⁵⁵ Mayor del Hoyo, M. V., Op. Cit., p. 3365.

judicial y de las instituciones tutelares. Por ello, merece la pena detenerse en este punto y destacar algunas Sentencias que supusieron avances significativos en la materia:

La Sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2009⁵⁶, sentó las reglas interpretativas que adecuaban nuestro ordenamiento jurídico a las disposiciones de la CDPD: *“1º Que se tenga siempre en cuenta que el incapaz sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que la incapacitación es sólo una forma de protección. Esta es la única posible interpretación del artículo 200 CC y del artículo 760.1 LEC. 2º La incapacitación no es una medida discriminatoria porque la situación merecedora de la protección tiene características específicas y propias. Estamos hablando de una persona cuyas facultades intelectivas y volitivas no le permiten ejercer sus derechos como persona porque le impiden autogobernarse. Por tanto, no se trata de un sistema de protección de la familia, sino única y exclusivamente de la persona afectada”*⁵⁷ (FJ7).

A raíz de dicha sentencia, se advirtió en la Sala primera del Alto Tribunal una modificación de la doctrina jurisprudencial, a lo que se fue sumando un progresivo abandono de la figura jurídica de la incapacitación para dar paso a una graduación de la medida que permitiese su adaptación a la concreta necesidad de protección de la persona afectada por la discapacidad, como si de *“un traje a medida”*⁵⁸ se tratase. Concretamente a este respecto, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 1 de julio de 2014⁵⁹, estableció que *“para lograr este traje a medida, es necesario que el tribunal de instancia que deba decidir adquiera una convicción clara de cuál es la situación de esa persona, cómo se desarrolla su vida ordinaria, qué necesidades tiene, cuáles son sus intereses personales y patrimoniales, y en qué medida precisa una protección y ayuda”*⁶⁰ (FJ6). En este sentido se pronunció nuevamente el Alto Tribunal en su sentencia de 13 de mayo de 2015⁶¹.

En este contexto, la Sentencia del TS de 16 de mayo de 2017⁶², declaró que: *“El sistema de apoyos a que alude la Convención está integrado en el Derecho español por la tutela y la curatela, junto a otras figuras, como la guarda de hecho y el defensor judicial, que también*

⁵⁶ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 282/2009, de 29 de abril del 2009 [versión electrónica - base de datos Aranzadi. Ref. RJ2009\2901]. Fecha de la última consulta: 23 de enero de 2022.

⁵⁷ *Id.*

⁵⁸ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 341/2014, de 1 de julio de 2014 [versión electrónica - base de datos Aranzadi. Ref. RJ2014\4518]. Fecha de la última consulta: 23 de enero de 2022.

⁵⁹ *Id.*

⁶⁰ *Id.*

⁶¹ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 244/2015, de 13 de mayo de 2015 [versión electrónica - base de datos Aranzadi. Ref. RJ2015\2023]. Fecha de la última consulta: 23 de enero de 2022.

⁶² Sentencia del Tribunal Supremo núm. 298/2017, de 16 de mayo de 2017 [versión electrónica - base de datos Aranzadi. Ref. RJ2017\2207]. Fecha de la última consulta: 23 de enero de 2022.

pueden resultar eficaces para la protección de la persona en muchos supuestos. Todas ellas deben interpretarse conforme a los principios de la Convención⁶³”(FJ5). La Sentencia se refirió a la institución tutelar como *“la forma de apoyo más intensa que puede resultar necesaria cuando la persona con discapacidad no pueda tomar decisiones en los asuntos de su incumbencia, ni por sí misma ni tampoco con el apoyo de otras personas⁶⁴”*, la curatela, por el contrario, se configura como una medida más flexible, caracterizada por su contenido asistencial y de apoyo.

Dicho posicionamiento es reiterado por las SSTS de 27 de septiembre⁶⁵ y de 8 de noviembre de 2017⁶⁶; de 7 de febrero de 2018⁶⁷; de 19 de febrero⁶⁸ y de 3 de diciembre de 2020⁶⁹.

Desde el año 2017, la doctrina del TS había evolucionado hacia un sistema de protección a la luz de la Convención que priorizaba la curatela, en tanto que medida de apoyo más flexible, confiriendo a la incapacitación judicial y, por ende, a la institución de tutela un carácter puramente residual⁷⁰. Podríamos decir que la doctrina jurisprudencial venía diseñando para las personas con discapacidad *“un traje a medida, no de talla única⁷¹”*, que puede ser tan variado como diversas son en la realidad las limitaciones de las personas y el contexto en que se desarrolla la vida de cada una de ellas (Cfr. FJ6 STS de 1 de julio de 2014)⁷².

Para mayor concreción en este sentido, la Sentencia del Alto Tribunal de 7 de marzo de 2018⁷³, puso especial énfasis en la necesidad de llevar a cabo no solo una correcta evaluación de la situación de la persona con discapacidad y del grado de reversibilidad de su situación, sino también la determinación de las medidas de apoyo que sean necesarias en atención a su estado

⁶³ *Id.*

⁶⁴ *Id.*

⁶⁵ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 530/2017, de 27 de septiembre de 2017 [versión electrónica - base de datos Aranzadi. Ref. RJ2017\5913]. Fecha de la última consulta: 23 de enero de 2022.

⁶⁶ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 597/2017, de 8 de noviembre de 2017 [versión electrónica - base de datos Aranzadi. Ref. RJ2017\4760]. Fecha de la última consulta: 23 de enero de 2022.

⁶⁷ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 69/2018, de 7 de febrero de 2018 [versión electrónica - base de datos Aranzadi. Ref. RJ2018\392]. Fecha de la última consulta: 23 de enero de 2022.

⁶⁸ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 118/2020, de 19 de febrero de 2020 [versión electrónica - base de datos Aranzadi. Ref. RJ2020\392]. Fecha de la última consulta: 23 de enero de 2022.

⁶⁹ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 654/2020, de 3 de diciembre de 2020 [versión electrónica - base de datos Aranzadi. Ref. RJ2020\4815]. Fecha de la última consulta: 23 de enero de 2022.

⁷⁰ Sánchez Gómez, A., “Hacia un nuevo tratamiento jurídico de la discapacidad. 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. 410.

⁷¹ Berrocal Lanzarot, M. I., *Op. Cit.*, p. 2.400.

⁷² Sentencia del Tribunal Supremo núm. 341/2014, de 1 de julio de 2014, *Op. Cit.*

⁷³ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 124/2018, de 7 de marzo de 2018 [versión electrónica - base de datos Aranzadi. Ref. RJ2018\934]. Fecha de la última consulta: 24 de enero de 2022.

y las personas que deben prestarlas de acuerdo con el interés del discapaz, y respetando su autonomía e independencia individual (Cfr. FJ5)⁷⁴.

Recientemente, la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de mayo de 2021⁷⁵ ha establecido los principios jurisprudenciales fruto de la nueva concepción social de la discapacidad derivada de la suscripción de la CDPD, principios que se pueden sintetizar en uno: la presunción de la capacidad de las personas. De acuerdo con el mismo, *“a toda persona se le debe presumir capaz para autogobernarse, en tanto en cuanto no se demuestre, cumplidamente, que carece de las facultades para determinarse de forma autónoma”* (FJ 2).

Por su parte, el Tribunal Constitucional en su Sentencia de 22 de enero de 2018⁷⁶, reconoció que *“el padecimiento de una discapacidad constituye una circunstancia personal a la que protege el artículo 14 CE, contra cualquier forma de discriminación”⁷⁷*.

El *iter* normativo de adaptación de nuestro derecho positivo a la Convención concluye con la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

En líneas generales, cabe señalar que esta ley es el resultado de numerosos años de trabajo de adaptación de nuestro ordenamiento jurídico a la CDPD. Su redacción inspirada en el artículo 10 de la CE, -en el respeto a la dignidad humana, la tutela de los derechos fundamentales, el libre desarrollo de la personalidad, así como en la necesidad de interpretar las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades de acuerdo con los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España⁷⁸-, introduce una modificación íntegra del sistema hasta entonces vigente, en el que existía una palmaria preferencia por la sustitución en el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, por otro sistema basado en apoyo en la toma de decisiones sustentado en el respeto de los derechos, la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad⁷⁹.

⁷⁴ *Id.*

⁷⁵ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 269/2021, de 6 de mayo de 2021 [versión electrónica - base de datos Aranzadi. Ref. RJ2021\2381]. Fecha de la última consulta: 30 de enero de 2022.

⁷⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 3/2018, de 22 de enero de 2018 [versión electrónica - base de datos Aranzadi. Ref. RTC2018\3]. Fecha de la última consulta: 24 de enero de 2022.

⁷⁷ *Id.*

⁷⁸ “Ley de apoyo a las personas con discapacidad: resumen y enlaces”, *Notarios y Registradores* (disponible en <https://www.notariosyregistradores.com/web/normas/destacadas/ley-apoyo-personas-con-discapacidad-resumen-y-enlaces/>; última consulta 25/01/2022).

⁷⁹ Linacero De la Fuente, M., “Tendencias actuales en materia de discapacidad. La Ley 8/2021 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. Primera parte: la reforma de la legislación civil para el apoyo a las personas con discapacidad”, Linacero De la Fuente, M., (coord.), *“Tratado de Derecho de Familia. Aspectos sustantivos. Procedimientos. Jurisprudencia. Formularios 3ª edición 2021”*, Tirant lo Blanch, 2021, p. 573.

Fundamentalmente, la reforma afecta al Código Civil, no obstante, dicha ley también ha impuesto la modificación de: La Ley del Notariado⁸⁰; Ley Hipotecaria⁸¹; Ley de Enjuiciamiento Civil⁸²; Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad⁸³; Ley del Registro Civil⁸⁴; Ley de Jurisdicción Voluntaria⁸⁵; Código de Comercio⁸⁶; y Código Penal⁸⁷.

3. LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

3.1. La discapacidad: delimitación conceptual

La Convención en su Preámbulo reconoce la discapacidad como un concepto “*susceptible de evolución*”, hoy resultante de “*la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás*” [letra e)], asimismo reafirma “*la universalidad, indivisibilidad, interdependencia e interrelación de todos los derechos humanos y libertades fundamentales, así como la necesidad de garantizar que las personas con discapacidad los ejercen plenamente y sin discriminación*” [letra c)]. La convención incluye entre las personas con discapacidad a “*aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás*” (art. 1 párr. 2. CDPD). De lo anterior se puede inferir que, por un lado, se abandona la idea de discapacidad como rasgo o carácter individual y pasa a ser considerado como el fruto resultante de la interacción de un sujeto con determinadas deficiencias y un entorno que dificulta o impide su participación plena en la sociedad⁸⁸. Y por otro, que se trata de una definición abierta que *incluye* como personas con discapacidad a las mencionadas, pero no excluye a cualesquiera otras que también estén protegidas por las legislaciones nacionales⁸⁹.

⁸⁰ Ley del Notariado, de 28 de mayo de 1862 (Gaceta de Madrid núm. 149, de 29 de mayo de 1862. Texto consolidado tomado de www.boe.es; última consulta 25/01/2022).

⁸¹ Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria (BOE 27 de febrero de 1946).

⁸² Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE 8 de enero de 2000).

⁸³ Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad (BOE 19 de noviembre de 2003).

⁸⁴ Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (BOE 22 de julio de 2011).

⁸⁵ Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria (BOE 3 de julio de 2015).

⁸⁶ Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio (Gaceta de Madrid núm. 289, de 16 de octubre de 1885. Texto consolidado tomado de www.boe.es; última consulta 25/01/2022)

⁸⁷ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE 24 de noviembre de 1995).

⁸⁸ De las Heras García, M.A., Op. Cit., p. 5

⁸⁹ Aragón Gómez, C., “La Plasmación del modelo social en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, Barranco Avilés, M. C., (coord.), “*Situaciones de dependencia, discapacidad y*

Por su parte, la LAPD modifica la disposición adicional cuarta del CC: *“La referencia a la discapacidad que se realiza en los artículos 96, 756 número 7.º, 782, 808, 822 y 1041, se entenderá hecha al concepto definido en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, y a las personas que están en situación de dependencia de grado II o III de acuerdo con la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia. A los efectos de los demás preceptos de este Código, salvo que otra cosa resulte de la dicción del artículo de que se trate, toda referencia a la discapacidad habrá de ser entendida a aquella que haga precisa la provisión de medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica”*.

Esta disposición nos ofrece un concepto amplio de discapacidad para una serie de preceptos que regulan supuestos específicos de disposiciones gratuitas *inter vivos* o *mortis causa*, -relativas a vivienda habitual y a las sustituciones fideicomisarias que gravan la legítima- a favor de personas afectadas por discapacidades físicas, sensoriales y psíquicas⁹⁰.

A efectos de la interpretación de dichos artículos, serán consideradas personas con discapacidad, de una parte, aquellas que lo sean conforme a lo dispuesto por la Ley 41/2003⁹¹; esto es: *“a) las que presenten una discapacidad psíquica igual o superior al 33 por ciento; b) las que presenten una discapacidad física o sensorial igual o superior al 65 por ciento”*⁹² (art. 2 Ley 41/2003).

Y, por otra, aquellas que se encuentren en situación de dependencia de grado II o III, de acuerdo con la Ley 39/2006⁹³, es decir, aquellas personas que padezcan una dependencia severa o grave: *“b) Grado II. Dependencia severa: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria dos o tres veces al día, pero no quiere el apoyo permanente de un cuidador o tiene necesidades de apoyo extenso para su autonomía personal; c) Grado III. Gran dependencia: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria varias veces al día y, por su pérdida total de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, necesita el apoyo indispensable y continuo de otra*

derechos. Una mirada hacia la Ley 39/2006 de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia desde la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad”, Dykinson, Madrid, 2011, p. 39

⁹⁰ Lora-Tamayo Rodríguez, I., “Situación jurídica de la persona con discapacidad”, *Guía rápida Francis Lefebvre. Reforma civil y procesal para el apoyo a personas con discapacidad*, Francis Lefebvre, Madrid, 2021, S.P.

⁹¹ Ley 41/2003, de 18 de noviembre, Cit.

⁹² *Id.*

⁹³ Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia (BOE 15 de diciembre de 2006).

*persona o tiene necesidades de apoyo generalizado para su autonomía personal*⁹⁴” (art. 26 Ley 39/2006).

Para el resto de los preceptos del Código civil, y salvo que cosa distinta se derive de la dicción del artículo en cuestión, la discapacidad se deberá entender como cualquier situación que haga precisa la provisión de medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica (Cfr. Disposición Adicional cuarta CC). En este caso, la disposición adicional cuarta en su inciso segundo se está refiriendo en exclusiva a las personas afectadas por discapacidad intelectual⁹⁵. No obstante, es importante concretar que a la luz de la LAPD es suficiente con que la persona con discapacidad intelectual requiera apoyos, aunque estos no se hayan previsto⁹⁶.

3.2.La capacidad jurídica de la persona discapacitada

Siguiendo a Ruiz De Huidobro De Carlos, en nuestro Derecho tradicionalmente, se entendía que la personalidad, en tanto que forma de ser o estar, presentaba dos facetas; una estática, que se refería a la aptitud genérica para ser titular de derechos y obligaciones -*capacidad jurídica*- y otra dinámica, que hacía referencia a la aptitud para realizar con eficacia plena actos jurídicos y ejercitar derechos y obligaciones -*capacidad de obrar*-⁹⁷.

Ambas manifestaciones de la capacidad presentaban una importante diferencia en cuanto a su naturaleza: la *capacidad jurídica*, como cualidad inherente de todo ser humano, y consecuencia necesaria de la personalidad, era ostentada por todos los individuos y era igual para todos desde el nacimiento; y la *capacidad de obrar*, en tanto que aptitud dependiente de la capacidad natural del individuo, determinada por las aptitudes intelectivas y volitivas del mismo, daba lugar a graduaciones y por ende, a que no todos los individuos la ostentasen en igual medida⁹⁸. Consecuentemente, se preveía en nuestro Ordenamiento Jurídico la posibilidad de limitar -judicialmente- la capacidad de obrar del sujeto en mayor o menor grado, se hablaba de una *capacidad de obrar plena* y una *capacidad de obrar limitada*⁹⁹.

Existía una presunción *iuris tantum* de capacidad de obrar, que se adquiría con la mayoría de edad y otorgaba a su titular aptitud o idoneidad para realizar por sí mismo y con plena eficacia cualquier acto de su esfera jurídica (antiguo art. 322 CC: “El mayor de edad es capaz para todos

⁹⁴ *Id.*

⁹⁵ Lora-Tamayo Rodríguez, I., Op. Cit., S.P.

⁹⁶ *Id.*

⁹⁷ Ruiz De Huidobro De Carlos, J.M., “Persona, Capacidad y Estado Civil”, *Derecho de la persona. Introducción al Derecho Civil*, Dykinson, Madrid, 2018, p. 155.

⁹⁸ Moreno Trujillo, E., “La capacidad jurídica y el estado civil de las personas” Sánchez Calero, F.J., (coord.), *Curso de Derecho Civil I. Parte General y Derecho de la Persona*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 106.

⁹⁹ *Id.*

los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por este Código)¹⁰⁰. Por consiguiente, la limitación a la capacidad de obrar era la excepción, y tenía por finalidad la protección del individuo que, por su falta de discernimiento o por sus limitaciones intelectivas y volitivas, se entendía que no disponía del necesario poder de gobierno sobre su esfera jurídica¹⁰¹.

En opinión de Ruiz De Huidobro De Carlos, los supuestos de capacidad de obrar limitada o restringida, por su carácter excepcional, eran tasados legalmente, y básicamente eran tres: la menor edad, la capacidad modificada judicialmente y la prodigalidad. Estas tres situaciones, constituían estados civiles que limitaban la capacidad de obrar de quienes los poseían.

Según el instrumento de complemento de la capacidad de obrar, se hablaba de *incapacidad* -cuando se requería la figura del representante legal, que sustituía al incapaz en el ejercicio de su capacidad- o de *capacidad incompleta* -cuando se exigía la asistencia de una persona en la realización de actos especialmente trascendentes en su esfera jurídico-social-.

En palabras de Moreno Trujillo, tras la reforma operada por la LAPD para adecuar nuestro sistema jurídico al cambio de paradigma introducido por la Convención, se obliga a la relectura del sistema tradicional regulador de la discapacidad recogido en el Código civil, y en concreto, a la superación del concepto de la capacidad de obrar¹⁰². A raíz de la CDPD se habla de un concepto unitario de capacidad jurídica, que abarca tanto el ámbito pasivo de la misma -titularidad-, como el ámbito activo -ejercicio-¹⁰³.

Desde este punto de vista, la mayoría de la doctrina sostiene la eliminación de clásica distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar. La LAPD así lo afirmó en su Exposición de Motivos: “*Al respecto, ha de tomarse en consideración que, como ha puesto en evidencia la Observación General del Comité de Expertos de las Naciones Unidas elaborada en 2014, dicha capacidad jurídica abarca tanto la titularidad de los derechos como la legitimación para ejercitarlos*¹⁰⁴”.

Ambas son aptitudes correspondientes a toda persona en virtud de su condición de ser humano y por lo tanto la capacidad mental del individuo no puede justificar la limitación de su reconocimiento¹⁰⁵.

¹⁰⁰ *Id.*

¹⁰¹ Ruiz De Huidobro De Carlos, J.M., Op. Cit., p. 159.

¹⁰² Moreno Trujillo, E., Op. Cit., p. 108.

¹⁰³ *Id.*

¹⁰⁴ Ley 8/2021, de 2 de junio, Cit.

¹⁰⁵ Albert Márquez, M., “El derecho a comprender el derecho y el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad”, Núñez Núñez, M. (coord.), *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, p. 188.

En definitiva, como sostiene Linacero De la Fuente, el nuevo tratamiento de la discapacidad ha obligado a la revisión y redefinición de los clásicos conceptos de capacidad, de los estados civiles, en particular, de la incapacidad como estado civil, y de las instituciones tutelares que integraban nuestro Derecho¹⁰⁶.

4. LA NUEVA REGULACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL PARA LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

4.1. Consideraciones generales

Tal y como señala el Preámbulo de la LAPD, el artículo segundo introduce en el Código Civil, la “más extensa y de mayor calado” reforma que ha sufrido este cuerpo legal, “pues sienta las bases del nuevo sistema basado en el respeto de la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad”.

De acuerdo con Linacero De la Fuente¹⁰⁷, las cuestiones materiales a destacar de la reforma del Código Civil son:

En primer lugar, la supresión de la incapacitación judicial, considerada como instrumento de anulación o sustitución de la capacidad de obrar, que exige un modelo de sustitución o complemento -tutor o curador-, y reemplazo por un modelo de apoyo al ejercicio de la capacidad de la persona con discapacidad, que favorece la participación e integración social de las personas con discapacidad en condiciones de igualdad con los demás¹⁰⁸.

Al respecto, cabe precisar que dicha reforma no implica *“un mero cambio de terminología que relegue los términos tradicionales de «incapacidad» e «incapacitación» por otros más precisos y respetuosos, sino de un nuevo y más acertado enfoque de la realidad, que advierta algo que ha pasado durante mucho tiempo desapercibido: que las personas con discapacidad son titulares del derecho a la toma de sus propias decisiones, derecho que ha de ser respetado; se trata, por tanto, de una cuestión de derechos humanos¹⁰⁹”*.

De acuerdo con lo dispuesto por el legislador en la Exposición de Motivos de la LAPD, las personas con discapacidad están legitimadas para tomar sus propias decisiones, de modo que en lo sucesivo no se hablará de “personas con capacidad modificada judicialmente”, sino de

¹⁰⁶ Linacero De la Fuente, M., Op. Cit., p. 583.

¹⁰⁷ *Ibid*, p. 575.

¹⁰⁸ *Id.*

¹⁰⁹ Ley 8/2021, de 2 de junio, Cit.

“personas con discapacidad con medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica”¹¹⁰.

En segundo lugar, cabe señalar que, a diferencia de la incapacidad, la discapacidad no es un estado civil, sino una condición personal con determinados efectos jurídicos¹¹¹.

En tercer lugar, se produce la supresión de la tutela y tanto de la patria potestad prorrogada como de la rehabilitada para las personas con discapacidad. No obstante, la figura tutelar se sigue manteniendo para los menores no emancipados que no estén sujetos a patria potestad¹¹².

En cuarto lugar, la nueva regulación de la materia se construye sobre la idea central de apoyo a las personas que lo precisen, otorgando preferencia a la autorregulación y las medidas de apoyo de carácter voluntario¹¹³.

En quinto lugar, la curatela se configura como la principal medida de apoyo de origen judicial y carácter asistencial, aunque con carácter excepcional tendrá funciones representativas¹¹⁴.

En sexto lugar, la figura de la guarda de hecho deja de ser exclusivamente una figura “de hecho” y adquiere una función relevante como medida de apoyo¹¹⁵.

A modo de conclusión, cabe señalar que, de acuerdo con la nueva regulación, la persona con discapacidad goza de autonomía y capacidad plena, y, en consecuencia, las medidas de apoyo al ejercicio de su capacidad que se instauren deberán respetar su autonomía, deseos y preferencias¹¹⁶.

Parece preciso traer a colación la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 2021¹¹⁷, pues se trata de la primera sentencia del TS de aplicación de la LAPD, y precisamente hace referencia en su Fundamento de Derecho Cuarto a que la finalidad última de estas medidas de apoyo es *“permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad”*, y en consecuencia han de estar *“inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales”*.

¹¹⁰ “Dossier con las medidas para el apoyo de las personas con discapacidad. Los diez puntos clave para entender la reforma del Código Civil. Modificaciones realizadas por la Ley 8/2021, de 2 de junio”, *Iberley*, 2021 (disponible en https://recursos.iberley.es/dossier-medidas-apoyo-personas-con-discapacidad/?utm_campaign=Recursos%20Iberley&utm_content=181877923&utm_medium=social&utm_source=twitter&hss_channel=tw-771462209599864832; última consulta 20/02/2022).

¹¹¹ Linacero De la Fuente, M., Op. Cit., p. 576.

¹¹² *Ibid.*, p. 577.

¹¹³ *Id.*

¹¹⁴ *Id.*

¹¹⁵ *Id.*

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 578.

¹¹⁷ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 589/2021, de 8 de septiembre de 2021 [versión electrónica - base de datos Aranzadi. Ref. RJ2021\4002]. Fecha de la última consulta: 21 de febrero de 2022.

Junto a las modificaciones de contenido, ha tenido lugar el establecimiento de una nueva ubicación y rúbrica de los Títulos IX a XII del Libro I, que tras la reforma quedan estructurados de la siguiente manera:

- Títulos IX: “De la tutela y curatela de los menores”, arts. 199-238 CC.
- Título X: “De la mayoría de edad y la emancipación”, arts. 239-248 CC.
- Título XI: “De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”, arts. 249-299 CC.
- Título XII: “Disposiciones comunes”, art. 300 CC.

4.2.Ámbito contractual

La reforma operada por la LAPD ha afectado sustancialmente a las disposiciones reguladoras del ámbito contractual en nuestro Derecho, por ser una de las áreas dónde mayor reflejo tiene el ejercicio de la capacidad jurídica.

Actualmente, tras la supresión de la incapacitación, y de acuerdo con el artículo 1.263 CC, la regla general es que toda persona mayor de edad (o menor emancipada; salvo para los supuestos previstos por el art. 247 CC, en los que requerirá la asistencia de sus progenitores, o en defecto de ambos, la de su defensor judicial) tiene plena capacidad contractual. No obstante, cabe hacer algunas matizaciones respecto a la capacidad contractual de las personas con discapacidad psíquica. Así, según Alberruche Díaz-Flores, el esquema con el que nos encontramos tras la reforma, nos obliga a distinguir dos supuestos:

- a) *Actos jurídicos realizados por la persona con discapacidad psíquica que no precisa de medidas de apoyo*

El silencio del legislador en este punto hace presumir una capacidad negocial plena, por ello, para decidir si el negocio es válido, anulable o nulo se deben aplicar al supuesto concreto las normas generales de prestación de consentimiento consciente, racional y libre¹¹⁸. Esto se debe a que, conforme a los principios de la CDPD, inspiradores del nuevo panorama legislativo, la discapacidad, por sí sola, no vicia el consentimiento, de manera que los actos jurídicos realizados serán válidos si la discapacidad no tiene la intensidad suficiente para anularlos¹¹⁹.

¹¹⁸ Alberruche Díaz-Flores, M.M., “El régimen de ineficacia en nuestro ordenamiento jurídico tras la Ley 8/2021, de 2 de junio”, Núñez Núñez, M. (coord.), *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 503.

¹¹⁹ Tena Arregui, R., “El régimen de ineficacia de los contratos celebrados sin apoyo por las personas con discapacidad”, *El Notario del siglo XXI*, n. 101, 2022 (disponible en <https://www.elnotario.es/index.php/opinion/opinion/11189-el-regimen-de-ineficacia-de-los-contratos-celebrados-sin-apoyo-por-las-personas-con-discapacidad>; última consulta 10/02/2022).

b) *En segundo lugar, actos jurídicos realizados por la persona con discapacidad psíquica que sí precisa de medidas de apoyo*

Dentro de este grupo de supuestos, y siguiendo el parecer de Alberruche Díaz-Flores, debemos distinguir a su vez entre actos jurídicos realizados por la persona con discapacidad psíquica que precisa de medidas de apoyo, pero no las tiene previstas; y actos jurídicos realizados por la persona con discapacidad psíquica que tiene previstas medidas de apoyo y que actúa con ellas, o, por el contrario, que actúa sin ellas¹²⁰.

i. *Actos jurídicos realizados por la persona con discapacidad psíquica que precisa de medidas de apoyo, pero no las tiene previstas*

En cuanto a estos, cabe señalar que pese a la manifiesta necesidad de apoyos que tenga la persona con discapacidad, si estos no han sido establecidos ni voluntariamente, ni mediante el procedimiento de provisión judicial de apoyos, -igual que en el supuesto anterior- los actos jurídicos que realice serán válidos, puesto que existe una presunción de capacidad jurídica¹²¹. En estos supuestos y, más concretamente, para aquellos en los que se precise o requiera su intervención, adquiere especial importancia la figura del notario, quien mediante su juicio de capacidad será quien determine si en el momento de la contratación la persona tenía capacidad natural suficiente¹²².

ii. *En relación con los actos jurídicos realizados por la persona con discapacidad psíquica que tiene previstas medidas de apoyo*

Como anunciábamos y siguiendo al mismo autor¹²³, dentro de este grupo debemos distinguir, a su vez, aquellos supuestos en los que la persona actúa *con las medidas de apoyo previstas*, de aquellos otros en los que la actuación *prescinde de las medidas de apoyo establecidas*:

En los primeros, el supuesto se equipara a la realización de un acto por una persona con discapacidad que no precisa apoyos o por una persona sin discapacidad, y se aplican las mismas reglas de prestación de voluntad, anulabilidad -en caso de vicio del consentimiento-, y nulidad -en caso de falta de consentimiento-¹²⁴.

En los segundos, resulta de aplicación el art. 1.302 párr. 3º CC, que regula la legitimación activa para ejercitar la acción de nulidad por: las personas con discapacidad, con el apoyo que

¹²⁰ Alberruche Díaz-Flores, M.M., Op. Cit., p. 504.

¹²¹ *Id.*

¹²² *Id.*

¹²³ Alberruche Díaz-Flores, M.M., Op. Cit., p. 505.

¹²⁴ *Id.*

precisen -esta “doble oportunidad” supone un cierto contrasentido, pues la persona prescinde de manera voluntaria del apoyo que hubiese podido evitar el error y luego no tiene por qué asumir las consecuencias, ya que puede instar la anulación (De Salas Murillo)-; por sus herederos, durante el tiempo que faltase para completar el plazo si la persona con discapacidad falleciese antes de completar el plazo; y, por las personas a las que hubiese correspondido prestar el apoyo, cuando el otro contratante fuese conocedor de la existencia de medidas de apoyo en el momento de la celebración del contrato o cuando se hubiese aprovechado de la situación de discapacidad obteniendo una ventaja injusta¹²⁵.

4.3.Ámbito familiar

En tanto que la familia supone el núcleo básico de crecimiento de toda persona, resulta especialmente relevante tratar en este punto ciertos aspectos relativos a la esfera familiar de la persona con discapacidad.

En primer lugar, a pesar de que la reforma introducida por LAPD no ha afectado a las disposiciones que regulan la capacidad matrimonial en nuestro Derecho, es preciso hacer una breve referencia a ellas, por ser una manifestación del derecho al ejercicio de la capacidad jurídica en el ámbito familiar, previsto en el artículo 23.1.a) CDPD y que reza así:

“1. Los Estados Partes tomarán medidas efectivas y pertinentes para poner fin a la discriminación contra las personas con discapacidad en todas las cuestiones relacionadas con el matrimonio, la familia, la paternidad y las relaciones personales, y lograr que las personas con discapacidad estén en igualdad de condiciones con las demás, a fin de asegurar que:

a) Se reconozca el derecho de todas las personas con discapacidad en edad de contraer matrimonio, a casarse y fundar una familia sobre la base del consentimiento libre y pleno de los futuros cónyuges [...]”.

De la dicción literal del artículo se desprende que los únicos límites al ejercicio del derecho a contraer matrimonio son la edad y la existencia de un consentimiento libre y pleno, a lo que se habrán de sumar los requisitos previstos por las legislaciones internas de los Estados.

En nuestro ordenamiento jurídico, el *ius connubii* (o derecho a contraer un matrimonio) es una garantía institucional y un derecho constitucional reconocido en el artículo 32 CE y en los Tratados Internacionales¹²⁶. A este respecto, resulta conveniente mencionar la STS de 15 de

¹²⁵ *Id.*

¹²⁶ Linacero De la Fuente, M., “Matrimonio. Parejas de hecho”, Linacero De la Fuente, M., (coord.), “*Tratado de Derecho de Familia. Aspectos sustantivos. Procedimientos. Jurisprudencia. Formularios 3ª edición 2021*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 127.

marzo de 2018¹²⁷ que sentó en su fundamento de derecho cuarto, que el matrimonio es un derecho humano derivado de la dignidad humana y manifestación del libre desarrollo de la personalidad, por ende, “*ni el estar incapacitado ni el padecer discapacidad intelectual son hechos que excluyan por sí mismos la aptitud para celebrar el matrimonio*”¹²⁸.

En nuestro ordenamiento, tradicionalmente, las deficiencias físicas o psíquicas no han constituido por sí mismas un impedimento para contraer matrimonio, sin embargo, el artículo 56.2 CC en su redacción anterior exigía dictamen médico sobre su aptitud para prestar consentimiento sin precisar si el mismo era vinculante o facultativo, ni si el médico debía ser especialista en psiquiatría¹²⁹.

De acuerdo con la nueva redacción, dicho dictamen tiene carácter puramente excepcional (art. 56.2 *in fine*). En esta línea, apunta Linacero De la Fuente, que lo más lógico es que sea el Notario, el encargado del Registro o funcionario que tramite el acta o expediente, quién valore la capacidad de los contrayentes, sin que tal dictamen tenga carácter vinculante ni deba proceder de un médico psiquiatra, pues no lo exige la norma¹³⁰.

En segundo lugar, cabe señalar que la LAPD ha modificado los arts. 121, 123, 124 y 125 CC, que contemplan el reconocimiento de hijos por personas con discapacidad respecto de las que se hayan establecido medidas de apoyo¹³¹. El art. 121 CC, dispone que para la validez del reconocimiento de hijos que se haya otorgado por personas mayores de edad respecto de las que hayan establecido medidas de apoyo se ha de estar a lo que resulte de la resolución judicial o escritura pública que las haya establecido, en el supuesto en que nada se haya dispuesto y no haya medidas voluntarias de apoyo, se habrá de instruir la correspondiente revisión de las medidas de apoyo judicialmente adoptadas para completarlas a este fin. Por su parte, el artículo 123 CC, dispone que cuando el hijo sea mayor de edad será necesario su consentimiento expreso o tácito para que produzca efectos. Asimismo, el consentimiento para la eficacia del reconocimiento de la persona mayor de edad con discapacidad se ha de prestar por esta, de manera expresa o tácita, con los apoyos que requiera para ello. En caso de que exista resolución judicial o escritura pública que haya establecido medidas de apoyo, se debe estar a lo allí dispuesto.

¹²⁷ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 145/2018, de 15 de marzo de 2018 [versión electrónica - base de datos Aranzadi. Ref. RJ2018\1478]. Fecha de la última consulta: 6 de marzo de 2022.

¹²⁸ *Id.*

¹²⁹ Linacero De la Fuente, M., 2021, *Op. Cit.*, p. 128.

¹³⁰ *Ibid.*, p. 133.

¹³¹ *Ibid.*, p. 417.

En tercer lugar, la LAPD ha dado nueva redacción al inciso primero del artículo 1.393 CC, y señala que es causa de disolución del régimen económico matrimonial de gananciales la solicitud de uno de los cónyuges cuando respecto del otro cónyuge se hubiesen dispuesto judicialmente medidas de apoyo que impliquen facultades de representación plena en la esfera patrimonial.

4.4.Ámbito sucesorio

La LAPD ha afectado a numerosos preceptos del Código Civil en materia de Sucesiones:

En primer lugar, hasta la citada reforma, la capacidad testamentaria de las personas con discapacidad, -por ser el testamento un acto de carácter personalísimo que no admite representación (art. 670 CC)-, había sido una cuestión relegada al arbitrio judicial en los procesos de incapacitación¹³².

Aunque la reforma introducida por la LAPD se dirige particularmente a las personas con discapacidad psíquica, también afecta a aquellas personas con discapacidad física o sensorial, quienes estaban recibiendo un trato discriminatorio al haberles sido tradicionalmente impuestas ciertas restricciones en sede testamentaria que les impedían ejercer sus derechos en igualdad de condiciones con los demás testadores (arts. 708 y 709 CC)¹³³.

No obstante, y puesto que las personas con discapacidad psíquica serán en mayor medida quienes precisen medidas de apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica, examinaré con carácter exclusivo las disposiciones que afectan a estas.

El artículo 663 CC en su redacción vigente, prohíbe otorgar testamento tanto a los menores de catorce años como a *“la persona que en el momento de testar no pueda conformar o expresar su voluntad ni aun con ayuda de medios o apoyos para ello”*.

Se sustituye la anterior referencia a *“el que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio”*, por *“la persona que en el momento de testar no pueda conformar o expresar su voluntad ni aun con ayuda de medios o apoyos para ello”*. Ello implica, que el notario ya no deberá comprobar que la persona está en su cabal juicio, sino que se limitará a comprobar si, a su juicio, la persona con discapacidad puede conformar y expresar su voluntad entendiendo el significado de sus disposiciones (inciso 1º art. 665 CC)¹³⁴.

¹³² Echevarría De Rada, M.T., “La capacidad testamentaria de la persona con discapacidad a la luz de la ley 8/2021, de 2 de junio”, Núñez Núñez, M. (coord.), *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio*, Tirant lo blanch, Valencia, 2022, p. 522.

¹³³ *Id.*

¹³⁴ *Id.*

De acuerdo con el art. 666 CC, el juicio de capacidad del testador ha de hacerse en el momento de testar, lo que refleja coherencia plena con el artículo 269 CC, que prohíbe la inclusión de meras prohibiciones de derechos en las resoluciones judiciales¹³⁵.

Teniendo en cuenta esto, y que en virtud de la Disposición Transitoria primera de la LAPD: “*a partir de la entrada en vigor de la presente Ley las meras privaciones de derechos de las personas con discapacidad, o de su ejercicio, quedarán sin efecto*”; todas aquellas sentencias de modificación de la capacidad que se hubieren dictado conforme al régimen anterior y contuviesen una prohibición absoluta para testar, esta no sería aplicable, y si contemplase una intervención necesaria de facultativos, el régimen de otorgamiento del testamento sería el del actual artículo 665 CC, que supone que la falta de intervención del médico no supondrá la nulidad del testamento, pero su falta de capacidad será impugnabile¹³⁶.

En segundo lugar, con relación a la aceptación de la herencia, el art. 996 del Código Civil dispone que se prestará por la propia persona con discapacidad, salvo que otra cosa resulte de las medidas de apoyo establecidas.

En virtud del artículo 287.5 CC, el curador que ostente facultades representativas respecto de la persona que precisa el apoyo requiere autorización judicial para “*aceptar sin beneficio de inventario cualquier herencia o repudiar esta o las liberalidades*”. La aceptación de la herencia con beneficio de inventario, por el contrario, no exige autorización judicial por ser una garantía para la persona sometida a curatela representativa, ya que su patrimonio no se ve comprometido por deudas de quien le llama a la herencia¹³⁷.

Al respecto, cabe precisar, que esta regla únicamente será aplicable en el supuesto en que sea imprescindible utilizar facultades representativas, pues para todos los demás casos la aceptación se prestará por la persona con discapacidad (ex art. 996 CC)¹³⁸. En este punto, no se hace ninguna diferenciación entre los distintos tipos de aceptación, esto es, dicha aceptación prestada por la persona con discapacidad será efectiva con independencia de que se trate de una aceptación pura y simple o a beneficio de inventario¹³⁹.

Obsérvese, sin embargo, que el art. 996 CC hace referencia a la aceptación de la herencia, pero no a su repudiación. A juicio de Lora-Tamayo Rodríguez, al no existir otro precepto semejante que regule, la solución debería ser la misma: cuando haya medidas de apoyo, se estará a lo

¹³⁵ *Ibid.*, p. 534.

¹³⁶ *Ibid.*, p. 535.

¹³⁷ Núñez Núñez, M., “La aceptación de la herencia y la intervención en la partición”, Núñez Núñez, M. (coord.), *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio*, Tirant lo blanch, Valencia, 2022, p. 589.

¹³⁸ *Id.*

¹³⁹ *Id.*

dispuesto en las mismas -la curatela representativa queda fuera-; y cuando no haya, la regla general es la de la capacidad de la persona¹⁴⁰.

En tercer y último lugar, en cuanto a la partición de la herencia, el art. 1.052 CC exige para pedir la partición, la libre administración y disposición de los bienes, mientras que el art. 1.058 CC para llevarla a cabo, exige que los herederos sean mayores de edad y tengan la libre administración de los bienes¹⁴¹. De lo anterior, podemos inferir que se exige distinta capacidad para pedir la partición -acto de disposición-, que para ejecutarla -acto de administración siempre que se limite a partir la herencia conforme a los arts. 1.061 y 1.062 CC-¹⁴².

No obstante, en cualquiera de estos casos, como apunta Lora Tamayo, se sigue el mismo criterio que en la aceptación, de forma que, si la persona con discapacidad tuviese medidas de apoyo, se estará a lo dispuesto en las mismas¹⁴³.

4.5.Ámbito de la responsabilidad extracontractual

La LAPD ha introducido algunas modificaciones en el régimen de responsabilidad civil:

La tipificación de la responsabilidad civil de la persona con discapacidad se encuentra en el art. 299 CC, el cual establece que esta responderá por los daños causados a otros *“de acuerdo con el Capítulo II del Título XVI del Libro Cuarto, sin perjuicio de lo establecido en materia de responsabilidad extracontractual respecto a otros posibles responsables”*.

De otra parte, la responsabilidad por hecho ajeno se regula en el art. 1.903 CC; el apartado cuarto del mentado artículo dispone que *“los curadores con facultades de representación plena lo son de los perjuicios causados por la persona a quien presten apoyo, siempre que convivan con ella”*.

Ahora bien, cuando la responsabilidad civil deriva de un ilícito penal, es importante tener en cuenta que, las exenciones de responsabilidad criminal del art. 20.1 del Código Penal no comprenden la de responsabilidad civil, en la que serán responsables: *“los declarados exentos de responsabilidad penal; quienes ejerzan su apoyo legal o de hecho, siempre que haya mediado culpa o negligencia por su parte y sin perjuicio de la responsabilidad civil directa que pudiera corresponder a los inimputables”*¹⁴⁴ (inciso primero art. 118.1 CP).

Por su parte, el art. 120.1 CP dispone que son también responsables civilmente en defecto de los que lo sean criminalmente *“los curadores con facultades de representación plena que*

¹⁴⁰ *Ibid.*, p.591.

¹⁴¹ *Ibid.*, p. 596.

¹⁴² *Id.*

¹⁴³ Lora-Tamayo Rodríguez, I., Op. Cit., S.P.

¹⁴⁴ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, cit.

*convivan con la persona a quien prestan apoyo, siempre que haya por su parte culpa o negligencia*¹⁴⁵”.

De acuerdo con Medina Alcoz, el esquema resultante tras la reforma es el siguiente:

En el ámbito del Código Civil, en virtud del apartado cuarto del art. 1.903 CC, el curador con facultades de representación plena y que conviva con la persona con discapacidad, responde solidariamente con esta y por culpa presumida¹⁴⁶.

En el ámbito del Código Penal, tal y como se desprende del art. 118.1, regla 1ª, CP, quien presta apoyo, responde solidariamente y por culpa probada en el caso de que la persona con discapacidad sea inimputable penalmente; no exigiéndose la convivencia¹⁴⁷. Dispone el art. 120.1 CP que, si la persona con discapacidad es imputable penalmente, el curador representativo pleno responde subsidiariamente y por culpa probada; exigiéndose la convivencia¹⁴⁸.

5. EN ESPECIAL, LOS PODERES Y MANDATOS PREVENTIVOS

5.1. Delimitación conceptual y fundamentación jurídica

Una de las líneas maestras de la LAPD es la absoluta preferencia que se otorga a las medidas voluntarias, es decir, las que puede adoptar la propia persona con discapacidad, frente a las medidas de carácter judicial¹⁴⁹. Dentro de estas medidas de naturaleza voluntaria, destacan los poderes y mandatos preventivos, figuras que fueron introducidas por la Ley 41/2003¹⁵⁰, al incluir en el artículo 1.732 CC -regulador del contrato de mandato-, un último párrafo que venía a establecer que no sería causa de extinción del mandato la incapacidad sobrevenida del mandante cuando el mismo hubiese dispuesto su continuación o el mandato se hubiese dado para el caso de incapacidad del mandante, apreciada conforme a lo dispuesto por éste.

Con todo, no se aprovechó dicha reforma para definir los poderes y mandatos preventivos, ni siquiera para calificarlos como tal o emplear otra calificación, razón por la cual la delimitación conceptual de las medidas ha sido establecida doctrinalmente¹⁵¹.

De acuerdo con Martínez García, apoderamiento preventivo es *“la declaración de voluntad unilateral y recepticia”*, por la que una persona en previsión de una futura discapacidad,

¹⁴⁵ *Id.*

¹⁴⁶ Medina Alcoz, M., “La responsabilidad civil de la persona con discapacidad tras la reforma de 2021: ¿Un régimen estrictamente novedoso?”, Núñez Núñez, M. (coord.), *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio*, Tirant lo blanch, Valencia, 2022, p. 640.

¹⁴⁷ *Id.*

¹⁴⁸ *Id.*

¹⁴⁹ Linacero De la Fuente, M., *Op. Cit.*, p. 592.

¹⁵⁰ Ley 41/2003, de 18 de noviembre, *Cit.*

¹⁵¹ Berrocal Lanzarot, M. I., *Op. Cit.*, p. 2409.

“ordena una delegación más o menos amplia de facultades en otra, para que este pueda actuar válidamente en su nombre”¹⁵².

Según Berrocal Lanzarot, de la anterior definición y teniendo en cuenta la naturaleza de la medida, se pueden extraer como caracteres de dicho negocio jurídico: su carácter unilateral, recepticio, revocable, causal, *inter vivos*, personalísimo, generalmente gratuito, bilateral o unilateral -en función de si es retribuido o no-, y consensual¹⁵³.

La LAPD, tampoco se ocupa de definir el apoderamiento o mandato preventivos, si bien ofrece un tratamiento específico al respecto en la Sección 2ª “De los poderes y mandatos preventivos”, del Capítulo II “De las medidas voluntarias de apoyo”, del Título XI “De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica”, del Libro I “De las personas”.

El fundamento último de las medidas de apoyo voluntarias descansa en el reconocimiento legal de la autonomía de la voluntad, desarrollo de la personalidad, dignidad y protección de los derechos fundamentales del individuo¹⁵⁴.

En concreto, la justificación de los poderes y mandatos preventivos radica en la necesidad de mantener la sencillez y la flexibilidad en el tráfico jurídico, así como en la desjudicialización de la vida de las personas con discapacidad, proporcionándoles a ellas y a sus familias medidas efectivas que eviten los daños emocionales y sociales colaterales a los procedimientos judiciales¹⁵⁵.

5.2. Naturaleza jurídica

Con la reforma operada por la LAPD, el Código Civil hace referencia al poder y al mandato, si bien, en su desarrollo legal posterior, tan solo utiliza los términos poder, poderdante o apoderado¹⁵⁶.

Esta realidad plantea dudas en lo que respecta a lo realmente pretendido por nuestro legislador pues, como es sabido, mandato y poder no son sinónimos, sino que son figuras jurídicas con categorías y efectos bien diferenciados¹⁵⁷. Es más, tal y como pone de manifiesto Gomá Lazón,

¹⁵² *Ibid*, p. 2410.

¹⁵³ *Id.*

¹⁵⁴ *Id.*

¹⁵⁵ Guilarte Martín Calero, C., Cayo Pérez Bueno, L., y De Lorenzo García, R., “Comentarios a la Ley 8/20201, por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad”, *Aranzadi*, 2021, S.P. (disponible en <https://cutt.ly/PSkha7j>; última consulta 25/02/2022).

¹⁵⁶ Berrocal Lanzarot, M. I., Op. Cit., p. 2411.

¹⁵⁷ *Id.*

hasta ahora el legislador no había regulado el apoderamiento, como fenómeno separado del mandato, salvo en algún supuesto especial, como el poder para contraer matrimonio¹⁵⁸.

Comenzando con la figura del mandato, según afirma Ribot Igualada, se trata de *“un negocio jurídico de carácter bilateral y naturaleza contractual, que requiere del concurso de ambas partes, y que genera el nacimiento de obligaciones a cargo del mandante y del mandatario en relación con la gestión por éste de un asunto por cuenta del mandante”*¹⁵⁹.

Un negocio jurídico que, siguiendo a Berrocal Lanzarot será simple no representativo, cuando el mandatario actúe en su propio nombre, por cuenta, interés y encargo del mandante, de forma que no exista vinculación entre mandante y terceros, los cuales solo tendrán acción contra el mandatario, sin perjuicio de las acciones que puedan derivar de la relación de mandato entre mandante y mandatario (se trata en este caso de un contrato de mandato sin poder -art. 1.717 CC-)¹⁶⁰. Por el contrario, si el mandatario obra en nombre del mandante, en virtud de un poder de representación, el mandante adquirirá los derechos y asumirá las obligaciones que se deriven de los actos o contratos celebrados en su nombre por el mandatario, siempre que se hayan contraído dentro de los límites del mandato o, no habiéndose contraído dentro de los límites, hayan sido ratificados expresa o tácitamente por el mandante (art. 1.727 CC)¹⁶¹.

Y ahora, siguiendo con el poder, en opinión de Ribot Igualada es, por el contrario, aquel que *“resulta del negocio jurídico unilateral de apoderamiento a través del cual el otorgante confiere legitimación al apoderado para actuar en su nombre en el ámbito de aplicación del poder de tal forma que los efectos de los actos o contratos acometidos por el apoderado dentro de los límites del poder reanudan directa e inmediatamente en la persona del poderdante”*¹⁶². Se trata de una declaración de voluntad unilateral, recepticia, no formal, y que puede ser expresa o tácita¹⁶³.

Tras esta introducción, la pregunta que cabe plantear es qué naturaleza puede acoger el poder o mandato preventivo y, a nuestro juicio, cabe que esta medida de apoyo voluntaria, adopte diversas modalidades -poder o mandato-; pudiendo tratarse de un poder preventivo, un mandato preventivo representativo o un mandato preventivo sin poder o no representativo¹⁶⁴.

La problemática es que tanto el apoderamiento como el mandato representativo, son figuras de naturaleza representativa, lo cual choca con la insistencia del legislador en que las medidas de

¹⁵⁸ Linacero De la Fuente, M., Op. Cit., p. 593.

¹⁵⁹ Guilarte Martín Calero, C., Cayo Pérez Bueno, L., y De Lorenzo García, R., Op. Cit., S.P.

¹⁶⁰ Berrocal Lanzarot, M. I., Op. Cit., p. 2412.

¹⁶¹ *Id.*

¹⁶² Guilarte Martín Calero, C., Cayo Pérez Bueno, L., y De Lorenzo García, R., Op. Cit., S.P.

¹⁶³ Berrocal Lanzarot, M. I., Op. Cit., p. 2411.

¹⁶⁴ *Ibid.*, p. 2413.

apoyo se deben ajustar a los principios de necesidad y proporcionalidad, y que solo se consigue con la asistencia y no con la representación¹⁶⁵.

Según Berrocal Lanzarot, y teniendo en cuenta lo anterior, el apoderado o mandatario no debería asumir funciones representativas -a pesar de la calificación de dichas figuras-, sino que sería más acorde con la propia esencia de la medida, la asunción de funciones de carácter híbrido que operen sobre una base asistencial y en casos excepcionales representativa¹⁶⁶.

5.3.Modalidades

De forma análoga a la regulación anterior, los arts. 256 y 257 CC prevén las dos modalidades de poderes y mandatos preventivos:

En primer lugar, el apoderamiento actual con cláusula de subsistencia en caso de discapacidad del poderdante: *“el poderdante podrá incluir una cláusula que estipule que el poder subsista si en el futuro precisa apoyo en el ejercicio de su capacidad”* (art. 256 CC) -poder o mandato continuado con subsistencia de efectos-¹⁶⁷. En este supuesto, el poder surtirá efectos desde su constitución, y se ejercerá como poder ordinario, que se transformará en preventivo cuando concurra la necesidad de apoyo¹⁶⁸.

En segundo lugar, un poder cuya operatividad descansa en una discapacidad futura: *“el poderdante podrá otorgar poder solo para el supuesto de que en el futuro precise apoyo en el ejercicio de su capacidad”* (art. 257 CC) -poder o mandato preventivo en sentido estricto o *ad cautelam*-¹⁶⁹. La eficacia de este poder tendrá lugar en un momento futuro e incierto, coincidente con el nacimiento de la situación de necesidad de apoyo, para lo cual se estará a *“las previsiones del poderdante”*.

El artículo 257 *in fine* prevé que para garantizar el cumplimiento de estas previsiones y que comiencen a operar los poderes, se otorgue, cuando sea preciso, un acta notarial que, además del juicio del Notario, incorpore un informe pericial que acredite que se ha producido la eventual situación de necesidad de apoyo para la cual fueron otorgados. Nótese, que resulta necesario que se haya acreditado la situación de discapacidad del mandante, siendo conveniente por ello que se hayan establecido previsiones al efecto por la vía formal señalada¹⁷⁰. En todo

¹⁶⁵ *Id.*

¹⁶⁶ *Id.*

¹⁶⁷ *Ibid.*, p. 2415.

¹⁶⁸ García Herrera, V., “Los poderes preventivos: cuestiones derivadas de su configuración como medida de apoyo preferente y de su articulación en torno a la figura contractual del mandato”, Núñez Núñez, M. (coord.), *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 348.

¹⁶⁹ Berrocal Lanzarot, M. I., *Op. Cit.*, p. 2415.

¹⁷⁰ *Id.*

caso, el papel de asesoramiento del notario adquiere una especial relevancia, puesto que le corresponde aconsejar el instrumento que a su juicio sea más adecuado a las circunstancias personales del interesado, teniendo en cuenta las peculiaridades de cada tipo de instrumento¹⁷¹. Apunta Cabanas Trejo, que ese juicio del notario es ciertamente conflictivo, en la medida en que exige que las previsiones del poderdante resulten de una valoración simple y objetiva, no dejando lugar a valoraciones subjetivas por parte de dicho funcionario público¹⁷². Estas previsiones para la eficacia del poder únicamente se prevén para la segunda modalidad de poder o mandato preventivo -apoderamiento o mandato *ad cautelam*-, debido a que, en el primer supuesto, se presume una actuación continuada del apoderado o mandatario, aun cuando la persona con discapacidad no pueda ejercer su capacidad jurídica¹⁷³.

5.4. Régimen jurídico

5.4.1. Sujetos

Como mencionamos anteriormente, el poder o mandato preventivo es un negocio jurídico unilateral, mediante el cual el poderdante legitima al apoderado para actuar en el tráfico jurídico en su nombre¹⁷⁴. En esta figura jurídica intervienen, por lo tanto, dos elementos personales: poderdante y apoderado.

En virtud del inciso primero del artículo 255 CC, pueden establecer dichas medidas los mayores de edad y los menores emancipados. No obstante, el Código Civil posibilita que, para las personas menores de edad sujetas a patria potestad o a tutela, para las que se prevea razonablemente, en los dos años anteriores a la mayoría de edad, que alcanzada ésta, necesitarán de apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica, la autoridad judicial pueda acordar, a petición del menor, de los progenitores, del tutor o del Ministerio Fiscal, si lo estima necesario, la procedencia de la adopción de la medida de apoyo que corresponda para cuando el menor alcance la mayoría de edad (art. 254 CC). Con todo, se especifica en dicho artículo que estas medidas se adoptarán si el menor, que sea mayor de dieciséis años, no ha realizado sus propias previsiones para cuando alcance la mayoría de edad, y en caso contrario, se dará participación al menor en el proceso, teniendo en cuenta su voluntad, deseos y preferencias.

¹⁷¹ Valls I Xufre, J.M., “El papel del notario en el nuevo régimen de apoyos”, Núñez Núñez, M. (coord.), *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 124

¹⁷² Cabanas Trejo, R., “Observaciones irrespetuosas sobre la ley 8/2021 para la práctica notarial”, *Notarios y Registradores*, 2021 (disponible en <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/otros-temas/observaciones-irrespetuosas-sobre-la-ley-8-2021-para-la-practica-notarial/>; última consulta 24/03/2022).

¹⁷³ Berrocal Lanzarot, M. I., Op. Cit., p. 2415.

¹⁷⁴ *Ibid.*, p. 2416.

Por lo que se refiere al apoderado o mandatario, este podrá ser tanto persona física como jurídica¹⁷⁵. En el primer supuesto, por lo que afecta a la capacidad para ser apoderado, el artículo 1.716 CC hace referencia a la posibilidad del menor emancipado de ser mandatario. Si se tratara de personas jurídicas, resultan de aplicación las reglas generales de capacidad de obrar.

Asimismo, el mandante podrá nombrar a uno o más mandatarios, que actúen mancomunada o solidariamente, simultánea o subsidiariamente, si bien por aplicación del artículo 1.723 CC la norma general es que la responsabilidad de los mandatarios, aunque hayan sido instituidos simultáneamente, no es solidaria si no se ha expresado así¹⁷⁶. De esta forma, el artículo 1.731 CC establece la responsabilidad solidaria de dos o más mandatarios para la celebración de un negocio común.

5.4.2. Contenido y extensión

El carácter personalísimo de las medidas de apoyo, implica que debe ser la propia persona quién las prevea y delimite, pudiendo precisar, por ejemplo, el régimen de actuación, el alcance de las facultades del sujeto o sujetos que hayan de prestar el apoyo; la forma de su ejercicio, las medidas u órganos de control, las salvaguardias necesarias para evitar abusos, conflicto de intereses o influencia debida, los mecanismos y plazos de revisión de las medidas de apoyo, con el fin de garantizar el respeto a su voluntad, deseos y preferencias (art. 258.3 CC), etc.

Así, conforme a la nueva normativa, dependiendo de la extensión de la medida, podemos hablar de un poder *general* o *especial*. El primero comprende todos los asuntos del mandante, y el segundo, está limitado a uno o más negocios de este (art. 1.712 CC). Por otro lado, en virtud del artículo 1.713 CC, tanto uno como otro pueden ser concebidos *en términos generales*, en cuyo caso no comprende más que los actos de administración, o como un *mandato expreso*, que permite realizar actos de riguroso dominio.

Mediante la determinación de la extensión y el contenido del poder, las posibilidades del mandante son mucho más amplias y flexibles que las de la autoridad judicial para constituir una curatela¹⁷⁷.

De acuerdo con el objeto del estudio de este trabajo, lo especialmente relevante a estos efectos, es que cabe otorgar un poder general para la totalidad de asuntos del poderdante que comprenda facultades expresas de actos rigurosamente dominicales, en cuyo caso la práctica jurídica ha

¹⁷⁵ *Ibid.*, p. 2417.

¹⁷⁶ *Ibid.*, p. 2418.

¹⁷⁷ Guilarte Martín Calero, C., Cayo Pérez Bueno, L., y De Lorenzo García, R., Op. Cit., S.P.

acuñado la terminología “poder general” para aquel que afecta a todos los asuntos del poderdante e incluye las más amplias facultades de actuación para el mandatario; se trata de aquel poder al que se ha venido incorporando la cláusula de subsistencia a que se refiere el art 256 CC¹⁷⁸.

Con arreglo a la regulación anterior, la norma era que en caso de duda se entendía que el poder preventivo se otorgaba como mandato general o para todos los asuntos del poderdante, pues de lo contrario existía el riesgo de obstaculizar la gestión desde la discapacidad de aquel¹⁷⁹. Bajo la normativa actual, se ha concluido lo mismo, pero con la importante matización de que, salvo disposición expresa en contrario del poderdante, se aplicarán a este supuesto las reglas de la curatela (art 259 CC), y en particular, lo previsto en el art 287 CC respecto a la autorización judicial que precisa el curador que ejerza funciones de representación para llevar a cabo determinados actos de gran trascendencia¹⁸⁰.

En cualquier caso, el contenido del apoderamiento preventivo puede extenderse tanto a la esfera personal como patrimonial del poderdante. No obstante, de la aplicación analógica de lo dispuesto por el art. 287.1 CC - “*cuando la persona afectada no pueda hacerlo por sí misma*”-, se deduce que la legitimación para actuar en el ámbito personal tendrá eficacia exclusivamente en el supuesto en que el mandante no esté en condiciones de prestar por sí mismo su consentimiento¹⁸¹. De forma que, mientras pueda expresar su voluntad, deseos y preferencias cualquier acto en esta esfera realizado por el apoderado exigirá el consentimiento expreso o tácito del poderdante, siendo insuficiente la legitimación conferida en el poder¹⁸².

Es importante subrayar que quedan excluidos del ámbito de representación del apoderado aquellos actos de la esfera personal que tengan la consideración de personalísimos, en los que ni siquiera el representante legal podría sustituir a la persona si esta no puede expresar válidamente su voluntad¹⁸³.

En este contexto, parece oportuno plantearse la siguiente pregunta: cuál es o debe ser el contenido mínimo sobre el que debe pronunciarse el poderdante en la escritura de poder o mandato preventivo para que cumpla la encomienda que hace el legislador al apoderado de actuar conforme a los deseos y preferencias del poderdante¹⁸⁴. Según Valls I Xufre, el contenido mínimo puede concretarse en: calificación del poder como general o especial;

¹⁷⁸ *Id.*

¹⁷⁹ *Id.*

¹⁸⁰ *Id.*

¹⁸¹ *Id.*

¹⁸² *Id.*

¹⁸³ *Id.*

¹⁸⁴ Valls I Xufre, Op. Cit., p 130.

comienzo de vigencia; instrucciones, condiciones de ejercicio y salvaguardas; supervisión; rendición de cuentas y derechos del apoderado; autocontratación y contraposición de intereses; solicitud de copias; sustitución de poder y delegación de facultades; y, extinción¹⁸⁵.

5.4.3. *Forma*

El nuevo artículo 260 CC introduce la forma solemne que doctrinalmente se había venido exigiendo. Sin embargo, no traza un procedimiento específico para su otorgamiento, ni mucho menos un contenido mínimo sobre el que deba pronunciarse el mandante al otorgarla¹⁸⁶. Así, por disposición del inciso primero del citado artículo, los poderes o mandatos preventivos se deberán otorgar en escritura pública como requisito de forma.

El inciso segundo del mismo artículo obliga a que el Notario autorizante comunique de oficio y sin dilación el documento público al Registro civil para que quede constancia en el Registro individual del poderdante (art. 260.2 CC). El documento público a que alude el artículo es aquel en que se hayan otorgado los poderes preventivos, no obstante, cabe señalar que realmente deberán ser objeto de comunicación e inscripción en el Registro cualesquiera documentos públicos notariales sobre las medidas de apoyo (art. 300 CC).

Pese a que no se exige en la regulación específica de poderes o mandatos preventivos, si se trata de un apoderamiento con cláusula de subsistencia que comprenda todos los negocios del poderdante, por la remisión a las reglas aplicables a la curatela, el apoderado o mandatario, 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 hubiere tomado posesión de su cargo (art. 285 CC)¹⁸⁷. No obstante, esta obligación puede ser objeto de dispensa por parte del apoderado o mandatario del mismo modo que en la autocuratela¹⁸⁸.

En este contexto, la valoración de la capacidad de entender y querer de la persona constituye una labor fundamental del Notario en el otorgamiento de cualquier escritura, y más aún si cabe, en la del poder preventivo, por las graves consecuencias que puede acarrear¹⁸⁹.

5.4.4. *Extinción*

a) *Formas específicas de extinción previstas por el poderdante*

¹⁸⁵ *Id.*

¹⁸⁶ Guilarte Martín Calero, C., Cayo Pérez Bueno, L., y De Lorenzo García, R., Op. Cit., S.P.

¹⁸⁷ Berrocal Lanzarot, M. I., Op. Cit., p. 2426.

¹⁸⁸ *Id.*

¹⁸⁹ Guilarte Martín Calero, C., Cayo Pérez Bueno, L., y De Lorenzo García, R., Op. Cit., S.P.

En virtud del párrafo tercero del artículo 258 CC, el poderdante podrá establecer en su escritura de poder preventivo formas específicas de extinción del poder que no estén contempladas por la ley, como podría ser la extinción por el cumplimiento de una condición o la fijación de la duración de la medida de apoyo¹⁹⁰.

b) Cese de la convivencia

Conforme el párrafo segundo del artículo 258 CC, el poder o mandato preventivo conferido a favor del cónyuge o pareja de hecho, se extinguirá de forma automática con el cese de la convivencia; salvo que el propio poderdante o mandante hubiese previsto cosa distinta o, que el cese de la convivencia hubiese venido determinado por el internamiento de este.

Al respecto, destaca Gomá Lazón la importancia de delimitar adecuadamente el poder con los matices que se estimen necesarios para determinar de forma inequívoca cuándo se debe considerar que el poder se extingue, pues de lo contrario se darán casos discutibles como el cese temporal de convivencia¹⁹¹. En este sentido, el mismo autor apunta, que una posible solución sería establecer que el poder se extinga solo en caso de cese de la convivencia documentado por ambas partes o establecido judicialmente¹⁹².

c) Concurrencia de las causas previstas para remoción del curador

De acuerdo con el párrafo cuarto del mismo artículo, el poder o mandato preventivo se extingue si en el apoderado concurre alguna de las causas previstas para la remoción del curador en el art. 278 CC, salvo que el poderdante haya excluido expresamente esta causa; lo cual no parece oportuno, pues las causas previstas en dicho artículo se refieren al incorrecto desempeño de las funciones o a problemas personales con el poderdante (art. 258.4 CC)¹⁹³.

Así la remoción del apoderado o mandatario tendrá lugar: si estando en vigor el poder, el mandatario incurre en una causa legal de inhabilidad; se conduce mal en su desempeño por incumplimiento de los deberes propios del cargo, por notoria ineptitud de su ejercicio; o, cuando surgiesen problemas de convivencia graves y continuados con la persona a la que

¹⁹⁰ *Id.*

¹⁹¹ Gomá Lazón, F., “Los poderes preventivos en la ley de apoyo a las personas con discapacidad”, *Hay derecho*, 2021 (disponible en <https://www.hayderecho.com/2021/06/08/los-poderes-preventivos-en-la-ley-de-apoyo-a-las-personas-con-discapacidad/>; última consulta 4/03/2022).

¹⁹² *Id.*

¹⁹³ *Id.*

prestan apoyo (art. 278.1 CC)¹⁹⁴. La apreciación de estas causas legales le corresponde al juez, que debe realizar un juicio valorativo, guiado por la voluntad e interés de la persona afectada¹⁹⁵. El mismo precepto determina que cualquier persona legitimada para instar el procedimiento de apoyos, y el curador, si lo hubiere, podrán solicitar judicialmente la extinción de los poderes preventivos. Al respecto, cabe precisar que el curador no puede por sí solo extinguir el poder, sino instar judicialmente tal extinción en el caso que, concurran alguna de las causas previstas para la remoción del curador¹⁹⁶. Con ello, se procura un control *ex post* de la actuación del apoderado en beneficio del poderdante¹⁹⁷.

d) *Formas genéricas de extinción del contrato de mandato*

El poder o mandato preventivo, se extingue por las mismas causas que para el contrato de mandato prevé el artículo 1.732 CC; así:

En primer lugar, el poder o mandato se extingue por la revocación del poderdante, que podrá tener lugar antes de la eficacia de ambas modalidades de mandato o con posterioridad¹⁹⁸. Puesto que la revocación es una declaración de voluntad unilateral y recepticia, para que surta efectos es necesario que sea conocida por el apoderado o mandatario¹⁹⁹.

También se extinguirá por la renuncia del mandatario. De igual forma, la renuncia constituye una declaración de voluntad unilateral y recepticia, lo que implica que ha de ser conocida por el apoderado o mandatario para que produzca efectos²⁰⁰. Para este posible supuesto, resulta oportuno que el poderdante prevea un sustituto.

En tercer lugar, se extinguirá por la muerte de mandante o mandatario. En cuarto lugar, por el concurso de acreedores de cualquiera de los dos. Y, finalmente, por el establecimiento de medidas que incidan en el acto en que deba intervenir en esa condición.

No obstante, señala el párrafo primero del artículo 258 CC que no se extinguirán los poderes o mandatos en cualquiera de sus modalidades, a pesar de la constitución de medidas de apoyo a favor del poderdante o mandante, si estas se hubiesen establecido judicialmente (curatela), o bien si se hubiesen acordado por el propio interesado (instrucciones previas)²⁰¹.

¹⁹⁴ Berrocal Lanzarot, M. I., Op. Cit., p. 2427.

¹⁹⁵ Sancho Gargallo, I., “El juez en el nuevo sistema de apoyos”, Núñez Núñez, M. (coord.), *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 75.

¹⁹⁶ Berrocal Lanzarot, M. I., Op. Cit., p. 2426.

¹⁹⁷ *Id.*

¹⁹⁸ *Ibid.*, p. 2427.

¹⁹⁹ *Id.*

²⁰⁰ *Id.*

²⁰¹ *Id.*

5.4.5. Eficacia, publicidad y revisión

Como ya se ha expuesto con anterioridad al tratar sobre las modalidades de poder y mandato preventivo, el poder o mandato continuado o con subsistencia de efectos surte efectos desde su constitución, y se ejercerá como poder ordinario, que se transformará en preventivo cuando concurra la necesidad de apoyo, mientras que en el caso de poder o mandato en sentido estricto o *ad cautelam* para que el poder comience a producir efectos, deberá acreditarse la necesidad de apoyo, y en este sentido deberá estarse a las previsiones del poderdante, en garantía de lo cual, si fuera necesario, se otorgará acta notarial que, además del juicio del Notario, incorporará un informe pericial en el mismo sentido²⁰².

Para cualquiera de las dos modalidades, el poderdante o mandante podrá prever las medidas u órganos de control que estime oportuno, las salvaguardas necesarias para evitar abusos, conflicto de intereses o influencia indebida y los mecanismos y plazos de revisión de las medidas de apoyo, con el fin de garantizar el respeto de su voluntad, deseos y preferencias (art. 258.3 CC).

Asimismo, procede señalar, que el art. 268 CC en sede de curatela prevé que las medidas de apoyo adoptadas judicialmente serán revisadas periódicamente en un plazo máximo de tres años, y en casos excepcionales, de hasta seis años²⁰³. En concreto, por la remisión a las normas de curatela, esto es aplicable a los poderes o mandatos preventivos cualquiera que sea su modalidad, cuando hayan sido otorgado con carácter general -para todos los negocios del mandante- salvo que el poderdante hubiese previsto otra cosa²⁰⁴.

Por lo que a la publicidad de los poderes y mandatos preventivos se refiere, el inciso 10 del artículo 4 de la Ley del Registro Civil, dispone que, son inscribibles “*los poderes y mandatos preventivos, la propuesta de nombramiento de curador y las medidas de apoyo previstas por una persona respecto de sí misma o de sus bienes*”²⁰⁵; el art. 77 del mismo cuerpo legal señala que “*es inscribible en el registro individual del interesado el documento público que contenga las medidas de apoyo previstas por una persona respecto de sí misma o de sus bienes*”²⁰⁶.

Tal y como indica el Preámbulo de la LAPD, el Registro Civil se convierte en una pieza central de la reforma, pues hace efectiva la preferencia que el nuevo sistema atribuye a las medidas

²⁰² García Herrera, V., Op. Cit., p. 348.

²⁰³ Berrocal Lanzarot, M. I., Op. Cit., p.2429.

²⁰⁴ *Id.*

²⁰⁵ Ley 20/2011, de 21 de julio, cit.

²⁰⁶ *Id.*

voluntarias previstas por una persona respecto de sí misma o de sus bienes²⁰⁷. Con todo, el necesario respeto a los derechos fundamentales de las personas con discapacidad, a su intimidad y a la protección de sus datos personales, ha llevado a considerar que las medidas de apoyo deben acceder al Registro como datos sujetos al régimen de publicidad restringida, de ahí que el art. 84 de la Ley del Registro Civil limite el acceso a los asientos que contengan datos especialmente protegidos relativos a la discapacidad y medidas de apoyo²⁰⁸.

Señala Valls I Xufre que la gran diferencia entre poder o mandato continuado con subsistencia de efectos y poder o mandato preventivo en sentido estricto o *ad cautelam*, es que solo los segundos tienen acceso al Registro Civil²⁰⁹. Esto se debe a que, -como ya se ha expuesto- el poder o mandato continuado con subsistencia de efectos se ejercerá como poder ordinario, que se transformará en preventivo cuando concurra la necesidad de apoyo²¹⁰.

A este respecto, apunta el mismo autor *“nos tocará a los notarios, llevar el peso de la efectividad práctica de las normas, adaptándonos a ellas de tal forma que si el poderdante tiene la idea de que ese poder subsista hasta su muerte, deberemos aconsejar la forma preventiva para que pueda tener acceso a la publicidad registral, tan anhelada por nuestra profesión, para mayor seguridad del tráfico jurídico del que somos el principal garante²¹¹”*.

Por lo que al Registro de la Propiedad se refiere, es importante mencionar que la LAPD suprime el libro de los incapacitados, y lo sustituye por el de administración y disposición de bienes inmuebles, al que sólo tendrán acceso las resoluciones y medidas previstas en las leyes que afectan a la libre administración y disposición de los bienes de una persona²¹². No obstante, no se contempla el acceso al mismo de las medidas voluntarias de apoyo. La diferencia con el Registro Civil es clara en este sentido, ya que este último prevé la inscripción de los apoyos ya sean judiciales o voluntarios ofreciendo por lo tanto una mayor seguridad jurídica²¹³.

²⁰⁷ Ley 8/2021, de 2 de junio, cit.

²⁰⁸ Berrocal Lanzarot, M. I., Op. Cit., p. 2430.

²⁰⁹ Valls I Xufre, J.M., Op. Cit., p. 142.

²¹⁰ García Herrera, V., Op. Cit., p. 348.

²¹¹ Valls I Xufre, J.M., Op. Cit., p. 142.

²¹² *Id.*

²¹³ *Ibid.*, p. 143.

6. CONCLUSIONES

- I. La LAPD es el resultado de más de diez años de intensos trabajos legislativos de adecuación normativa del ordenamiento jurídico español a la CDPD. Debemos acoger satisfactoriamente este texto legal pues hace desaparecer de nuestro ordenamiento las instituciones civiles hasta ahora sólidamente consolidadas como la tutela o la patria potestad prorrogada, y en su lugar, introduce un sistema de apoyos extraordinariamente flexible, que da lugar a muy diferentes medidas de apoyo en función de las necesidades y la situación específica de la persona, garantizando el respeto a su dignidad, autonomía e independencia.
- II. La ambición del legislador por erradicar el enfoque paternalista propio del anterior sistema le ha llevado a errar en lo contrario, formulando los artículos de forma excesivamente ambigua y abierta, lo que puede llegar a generar graves problemas de interpretación y aplicación práctica.
- III. La LAPD se limita a señalar que por discapacidad se debe entender cualquier situación que haga precisa la provisión de medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica, salvo que el propio precepto disponga otra cosa. Esto último, nos sitúa ante un marco ciertamente complejo a nivel interpretativo pues este es un concepto jurídicamente indeterminado, que no permite identificar con claridad cuál es esa situación que hace precisa la provisión de medidas de apoyo. Para ciertos ámbitos normativos relativos actos de disposición *inter vivos* o *mortis causa* a favor de la persona con discapacidad sí delimita el concepto a través de la remisión de disposiciones normativas ya vigentes en nuestro ordenamiento jurídico.
- IV. El nuevo “sistema de apoyos” contempla dos categorías de medidas; las de carácter voluntario y las de carácter legal o judicial, si bien señala que las segundas sólo procederán en ausencia o insuficiencia de las primeras. A este respecto, resulta evidente la intención del legislador de establecer una jerarquía sobre ambas medidas. No obstante, el término “insuficiencia” parece ser, ciertamente subjetivo, pudiendo dar lugar a diferentes interpretaciones.
- V. Los poderes y mandatos preventivos se configuran como medidas de apoyo de carácter voluntario, en consecuencia, la regulación que tras la reforma ofrece el Código Civil, está constituida íntegramente por normas dispositivas. Ello implica que será el propio mandante quién en última instancia “confeccione” la medida, pudiendo establecer la persona o personas que deban prestarla, así como el contenido y alcance de la misma. En este punto, el legislador se limita a señalar como criterio de actuación que, se deben

respetar los deseos y preferencias del poderdante. Esto nos lleva a plantearnos, entre otras cuestiones, qué ocurre si entran en colisión los deseos y voluntades de la persona afectada por la discapacidad con sus intereses. La nueva regulación no ofrece una respuesta categórica a esta tan -a nuestro juicio- importante pregunta, ni mucho menos señala la existencia de límites a la autonomía de la voluntad de la persona con discapacidad pues no menciona en ningún punto el criterio del mejor interés.

- VI. La carga de llenar los vacíos legales que deja la reforma recae en los operadores jurídicos, y en particular en el notariado, puesto que a ellos la ley les encomienda, con el fin de desjudicializar la discapacidad -con respecto a las medidas de apoyo voluntarias, que tienen el carácter de preferentes-, la tarea de configurar las medidas de apoyo conforme a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad. A nuestro juicio, esta realidad va a suponer un proceso largo tanto de formación específica para los notarios como de adaptación a la nueva realidad normativa por parte de las personas discapacitadas en particular y de sus familias en general. El efectivo reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad así como el efectivo goce y ejercicio de sus derechos en igualdad de condiciones que el resto de las personas, dependerán de las respuestas que se den a las dudas interpretativas y lagunas que como hemos ido advirtiendo en nuestro trabajo, ha dejado planteadas la nueva regulación.

BIBLIOGRAFÍA

1. LEGISLACIÓN

Ley del Notariado, de 28 de mayo de 1862 (Gaceta de Madrid núm. 149, de 29 de mayo de 1862. Texto consolidado tomado de www.boe.es).

Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio (Gaceta de Madrid núm. 289, de 16 de octubre de 1885. Texto consolidado tomado de www.boe.es).

Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria (BOE 27 de febrero de 1946).

Declaración Universal de Derechos Humanos (BOE 10 de octubre de 1979).

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE 24 de noviembre de 1995).

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE 8 de enero de 2000).

Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (DOUE 18 de diciembre de 2000).

Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad (BOE 19 de noviembre de 2003).

Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (BOE 21 de abril de 2008).

Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley de 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 (BOE 26 de marzo de 2009).

Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (BOE 22 de julio de 2011).

Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (BOE 2 de agosto de 2011).

Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social (BOE 13 de diciembre de 2013).

Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE 31 de marzo de 2015).

Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria (BOE 3 de julio de 2015).

Ley 4/2017, de 24 de junio, de modificación de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (BOE 29 de junio de 2017).

Ley Orgánica 1/2017, de 13 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, para garantizar la participación de las personas con discapacidad sin exclusiones (BOE 14 de diciembre de 2017).

Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad (BOE 6 de diciembre de 2018).

Ley Orgánica 2/2020, de 16 de diciembre, de modificación del Código Penal, para la erradicación de la esterilización forzada o no consentida de personas con discapacidad incapacitadas judicialmente (BOE 17 de diciembre de 2020).

Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (BOE: 3 de junio de 2021).

2. JURISPRUDENCIA

2.1. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 282/2009, de 29 de abril del 2009 [versión electrónica - base de datos Aranzadi. Ref. RJ2009\2901]. Fecha de la última consulta: 23 de enero de 2022.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 341/2014, de 1 de julio de 2014 [versión electrónica - base de datos Aranzadi. Ref. RJ2014\4518]. Fecha de la última consulta: 23 de enero de 2022.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 244/2015, de 13 de mayo de 2015 [versión electrónica - base de datos Aranzadi. Ref. RJ2015\2023]. Fecha de la última consulta: 23 de enero de 2022.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 298/2017, de 16 de mayo de 2017 [versión electrónica - base de datos Aranzadi. Ref. RJ2017\2207]. Fecha de la última consulta: 23 de enero de 2022.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 530/2017, de 27 de septiembre de 2017 [versión electrónica - base de datos Aranzadi. Ref. RJ2017\5913]. Fecha de la última consulta: 23 de enero de 2022.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 597/2017, de 8 de noviembre de 2017 [versión electrónica - base de datos Aranzadi. Ref. RJ2017\4760]. Fecha de la última consulta: 23 de enero de 2022.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 69/2018, de 7 de febrero de 2018 [versión electrónica - base de datos Aranzadi. Ref. RJ2018\392]. Fecha de la última consulta: 23 de enero de 2022.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 124/2018, de 7 de marzo de 2018 [versión electrónica - base de datos Aranzadi. Ref. RJ2018\934]. Fecha de la última consulta: 24 de enero de 2022.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 118/2020, de 19 de febrero de 2020 [versión electrónica - base de datos Aranzadi. Ref. RJ2020\392]. Fecha de la última consulta: 23 de enero de 2022.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 654/2020, de 3 de diciembre de 2020 [versión electrónica - base de datos Aranzadi. Ref. RJ2020\4815]. Fecha de la última consulta: 23 de enero de 2022.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 269/2021, de 6 de mayo de 2021 [versión electrónica - base de datos Aranzadi. Ref. RJ2021\2381]. Fecha de la última consulta: 30 de enero de 2022.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 589/2021, de 8 de septiembre de 2021 [versión electrónica - base de datos Aranzadi. Ref. RJ2021\4002]. Fecha de la última consulta: 21 de febrero de 2022.

2.2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 3/2018, de 22 de enero de 2018 [versión electrónica - base de datos Aranzadi. Ref. RTC2018\3]. Fecha de la última consulta: 24 de enero de 2022.

3. OBRAS DOCTRINALES

ALBERRUCHE DIÁZ-FLORES, M.M., “El régimen de ineficacia en nuestro ordenamiento jurídico tras la Ley 8/2021, de 2 de junio”, Núñez Núñez, M. (coord.), *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 497-519.

ALBERT MÁRQUEZ, M., “El derecho a comprender el derecho y el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad”, Núñez Núñez, M. (coord.), *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, pp.185-213.

- ÁLVAREZ LATA, N., Y SEOANE, J.A., “El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad. Una revisión de los modelos de representación y guarda a la luz de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad”, *Derecho Privado y Constitución*, n. 10, p. 14, 2010, pp. 11-66.
- ALVENTOSA DEL RÍO, J., “Las instituciones de guarda y protección de la persona”, De Verda y Beamonte, J.R (coord.), *Derecho Civil IV. Derecho de Familia*, Tirant lo blanch, Valencia, 2021, pp. 323-345.
- ARAGÓN GÓMEZ, C., “La Plasmación del modelo social en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, Barranco Avilés, M. C., (coord.), “*Situaciones de dependencia, discapacidad y derechos. Una mirada hacia la Ley 39/2006 de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia desde la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad*”, Dykinson, Madrid, 2011, pp. 33-48.
- BERROCAL LANZAROT, M. I., “Las medidas voluntarias de apoyo en la Ley 8/2021, de 2 de junio: Los poderes y mandatos preventivos”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 786, 2021, pp. 2392-2442.
- CABRA DE LUNA, M.A., “La Reforma del Derecho Civil a la luz de la Convención de Nueva York: el rol de la Comisión de Legislación del Real Patronato sobre Discapacidad”, *Revista Española de Discapacidad*, vol. 9, n. 2, 2021, pp. 179-191.
- CUADRADO PÉREZ, C., “Modernas perspectivas en torno a la discapacidad”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 777, 2020, pp. 13-90.
- CUENCA GÓMEZ, P., “El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española”, *REDUR*, 10, 2012, pp. 61-94.
- CUENCA GÓMEZ, P., “La Capacidad jurídica de las personas con discapacidad: el art. 12 de la convención de la ONU y su impacto en el ordenamiento jurídico español”, *Derechos y Libertades*, 24, 2011, pp. 221-257.
- CUENCA GÓMEZ, P., “Sobre la inclusión de la discapacidad en la teoría de derechos humanos” *Revista de estudios políticos (nueva época)*, n. 158, 2012, pp. 103-137.
- DE FUENTES GARCÍA-ROMERO DE TEJADA, C., “Sobre el concepto jurídico de persona con discapacidad y la noción de apoyos necesarios”, *Revista Española de Discapacidad*, vol. 4, n. 2, 2016, pp. 81-99.

- DE LAS HERAS GARCÍA, M.A., “Discapacidad y modelo social en el marco de la Convención de la ONU de 2006: Personas Mayores y Derecho Civil”, *Informes Portal Mayores*, n. 101, 2010, pp. 1-17.
- ECHEVARRÍA DE RADA, M.T., “La capacidad testamentaria de la persona con discapacidad a la luz de la ley 8/2021, de 2 de junio”, Núñez Núñez, M. (coord.), *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio*, Tirant lo blanch, Valencia, 2022, pp. 521-551.
- GARCÍA HERRERA, V., “Los poderes preventivos: cuestiones derivadas de su configuración como medida de apoyo preferente y de su articulación en torno a la figura contractual del mandato”, Núñez Núñez, M. (coord.), *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 341-385.
- 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*, 66, 2013, pp. 60-147.
- LINACERO DE LA FUENTE, M., “Matrimonio. Parejas de hecho”, Linacero De la Fuente, M., (coord.), *“Tratado de Derecho de Familia. Aspectos sustantivos. Procedimientos. Jurisprudencia. Formularios 3ª edición 2021”*, Tirant lo Blanch, 2021, Tirant lo blanch, Valencia, 2021, pp. 97-193.
- LINACERO DE LA FUENTE, M., “Tendencias actuales en materia de discapacidad. La Ley 8/2021 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. Primera parte: la reforma de la legislación civil para el apoyo a las personas con discapacidad”, Linacero De la Fuente, M., (coord.), *“Tratado de Derecho de Familia. Aspectos sustantivos. Procedimientos. Jurisprudencia. Formularios 3ª edición 2021”*, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 571-655.
- LINDÓN HERAS, L., “Discapacidad y Observaciones Generales de los comités de derechos humanos de la ONU: una relación asimétrica entre la invisibilidad, el modelo médico y el modelo de derechos humanos”, *Revista Española de Discapacidad*, vol. 1, n. 1, 2013, pp. 47-72.
- LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I., “Situación jurídica de la persona con discapacidad”, *Guía rápida Francis Lefebvre. Reforma civil y procesal para el apoyo a personas con discapacidad*, Francis Lefebvre, Madrid, 2021. S.P.

- MARTÍNEZ-PUJALTE, A.L., “La recepción de la Convención en el Derecho español como tratado internacional de derechos humanos”, Álvarez Ramírez, G. (coord.), *La Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad. De los derechos a los hechos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 42-55.
- MAYOR DEL HOYO, M. V., “Los Derechos civiles en España ante la Convención de Naciones Unidas sobre discapacidad. Especial referencia al Derecho civil aragonés: ¿una adaptación condicionada por la reforma estatal?”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 782, 2020, pp. 3359-3415.
- MEDINA ALCOZ, M., “La responsabilidad civil de la persona con discapacidad tras la reforma de 2021: ¿Un régimen estrictamente novedoso?”, Núñez Núñez, M. (coord.), *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 611-652.
- MORENO TRUJILLO, E., “Las personas y el Derecho de la persona” Sánchez Calero, F.J., (coord.), *Curso de Derecho Civil I. Parte General y Derecho de la Persona*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 105-119.
- NÚÑEZ NÚÑEZ, M., “La aceptación de la herencia y la intervención en la partición”, Núñez Núñez, M. (coord.), *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio*, Tirant lo blanch, Valencia, 2022, pp. 587-609.
- PALACIOS RIZZO, A., “El modelo social de la discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la convención internacional de derechos de las personas con discapacidad”, *CERMI*, n. 36, 2008, pp. 7-523.
- PALACIOS, A., Y BARIFFI, F., “La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad”, *Cinca, Colección Telefónica Accesible*, n. 4, 2007, pp. 11-143.
- PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., “La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y el sistema español de modificación de la capacidad de obrar”, *Derecho Privado y Constitución*, 23, 2009, pp. 335-368.
- RUIZ DE HUIDOBRO DE CARLOS, J.M., “Persona, Capacidad y Estado Civil”, *Derecho de la persona. Introducción al Derecho Civil*, Dykinson, Madrid, 2018, pp. 155 -159.
- RUIZ-RICO RUIZ MORÓN, J., “Instituciones de apoyo y de protección” Sánchez Calero, F.J (coord.), *Curso de Derecho Civil I Bis. Derecho de Familia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 99-152.

- SÁNCHEZ GÓMEZ, A., “Hacia un nuevo tratamiento jurídico de la discapacidad. 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, pp. 385-428.
- SÁNCHEZ MARTÍNEZ, M. O., Y SOLAR CAYÓN, J. I., “Principios y Objetivos de la Convención”, *La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Dykinson, Madrid, 2015, pp. 43-58.
- SANCHO GARGALLO, I., “El juez en el nuevo sistema de apoyos”, Núñez Núñez, M. (coord.), *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 61-82.
- SANJOSÉ GIL, A., “El primer tratado de Derechos Humanos del siglo XXI. La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad”, “*Revista electrónica de estudios internacionales*”, n. 13, 2007, pp.1-26.
- VALLS I XUFRE, J.M., “El papel del notario en el nuevo régimen de apoyos”, Núñez Núñez, M. (coord.), *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 85-152.

4. RECURSOS DE INTERNET

- “Comité sobre los Derechos de Personas con Discapacidad”, *ACNUDH*, (Disponible en ACNUDH | Comité de los derechos de las personas con discapacidad (ohchr.org); última consulta 17/11/2021).
- “Dossier con las medidas para el apoyo de las personas con discapacidad. Los diez puntos clave para entender la reforma del Código Civil. Modificaciones realizadas por la Ley 8/2021, de 2 de junio”, *Iberley*, 2021 (disponible en https://recursos.iberley.es/dossier-medidas-apoyo-personas-con-discapacidad/?utm_campaign=Recursos%20Iberley&utm_content=181877923&utm_medium=social&utm_source=twitter&hss_channel=tw-771462209599864832; última consulta 20/02/2022).
- “Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 35 de la Convención. Observaciones finales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, *CRPD/C/ESP/CO/1*, 2011 (disponible en https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD%2FC%2FESP%2FCO%2F1&Lang=en; última consulta 30/01/2022).

- “Ley de apoyo a las personas con discapacidad: resumen y enlaces”, *Notarios y Registradores* (disponible en <https://www.notariosyregistradores.com/web/normas/destacadas/ley-apoyo-personas-con-discapacidad-resumen-y-enlaces/>; última consulta 25/01/2022).
- “Observación general Núm. 1 (2014). Artículo 12: igual reconocimiento como persona ante la ley”, *CRPD/C/GC/1*, 2014 (disponible en https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD/C/GC/1; última consulta 30/01/2022).
- “Observación general sobre el artículo 12: igual reconocimiento como persona ante la ley”, *CRPD/C/11/4*, 2013 (disponible en https://www.ohchr.org/documents/hrbodies/crpd/gc/dgcarticle12_sp.doc; última consulta 30/01/2022).
- “ONU adopta Convención sobre derechos de las personas con discapacidades”, *Noticias ONU*, 13 de diciembre de 2006. (disponible en: ONU adopta Convención sobre derechos de las personas con discapacidades | Noticias ONU (un.org); última consulta 15/11/2021).
- “Resolución 61/106 aprobada por la Asamblea General. Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y su Protocolo Facultativo”. *A/RES/61/106*, 2007 (disponible en http://www.oas.org/DIL/esp/A-RES_61-106_spa.pdf; última consulta 15/11/2021).
- Cabanas Trejo, R., “Observaciones irrespetuosas sobre la ley 8/2021 para la práctica notarial”, *Notarios y Registradores*, 2021 (disponible en <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/otros-temas/observaciones-irrespetuosas-sobre-la-ley-8-2021-para-la-practica-notarial/>; última consulta 24/03/2022).
- Cuenca Gómez, P., “La igualdad en la capacidad jurídica de las personas con discapacidad: algunas implicaciones del art. 12 de la CIDPD en el Ordenamiento jurídico español. *Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid* (disponible en Microsoft Word - I Congreso Disc y DDHH - Comisión I - CUENCA GOMEZ Patricia.doc (repositoriocdpd.net); última consulta 18/12/2021).
- Gomá Lazón, F., “Los poderes preventivos en la ley de apoyo a las personas con discapacidad”, *Hay derecho*, 2021 (disponible en <https://www.hayderecho.com/2021/06/08/los-poderes-preventivos-en-la-ley-de-apoyo-a-las-personas-con-discapacidad/>; última consulta 4/03/2022).
- Grupo del Banco Mundial y Organización Mundial de la Salud, “Informe mundial sobre la discapacidad”, *Organización Mundial de la Salud*, 2011 (disponible en

https://www.who.int/disabilities/world_report/2011/summary_es.pdf; última consulta 26/03/2022).

Guilarte Martín Calero, C., Cayo Pérez Bueno, L., y De Lorenzo García, R., “Comentarios a la Ley 8/20201, por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad”, *Aranzadi*, 2021, S.P. (disponible en <https://cutt.ly/PSkha7j>; última consulta 25/02/2022).

Tena Arregui, R., “El régimen de ineficacia de los contratos celebrados sin apoyo por las personas con discapacidad”, *El Notario del siglo XXI*, n. 101, 2022 (disponible en <https://www.elnotario.es/index.php/opinion/opinion/11189-el-regimen-de-ineficacia-de-los-contratos-celebrados-sin-apoyo-por-las-personas-con-discapacidad>; última consulta 10/02/2022).

Torres Costas, M. E., “La capacidad jurídica a la luz del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad”, *Colección de Derecho Privado*, 2020 (disponible en https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-PR-2020-168; última consulta 23/03/2022).