



FACULTAD DE DERECHO

**ANÁLISIS CRÍTICO DEL ANTEPROYECTO DE  
LEY POR LA QUE SE REFORMA LA  
LEGISLACIÓN CIVIL Y PROCESAL EN MATERIA  
DE DISCAPACIDAD**

Autor: Nerea Martínez de Larramendi Herrero

4ºE1 B-L

Derecho civil

Tutor: Dº Carlos de Miguel Perales

Madrid

Abril, 2019

**Resumen:**

Según datos de la Organización Mundial de la Salud (OMS) alrededor de 1000 millones de personas en el mundo padecen algún tipo de discapacidad, lo que supone un quince por ciento de la población mundial. Son muchos los hombres, mujeres, y niños que sufren alguna discapacidad y participan en actos de la vida cotidiana, sin embargo, también existe un número de ellos, que en cierta medida sufre algún tipo de discriminación por este hecho. Con la promulgación del Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, así como otras leyes al respecto tales como el Convenio de Nueva York de 2006, la Ley 26/2011 de adaptación de la normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con discapacidad, el Real Decreto 1/2013 de 29 de noviembre o la Ley Orgánica 1/2017 de 13 de diciembre, en la que se garantiza la participación de las personas con discapacidad en los tribunales Jurado, se pretende acercar a la sociedad la marginación que en ocasiones sufren estas personas. Lo que se pretende con estas leyes es, que en la medida en la que sea posible y siempre diferenciando entre los distintos grados de discapacidades y buscando lo mejor para este colectivo, tratar de eliminar la discriminación negativa que en determinados momentos sufren.

**Palabras clave:** *discapacidad, Convención de Nueva York, curatela, apoyo, Código Civil*

**Abstract:**

According to data from the World Health Organization (WHO) about 1 billion people in the world suffer from some kind of disability, which accounts for fifteen percent of the world's population. There are many men, women and children who suffer some kind of disability and participate in everyday life, however, there are also a number of them who to some extent suffer some kind of discrimination because of this fact. With the enactment of the Draft Law reforming civil and procedural legislation on disability, as well as other relevant laws such as the 2006 New York Convention, Law 26/2011 adapting the regulations to the International Convention on the Rights of Persons with Disabilities, Royal Decree 1/2013 of 29 November or Organic Law 1/2017 of 13 December, which guarantees the participation of persons with disabilities in sworn courts, the aim is to bring society closer to the marginalization that these persons sometimes suffer. The aim of these laws is that, as far as possible, and always differentiating between the different degrees of disability, and seeking the best for this group, try to eliminate the negative discrimination they suffer at certain times.

**Key words:** *disability, New York Convention, guardianship, support, Civil Code*

## ÍNDICE

Listado de abreviaturas.....	6
<b>1</b> <b>Introducción.....</b>	<b>7</b>
<b>2</b> <b>Referente de la discapacidad en nuestra Constitución:.....</b>	<b>8</b>
<b>3</b> <b>Convención de Nueva York.....</b>	<b>9</b>
<b>3.1</b> <b>Los principios de la Convención.....</b>	<b>11</b>
<b>3.2</b> <b>Análisis del artículo 12.....</b>	<b>12</b>
<b>3.3</b> <b>Análisis de sentencias en virtud de la Convención de Nueva York.....</b>	<b>13</b>
<b>4</b> <b>La discapacidad en el Ordenamiento Jurídico Español.....</b>	<b>17</b>
<b>5</b> <b>Reformas de las leyes en materia de discapacidad anteriores al Anteproyecto de Ley.....</b>	<b>18</b>
<b>5.1</b> <b>Ley 26/2011 de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.....</b>	<b>18</b>
<b>5.2</b> <b>Real Decreto 1/2013 de 29 de noviembre, en el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las personas con Discapacidad y su inclusión social.....</b>	<b>19</b>
<b>5.3</b> <b>Ley Orgánica 1/2017 de 13 de diciembre por la que se modifica la Ley Orgánica 5/1995 de 22 de Mayo de Tribunal jurado en la que se garantiza la participación de las personas con discapacidad.....</b>	<b>20</b>
<b>6</b> <b>Modificaciones terminológicas del CC, LH, LEC, Ley de Jurisdicción Voluntaria.....</b>	<b>20</b>
<b>6.1</b> <b>Código Civil:.....</b>	<b>20</b>
<b>6.2</b> <b>Ley Hipotecaria:.....</b>	<b>23</b>
<b>6.3</b> <b>Ley de Enjuiciamiento Civil:.....</b>	<b>23</b>
<b>6.4</b> <b>Ley de Jurisdicción Voluntaria:.....</b>	<b>23</b>
<b>7</b> <b>Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad.....</b>	<b>23</b>
<b>7.1</b> <b>Modificación de los aspectos civiles y procesales.....</b>	<b>25</b>

7.1.1	Introducción.....	25
7.1.2	Sustitución de los tradicionales procesos de modificación de la capacidad.....	27
<b>7.2</b>	<b>La guarda de hecho.....</b>	<b>29</b>
7.2.1	Ámbito de actuación.....	31
<b>7.3</b>	<b>Medidas de apoyo: la curatela .....</b>	<b>32</b>
7.3.1	Principios de la curatela.....	34
7.3.2	Nombramiento de curadores.....	34
7.3.3	Orden legal para el nombramiento:.....	35
<b>7.4</b>	<b>Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio.....</b>	<b>36</b>
7.4.1	Contenido de las medidas de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio.....	37
<b>7.5</b>	<b>Modificaciones en materia sucesoria .....</b>	<b>38</b>
<b>8</b>	<b>La prodigalidad.....</b>	<b>39</b>
<b>9</b>	<b>Conclusiones.....</b>	<b>41</b>
<b>10</b>	<b>Bibliografía.....</b>	<b>43</b>

## Listado de abreviaturas

ART	Artículo
CC	Código Civil
CE	Constitución Española
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LH	Ley Hipotecaria
LJV	Ley de Jurisdicción Voluntaria
MF	Ministerio Fiscal
OJ	Ordenamiento Jurídico
RD	Real Decreto
STS	Sentencias del Tribunal Supremo
TS	Tribunal Supremo

## **1 Introducción**

El principal objetivo del Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, así como de las sucesivas reformas que se han ido dando, no es otro que el de proporcionar a las personas que se encuentren en una situación de vulnerabilidad respecto del resto de la sociedad, como son aquellas que presentan algún tipo de discapacidad, las medidas necesarias de apoyo para eliminar la posible discriminación, así como potenciar siempre que sea posible su autonomía. Elía Lázaro Jiménez, profesora de la Escuela Nacional de Trabajo Social de la UNAM, estableció que: “Es la sociedad quien los hace “discapacitados” porque no les brinda la forma de incorporarse a actividades a las que tiene acceso el resto de la población”. Es ahí, por lo tanto, donde hay que incidir principalmente. No es cuestión de que se proporcione una autonomía total, puesto que sería perjudicial para este colectivo, ya que realmente sí necesitan un apoyo por la discapacidad que padecen, pero sí proporcionarles las herramientas necesarias para que se incorporen en la sociedad.

Para ello, es necesario, adoptar las siguientes medidas:

En primer lugar, restringir para aquellos casos en los que se estime oportuno el instrumento de la incapacitación cuando anule el ejercicio de la capacidad de obrar y se le otorgue a un tercero.

Esta medida únicamente deberá otorgarse para aquellas personas que, a pesar de que presenten un grado de discapacidad puedan gobernarse por sí mismas, por lo que su necesidad real radique en tener a un tercero como apoyo más que a un tutor que le sustituya en sus decisiones.

Ello no quita para que, en aquellas situaciones en las que no sea posible conocer la voluntad de la persona afectada por dicha discapacidad, y que, por consiguiente, le impida gobernarse por sí misma, se requiera de la ayuda de un tercero. Por lo tanto, lo que se va a pretender con este Anteproyecto es que la persona afectada con algún tipo de discapacidad sea provista con distintas medidas de apoyo en función del grado de discapacidad pero que no se le restrinja como regla general su poder de elección.

En segundo lugar, y en relación con la actuación de los poderes públicos, dotar de flexibilidad a nuestro ordenamiento de manera que cada sentencia judicial dirigida a proveer una medida de apoyo se ajuste a las circunstancias individuales de cada persona afectada.

Por último, cabe destacar que, con relación a estas medidas de apoyo, deberán otorgarse siempre de manera en que se respeten los derechos de la persona que va a recibir tales apoyos, asegurándose sus preferencias. Además, se pretende que no exista ningún conflicto entre la persona que sufre la discapacidad y aquella que le va a proporcionar su apoyo para garantizar que se cumplan los objetivos, que no son otros que garantizar sus derechos y libertades. Finalmente, es importante que estas medidas se apliquen durante el plazo más corto posible y estén sujetas a exámenes periódicos por parte del órgano judicial.

## **2 Referente de la discapacidad en nuestra Constitución:**

En la Constitución Española han estado siempre presentes los derechos de las personas con discapacidad. Los dos principales focos los vamos a encontrar en los artículos 14 y 49. En cuanto al primero, establece “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.”. Por otro lado, el artículo 49 reza lo siguiente: “Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos.”.

La CE en su artículo 14 parece dejar claro lo que pretende, que es, sintetizando, la igualdad de los españoles ante la ley. Sin embargo, de acuerdo con el artículo 49, no está claro que se pueda afirmar que sean precisos todos los principios que desarrolla el mismo con relación a las personas con discapacidad. Para argumentar esto último, en primer lugar, debemos hablar del criterio gramatical. La terminología que utilizó el legislador en 1978 cuando redactó la CE, no es la más correcta, debido a que se refiere a este grupo de personas como “disminuidos”. A la hora de establecer una norma, es importante referirse

a los sujetos que quedan amparados bajo la misma con precisión y respeto. Por lo tanto, sería más correcto utilizar la denominación de “persona con discapacidad”. En segundo lugar, atendiendo a la realidad social en la que ha de ser aplicada la norma, en el momento en el que se redactó el precepto constitucional los principios y valores eran distintos radicando un modelo asistencialista. La realidad de hoy en día es distinta, centrándose en un modelo más proteccionista en el que predominan políticas de inclusión social o de desarrollo de la autonomía personal.<sup>1</sup>

Debido a que el artículo 49 no proporciona una respuesta satisfactoria en cuanto a la protección de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad, lo que debe hacerse es una interpretación del texto constitucional en su conjunto, con artículos tales como el 10.1 y 10.2, así como el 96.1.<sup>2</sup>

El problema surge debido a que desde 1978 que es cuando se redactó la CE, la sociedad ha cambiado. Esto último ya lo anunció el catedrático de derecho de la Universidad de Salamanca, Luis Prieto Sanchís estableciendo:

“Es posible que, como ha sucedido con otras Constituciones, el paso del tiempo obligue a recurrir con mayor frecuencia a las disposiciones de principio y a extraer de ellas todas sus consecuencias para dotar de significado actual y operativo a los preceptos constitucionales.”

### **3. Convención de Nueva York**

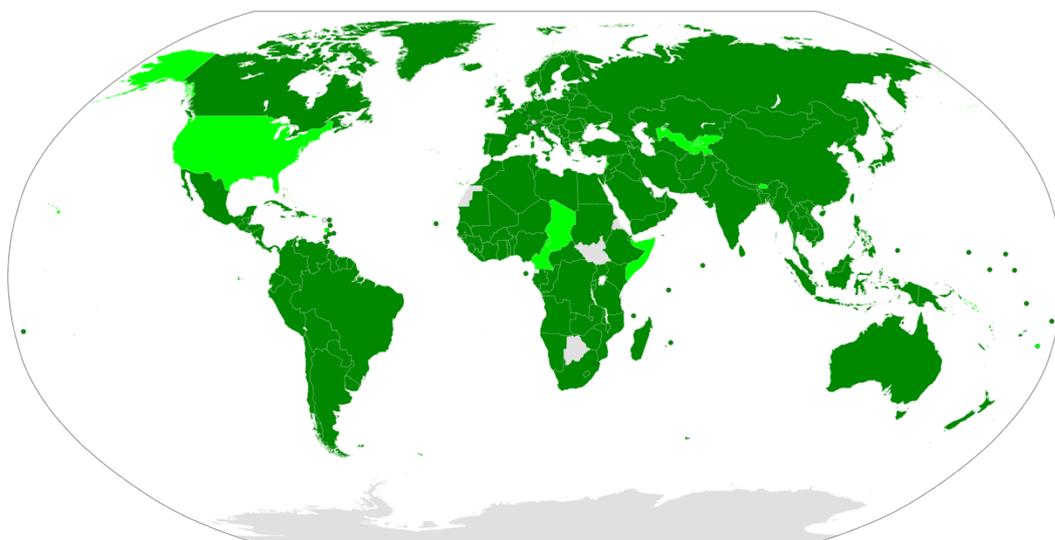
En el año 2001 comienza a desarrollarse la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo, aprobándose finalmente en el seno de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006. Esta Convención establece los derechos que tienen las personas con discapacidad, y el papel preponderante de los Estados que la han firmado para proteger tales derechos inherentes

---

<sup>1</sup>Alcaín Martínez. E. *Sobre la necesidad de la reforma integral del artículo 49 de la Constitución Española de 1978: Más allá de un cambio terminológico*. Cermi, 9 de noviembre de 2018

<sup>2</sup> Campoy Cervera. I, *La discapacidad y su tratamiento conforme a la Constitución Española de 1978*, Universidad Carlos III de Madrid, p.155-156

a la dignidad de las personas. La importancia de la Convención reside en que, además de ser la que más número de firmas había reunido hasta ese momento, se va a tratar de la primera vía del s.XXI destinada a suponer un cambio respecto de las personas con discapacidad. La Convención, por primera vez en la historia va a asumir el fenómeno de la discapacidad como una cuestión de derechos humanos.



3

Estados partes y firmados por el Pacto:

■ Firmado y ratificado ■ Firmado pero no ratificado ■ Ni firmado ni ratificado

En su primer artículo, la Convención habla de su propósito, que no es otro que el de “promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente”.

En segundo lugar, va a explicar a quién incluye dentro del término “personas con discapacidad”, 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.”

La Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad es Derecho positivo y forma parte, a todos los efectos, del Ordenamiento Jurídico español desde su entrada en vigor el 3 de mayo de 2008, sin que necesite ninguna operación

---

<sup>3</sup> Fuente Wikipedia

jurídica de transposición. La misma fue ratificada por España el 23 de noviembre de 2007 y se publica en el Boletín Oficial del Estado el 21 de abril de 2008.

### **3.1 Los principios de la Convención**

En el artículo 3 vienen definidos los principios de la Convención, a partir de los cuales, deberá interpretarse.

- a) Respeto a conceptos que están íntimamente relacionados: la dignidad, la autonomía individual, la libertad para tomar decisiones, y la independencia de las personas. Es decir, todas ellas nos refieren a lo mismo: permitir a la persona la capacidad para actuar por sí misma.
- b) No discriminación.
- c) Participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad. Este principio supone la pretensión de que las personas con discapacidad puedan participar en todos los aspectos de la vida que les afecten. Al contrario de lo que ocurría con anterioridad a la promulgación de la Convención y a raíz de las sucesivas reformas que explicaremos a lo largo de este trabajo, se va a eliminar ese sistema que se basaba en la sustitución, alternándolo por un sistema de apoyo que va a garantizar esta participación. Esta garantía se va a asentar, exigiendo el respeto en el funcionamiento de dicho sistema que se basa en la voluntad y preferencias de las personas con discapacidad, contemplada como una de las salvaguardas a las que alude el apartado 4 del artículo 12, del que hablaremos más adelante.
- d) Respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas.
- e) Igualdad de oportunidades.
- f) Accesibilidad.
- g) Igualdad entre hombre y mujer.
- h) Respeto a la evolución de las facultades de los niños y niñas con discapacidad y su derecho a preservar su identidad.

Lo que se pretende con estos principios es que se cumplan para poder llegar al fin que se busca, la no discriminación de las personas con discapacidad.

En el terreno más concreto, consagra la Convención una serie de derechos de las personas con discapacidad, entre los que destacan los que pueden clasificarse como Derechos de Igualdad; tales son los de no discriminación (art. 5), accesibilidad (art. 9), igual reconocimiento como persona ante la ley (art. 12), e igualdad en el acceso a la justicia (art. 13).

### **3.2 Análisis del artículo 12**

El artículo 12 de la Convención establece el igual reconocimiento que tienen las personas con discapacidad ante la ley. En su primer párrafo establece, que “Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.”

En cuanto al segundo párrafo, se va a establecer lo siguiente: “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”. En cuanto al tercero<sup>4</sup>, va a ser fundamental, pues se va a focalizar en las medidas de apoyo que se les va a proporcionar. Este párrafo adquiere tal importancia pues, es en la Convención de Nueva York cuando se va a proponer que se sustituyan los tradicionales procesos de modificación de la capacidad caracterizados por la sustitución de la persona discapacitada por los dirigidos a proveer de apoyos a dichas personas.

El párrafo cuarto establece “los Estados partes aseguraran las salvaguardias adecuadas para impedir los abusos a este colectivo.” A pesar de que en el tercer párrafo se disponía la sustitución de las figuras tradicionales de guarda y custodia por figuras de apoyo, no hay que olvidar que, en ciertos casos, las personas con discapacidad necesitarán de una mayor ayuda para realizar determinados actos dispositivos, y es aquí cuando deberán intervenir los Estados Partes para proporcionarles los apoyos necesarios y evitar cualquier tipo de discriminación o abuso a su persona. Tenemos que saber que las salvaguardias se

---

<sup>4</sup> Dice textualmente el Artículo 12, en su tercer párrafo: “Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica”

proporcionarán en función del grado de discapacidad, y por lo tanto de necesidad del sujeto que las necesita.

Finalmente, el último párrafo<sup>5</sup> de este artículo, acoge un resumen de lo que viene diciendo el mismo, en el que se repite la misma idea, que los Estados apoyen a este grupo de personas, y que se cercioren de que no sufren ninguna exclusión.

La redacción del artículo 12 fue muy controvertida a la hora de elaborar la Convención, pues se llegó a poner en peligro el reconocimiento de la misma.<sup>6</sup> Esto fue debido a que, como ya hemos mencionado explicando el tercer párrafo de este, supuso un cambio fundamental, en especial, a la hora de hablar de aquellas situaciones en las que es necesaria la intervención de un tercero. Ello debido a que la Convención es contraria a la limitación o restricción de las personas con discapacidad, para evitar situaciones de arbitrariedad.

Por un lado, hay que tener en cuenta que la persona discapacitada va a seguir siendo la titular de sus propios derechos, proporcionando únicamente cuando sea necesario la ayuda de un tercero como forma de protección. Y por el otro, que el proceso de incapacitación no ha de verse como una marginación o exclusión si no todo lo contrario, como una situación merecedora de protección.

### **3.3 Análisis de sentencias en virtud de la Convención de Nueva York**

- STS 337/2014 de 30 de junio<sup>7</sup>

---

<sup>5</sup> Quinto párrafo del Artículo 12: “Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, 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, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria”

<sup>6</sup> Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, *La Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con Discapacidad y su impacto en el Ordenamiento Jurídico Español*, Universidad Carlos III de Madrid, 2009, p. 244-245

<sup>7</sup> <https://supremo.vlex.es/vid/540033446>

En esta sentencia se realiza una interpretación de la normativa vigente a tenor de la Convención de Nueva York de 2006 (previamente explicada). El motivo fundamental de la misma radica en el cambio de régimen de tutela a curatela. Esto tiene lugar, a raíz de una sentencia con fecha 17 de julio de 2012 por el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Barakaldo, por la que se declara la modificación de la capacidad de D. Manuel Martín Pérez, “declarando su falta de capacidad para actos o negocios jurídicos complejos, que excedan de la mínima relevancia”, y designando como tutor al Instituto Tutelar de Vizcaya.

El demandado, D. Manuel Martín, solicita en primer lugar, que se transforme el régimen de tutela a curatela, y, en segundo lugar, que se nombre tutor a su pareja. La sentencia de Primera Instancia estima la demanda en cuanto a que se modifique el régimen a curatela, pero mantiene como tutor al Instituto Tutelar de Vizcaya, pues no queda clara la relación que existe entre el declarado incapacitado y su pareja. Todo ello, en beneficio del demandante, con la finalidad de evitar abusos. En Segunda Instancia se confirma lo establecido en Primera Instancia.

A raíz de que no se le concediese al demandante ese cambio de tutor, se presenta recurso extraordinario por infracción procesal. El motivo fundamental de dicho recurso es la denuncia a la infracción de los artículos 214<sup>8</sup> y 218<sup>9</sup> de la LEC. Dicha denuncia se basa en que en la resolución por la que se designa al Instituto Tutelar de Vizcaya como tutor,

---

<sup>8</sup>Los tribunales no podrán variar las resoluciones que pronuncien después de firmadas, pero sí aclarar algún concepto oscuro y rectificar cualquier error material de que adolezcan.

Las aclaraciones a que se refiere el apartado anterior podrán hacerse de oficio, por el Tribunal o Secretario judicial, según corresponda, dentro de los dos días hábiles siguientes al de la publicación de la resolución, o a petición de parte o del Ministerio Fiscal formulada dentro del mismo plazo, siendo en este caso resuelta por quien hubiera dictado la resolución de que se trate dentro de los tres días siguientes al de la presentación del escrito en que se solicite la aclaración.

Los errores materiales manifiestos y los aritméticos en que incurran las resoluciones de los Tribunales y Secretarios Judiciales podrán ser rectificadas en cualquier momento.

No cabrá recurso alguno contra la resolución que decida sobre la aclaración o corrección, sin perjuicio de los recursos que procedan, en su caso, contra la resolución a la que se refiera la solicitud o actuación de oficio.

<sup>9</sup> Las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones de las partes, deducidas oportunamente en el pleito. Harán las declaraciones que aquéllas exijan, condenando o absolviendo al demandado y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate.

no se fundamenta el motivo por el que se le deniega al incapacitado la designación de su pareja como tutor. La motivación de las sentencias está recogida en el art. 120.3 CE, tratándose de un deber consubstancial en el ejercicio de la función jurisdiccional, así como el derecho a la tutela judicial efectiva, recogido en el art. 24 CE. Por otra parte, el art. 234 CC establece que para el nombramiento del tutor se preferirá en primer lugar al designado por el propio tutelado, conforme al párrafo segundo del art. 223.

Sin embargo, se desestima la demanda, concluyendo que la sentencia de Primera Instancia por la que no se permite el cambio de tutor, está desarrollada de forma clara y precisa, y que en ella se establecen las razones que justifican la razón de la decisión.

Una vez desestimado el recurso por infracción procesal, se presenta por parte del demandado recurso de casación fundado en dos motivos principales.

Cito textualmente:

a) infracción de los artículos 215.2 y 287 CC y la doctrina jurisprudencial contemplada en la STS de 29 de abril de 2009, que recoge la Convención de Nueva York sobre derechos de personas con discapacidad, que ampara la inclinación a limitar la declaración de incapacidad y suplir la falta de la misma con distintas instituciones de complemento de capacidad, que sean adecuadas a sus limitaciones, debiéndose siempre una interpretación favorable al incapaz. Entiende el recurrente que su limitación parcial afecta a la disposición de sus bienes en negocios jurídicos complejos, de forma que resulta pertinente la curatela y no la tutela

b) artículos 223, 234.1 CC y artículos 10, 14 y 20.1a) y artículos 1, 5 y 12 de la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, ya que la designación de tutor efectuada por la sentencia recurrida se opone a la debida aplicación de los artículos denunciados como infringidos. Considera que la declaración de incapacidad supone un ataque a la dignidad de la persona, tanto mas cuando si la incapacidad es parcial y no afecta al resto de sus competencias, el incapaz debe ser capaz de designar la persona que actúa como tutor, habiendo alterado el orden legalmente establecido en el art. 234.2 CC, sin motivar dicha determinación.

---

El tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes.

Las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del derecho. La motivación deberá incidir en los distintos elementos fácticos y jurídicos del pleito, considerados individualmente y en conjunto, ajustándose siempre a las reglas de la lógica y de la razón.

Cuando los puntos objeto del litigio hayan sido varios, el tribunal hará con la debida separación el pronunciamiento correspondiente a cada uno de ellos.

En este caso el Ministerio Fiscal apoya dicho recurso de casación apoyándose en la Convención de Nueva York de 2006 y como medio de respetar en lo posible la voluntad de la persona afectada y su dignidad reconocida en el artículo 10 CE. Finalmente, se estima el mismo.

- STS 341/2014, de 1 de julio<sup>10</sup>

En esta sentencia se solicita por parte de Justo la incapacitación de su madre, Leocadia, debido a que la misma sufría un deterioro cognitivo moderado y un impedimento físico, que le impedía cuidarse por sí misma y administrar sus intereses tanto personales como patrimoniales. En ella, Justo pide que le nombren tutor legal a él, a tenor del artículo 234 CC, al ser él mismo el familiar más cercano, pues su otro hermano, Santiago, padecía de una esquizofrenia paranoide con síndrome Diógenes, que había disminuido su capacidad volitiva. A pesar de ello, Santiago reclama ser él el tutor de su madre lo que hace que se produzca un conflicto entre ambos hermanos. Es por esto por lo que el juzgado nombra tutor a la Fundación Murciana.

A raíz de esta decisión, se presenta recurso de apelación por parte de los dos hermanos por separado, pidiendo la revocación de la sentencia, fundando sus explicaciones en que “se había alterado el orden de prelación legal para la designación de tutor”. La Audiencia desestima ambos recursos, y únicamente Justo presenta recurso de casación.

El MF revisando los antecedentes médicos de Leocadia establece lo siguiente:

Después de advertir que las deficiencias son esencialmente somáticas y no psíquicas, entiende que, conforme a ellas, al superior interés del incapaz y al criterio restrictivo marcado por la Convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006, debería haberse establecido una incapacitación parcial y nombrar un curador, en vez de un tutor, que le sirva sólo para aquellas facetas para las que la Sra. Leocadia no pueda gobernarse por sí misma. El informe no especifica cuáles son estas facetas. Pero sí pide que se anule la inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio, pues no consta en la sentencia de incapacitación ninguna referencia a la supuesta pérdida de las habilidades necesarias para el ejercicio del derecho de voto. Finalmente, interesa que se nombre curador al recurrente, Justo, pues el conflicto familiar entre los dos hermanos no justifica por sí sólo que se hubiera alterado el orden legal de los llamados a ejercer la tutela.

---

<sup>10</sup> <https://supremo.vlex.es/vid/523367902>

Finalmente, se estima el recurso de casación interpuesto por Justo, dejando sin efecto la sentencia de apelación. El principal motivo radica en que:

El conflicto familiar entre los hermanos por sí sólo no debería justificar la alteración del orden de prelación, si no fuera porque debido a dicho conflicto, a la postre y en ese caso concreto, la atención, cuidado y representación de los intereses personales y patrimoniales de la madre incapaz se verían perjudicados o no tan bien atendidos como si una fundación tutelar se hiciera cargo de la guarda legal de la incapaz.

#### **4 La discapacidad en el Ordenamiento Jurídico Español<sup>11</sup>**

El sistema español va a distinguir entre personalidad jurídica, capacidad de obrar y la capacidad jurídica.

En primer lugar, la personalidad jurídica se manifiesta en la capacidad para ser titular del conjunto de derechos y obligaciones atribuidos a un mismo ente y determina su capacidad para relacionarse jurídicamente. Dentro de la misma podemos distinguir la capacidad jurídica y la de obrar. En cuanto a la primera, consiste en la atribución que el ordenamiento hace a la persona física o jurídica de la condición de sujeto de derecho, pues le atribuye la titularidad de derechos y de obligaciones. Por otro lado, la capacidad de obrar supone la capacidad que tiene un determinado sujeto de actuar jurídicamente.

El sistema de incapacitación tiene lugar cuando se den los requisitos para poder limitar la capacidad de obrar de una persona. Las causas de incapacitación vienen reguladas en nuestro Código Civil en el artículo 200: “Son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma”. Hay que destacar respecto a esto último que el sistema español no considera personas discapacitadas a aquellas que cuentan con alguna enfermedad bien sea física o psíquica y además persistente, si no que en lo que realmente se centra es en aquel grupo que no puede gobernarse por sí mismo, y por lo tanto necesita la ayuda de un tercero. Es decir, hablamos de aquellas personas que tengan una imposibilidad de

---

<sup>11</sup> García Pons. A, *El artículo 12 de la Convención de Nueva York de 2006 sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su impacto en el Derecho Civil de los Estados signatarios: el caso de España*, pp. 69-72

autogobierno. En lo que se está de acuerdo, es que la limitación de la capacidad jurídica o de obrar se va a dirigir a proteger a la propia persona incapacitada.<sup>12</sup>

En cuanto a los derechos personalísimos, en principio no se permitirá que tenga lugar la sustitución de la persona incapacitada, si no que, en este caso, únicamente se requiere que el titular de estos posea capacidad natural para ello, es decir, suficiente inteligencia y voluntad en un momento determinado, para realizar válidamente un acto jurídico concreto o ejercitar un determinado derecho. En el caso de que no se tenga esa suficiente inteligencia, sí deberá producirse esa sustitución, siempre y cuando se respeten los derechos del sustituido.

## **5 Reformas de las leyes en materia de discapacidad anteriores al Anteproyecto de Ley**

### **5.1 Ley 26/2011 de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad**

Con esta Ley, cuyo precedente es la Ley 51/2003, de 2 de diciembre de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, se pretende alcanzar el objetivo que se promulgaba en el Convenio de Nueva York de 2006. Este objetivo se puede desarrollar en 3:

- ✓ Apoyar la participación plena y efectiva de las personas con discapacidad en la vida social.
- ✓ Promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad.
- ✓ Fomentar la igualdad de acceso al empleo, educación y en general todos los servicios.

Además, se va a incluir un régimen de sanciones relacionadas con temas tales como: la no discriminación, la igualdad de oportunidades y la accesibilidad universal.

---

<sup>12</sup> STS de 20 de octubre, 557/2015:  
<http://www.poderjudicial.es/search/openCDocument/f9caf3b37c84304450e5b43c6a9bdffc2d65cdb94d0cb5ba>

Con todo ello, se trata de adecuar la normativa española a dichos compromisos.

Los principales cambios que, a raíz de esta ley respecto de anteriores se van a producir los podemos ver en las siguientes áreas:

- ✓ Sanidad: en cuanto que un paciente que tenga discapacidad, gracias a la información proporcionada al mismo por parte de los facultativos, la cual ha de ser entendible, pueda tomar ciertas decisiones por sí mismo en determinados procesos.
- ✓ Accesibilidad: en relación con las obras que han de realizarse en las comunidades de vecinos, en las cuales, en el caso de existir personas con discapacidad o mayores de 70 años, se verá obligada a realizar las obras de accesibilidad pertinentes. <sup>13</sup> La Disposición adicional octava de esta Ley que analizamos, establece que la Administración General del Estado establecerá ayudas a dichas comunidades de propietarios para la realización de actuaciones y obras de accesibilidad.
- ✓ Empleo: se aumentarán las ofertas de empleo público en un 7%, en relación con lo que establecía la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público. Además de incentivar una mayor contratación de personas con discapacidad. Todo ello con el objetivo de integrarles cada vez en mayor medida en la sociedad.

## **5.2 Real Decreto 1/2013 de 29 de noviembre, en el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las personas con Discapacidad y su inclusión social**

Este RD va a tener dos objetos fundamentales: por un lado, garantizar el derecho a la igualdad de oportunidades y de trato, y por otro, establecer el régimen de infracciones y sanciones que garantizan las condiciones básicas en materia de igualdad de oportunidades. En el artículo 2, se dan una serie de definiciones, entre las que podemos destacar palabras como: discapacidad, vida independiente, normalización o accesibilidad universal. Estas palabras suponen aquello que se pretende conseguir, es decir, el que una

---

<sup>13</sup> Artículo 15. Modificación de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal

persona con discapacidad pueda, en cierta manera, y dentro de sus posibilidades tener una vida independiente, y normalizar esta situación.

Vuelve a tratarse el tema de la accesibilidad, tanto en el artículo 2, como en siguientes, como el 22 o el 24. Todo ello se puede resumir en que se pretende asegurar la accesibilidad universal, por parte de los poderes públicos, en igualdad de condiciones para todos los individuos. Por último, resulta destacable en esta Ley el régimen de las sanciones, las cuales se regulan en su artículo 83, derogando de esta forma la Ley 49/2007 de 26 de diciembre, por la que se establecía el régimen de fracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

### **5.3 Ley Orgánica 1/2017 de 13 de diciembre por la que se modifica la Ley Orgánica 5/1995 de 22 de Mayo de Tribunal jurado en la que se garantiza la participación de las personas con discapacidad**

Esta Ley es la más novedosa de las vistas hasta el momento pues entra en vigor el 14 de febrero de 2018. Por su parte, va a garantizar la igualdad de trato de todos los ciudadanos con discapacidad. La misma va a tener su origen en la propuesta presentada por parte del Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad a los grupos parlamentarios.

Modifica la Ley Orgánica 5/1995 de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, para garantizar la participación efectiva en la vida civil de este colectivo. Debido a que se va a incluir a las personas con discapacidad en los juicios del Tribunal Jurado como miembros de este último, se precisa la obligación por parte de la Administración de Justicia de que estas personas cuenten con las herramientas y ayudas necesarias para que puedan desempeñar sus cometidos dentro de un juzgado popular con la mayor normalidad posible.

## **6 Modificaciones terminológicas del CC, LH, LEC, LJV**

### **6.1 Código Civil:**

A pesar de que son muchos los artículos que modifica el nuevo Anteproyecto de Ley en el CC, nos centraremos en los que más van a afectar a los derechos de las personas con algún tipo de discapacidad.

En primer lugar, el artículo 10.8, el cual habla de los contratos onerosos celebrados en España por extranjero, utilizando con anterioridad al Anteproyecto la denominación “incapaz”, para hablar de dicha persona extranjera, mientras que con el Anteproyecto se modifica a “persona que no pueda contratar”.

En el artículo 20.2 con anterioridad al Anteproyecto se leía lo siguiente: “La declaración de opción se formulará:

“a) Por el representante legal del optante, menor de catorce años o incapacitado. En este caso, la opción requiere autorización del encargado del Registro Civil del domicilio del declarante, previo dictamen del Ministerio Fiscal. Dicha autorización se concederá en interés del menor o incapaz.

b) Por el propio interesado, asistido por su representante legal, cuando aquél sea mayor de catorce años o cuando, aun estando incapacitado, así lo permita la sentencia de incapacitación.

c) Por el interesado, por sí solo, si está emancipado o es mayor de dieciocho años. La opción caducará a los veinte años de edad, pero si el optante no estuviera emancipado según su ley personal al llegar a los dieciocho años, el plazo para optar se prolongará hasta que transcurran dos años desde la emancipación.

d) Por el interesado, por sí solo, dentro de los dos años siguientes a la recuperación de la plena capacidad. Se exceptúa el caso en que haya caducado el derecho de opción conforme al párrafo c).”

A raíz del Anteproyecto pasaría a redactarse:

“La declaración de opción se formulará:

- a) Por el representante legal del optante menor de 14 años. En este caso, la opción requiere autorización del encargado del Registro Civil, previo dictamen del Ministerio Fiscal . Dicha autorización se concederá en interés del menor.
- b) Por el propio interesado, asistido por su representante legal, cuando aquél sea mayor de 14 años.
- c) Por el interesado, por sí solo, si está emancipado o es mayor de 18 años. La opción caducará a los 20 años de edad.
- d) Por el interesado con discapacidad con los apoyos que, en su caso, precise.
- e) Por el interesado, por sí solo, dentro de los dos años siguientes a la extinción de las medidas de apoyo que le hubieran impedido ejercerla con anterioridad.”

En este caso, además de suprimir el término “incapacitado” por el de “persona con discapacidad”, se elimina del apartado primero la alusión a estas personas, y se modifica el apartado d, añadiendo un último apartado.

En cuanto al artículo 21.3, adquiere especial importancia, ya que uno de los objetivos del Anteproyecto es la sustitución de la figura de representante legal, en el sentido de que ya no se busca que alguien sustituya a la persona con discapacidad si no que tenga un apoyo, pero que en la medida de lo posible sea independiente a la hora de tomar decisiones.

Es por esto, que este artículo en su apartado d), el cual habla de quién adquiere la nacionalidad española, se va a sustituir “el representante legal del incapacitado o el incapacitado, por sí solo o debidamente asistido” por “el interesado con discapacidad, con los apoyos que, en su caso precise”.

Continuando en esta línea, el artículo 81, con anterioridad a la redacción del Anteproyecto reza: “Se decretará judicialmente la separación cuando existan hijos menores no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente que dependen de sus progenitores, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio”, quedando redactado a raíz del Anteproyecto: “Se decretará judicialmente la separación cuando existan hijos menores no emancipados o mayores respecto de los que se hayan establecido

judicialmente medidas de apoyo atribuidas a sus progenitores, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio.”

### **6.2 Ley Hipotecaria:**

Podemos ver que las modificaciones que se hacen en la LH van acordes con las del CC, a título de ejemplo, el artículo 2.4 va a cambiar el concepto de “incapacidad legal” por el de “medidas de apoyo”.

### **6.3 Ley de Enjuiciamiento Civil:**

Lo mismo ocurre con la LEC, la cual modifica, entre otras cosas, la rúbrica del Título I del Libro IV, siendo antes nombrada como “De los procesos especiales”, mientras que ahora reza: “De los procesos sobre provisión de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad, filiación matrimonio y menores”

### **6.4 Ley de Jurisdicción Voluntaria:**

Por último, mencionaremos esta Ley, en la que, al igual que las anteriormente mencionadas, va a cambiar el concepto que tenemos en la actualidad de las personas discapacitadas, cambiando, términos, tales como en su artículo 43 en los que se hablaba de “capacidad modificada judicialmente”, y ahora se denomina simplemente “persona con discapacidad”.

## **7 Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad**

Como acabamos de ver en el anterior punto, el Anteproyecto de Ley reforma el Código Civil, La Ley Hipotecaria, La Ley de Enjuiciamiento Civil y la Ley de Jurisdicción Voluntaria, así como la Ley del Registro Civil. Dichas reformas tratan de acercar al Ordenamiento español los acuerdos a los que se llegaron en el Convenio de Nueva York de 2006, tratado en el que se pretende incluir a las personas con discapacidad en la

sociedad, y que reciban un trato igualitario en todos los aspectos de la vida con los demás individuos.

La reforma del ordenamiento jurídico español va a ser consecuencia de la ratificación en España de dicho Convenio. El inicio va a tener lugar en la Ley 26/2011 de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y va a continuar con el RD legislativo 1/2013, de 29 de noviembre en el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las personas con Discapacidad y su inclusión social.<sup>14</sup>

Dicho Anteproyecto va a estar inspirado en el artículo 10 de la CE, el cual proclama:

“1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.

2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”

El Anteproyecto cuenta con cinco artículos, cinco disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y tres disposiciones finales.

El artículo primero, se va a referir a las modificaciones del CC, el cual va a contar con sesenta y tres apartados, y va a ser el más extenso. El cambio que va a producirse a través del Anteproyecto va a tener dos líneas fundamentales: por un lado, el cambio de terminología, la cual pretende ser más respetuosa; por otro lado, y más importante, el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad.

---

<sup>14</sup> Ambas leyes explicadas anteriormente en el apartado: “Reformas de las leyes en materia de discapacidad anteriores al Anteproyecto de Ley”

El artículo segundo va a reformar la LH constando de seis apartados; el artículo tercero afecta a la LEC con catorce apartados en ella; el artículo cuarto modifica la Ley del Registro Civil y va a contar con nueve apartados; por último, el artículo quinto, referido a la LJV, se estructura en diez apartados.

## **7.1 Modificación de los aspectos civiles y procesales**

### **7.1.1 Introducción**

La situación de las personas con discapacidad había sido vista por el derecho como una gran problemática necesaria de resolución. Este problema, viene planteándose desde años atrás, de hecho, el autor Rodrigo Bercovitz lo plasma en su obra “La marginación de los locos y el derecho”, publicada en Madrid en 1974. Otro autor que denunció esta situación, y en especial el decreto del 3 de julio de 1931 fue Federico de Castro. El decreto, aprobado tras la proclamación de la II República, regulaba la asistencia a los denominados como “enfermos mentales”. “Los juristas, fue lugar común en la doctrina la crítica por la falta de un control jurídico operativo, de unas garantías aceptables de respeto a la libertad de la persona y a sus derechos fundamentales”.<sup>15</sup> Esto último es debido a que dicho decreto, permitía distintos tipos de internamiento, el voluntario, y el involuntario bien por decisión del Juez, bien por decisión del Gobernador. El problema residía en que permitía el internamiento forzoso en un manicomio sin más requisitos que comunicarlo a estos dos últimos. Sin embargo, ni juez, ni gobernadores, ni MF comprobaba el estado del paciente ingresado.

A día de hoy esto ha ido cambiando, y el artículo 759 de la LEC establece los elementos probatorios necesarios para el proceso de incapacitación. Estos son:

- ✓ Prueba documental, consistente en los documentos públicos o privados que en su día se aportaron al escrito inicial, para acreditar la discapacidad.
- ✓ Examen por el Juez de la persona con discapacidad.

---

<sup>15</sup> Bercovitz Rodríguez-Cano. R, *La protección jurídica de la persona en relación con su internamiento involuntario en centros sanitarios o asistenciales por razones de salud*, Anuario de Derecho Civil, 1984, p. 955

- ✓ Audiencia de parientes, consistente en que por el Juez sean oídos parientes cercanos de la persona con discapacidad, quienes serán preguntados por su relación de parentesco, sobre la deficiencia que padece y si están de acuerdo con el procedimiento.
- ✓ Examen por un médico, para que emita informe (preceptivo) y otros dictámenes periciales necesarios o pertinentes.

Debido a que la incapacitación supone en cierta medida privar al sujeto de su capacidad de obrar, han de darse una serie de factores que lo delimiten:

- ✓ Factor psicopatológico: el cual supone la existencia de un trastorno mental, cuya naturaleza y profundidad sean suficientes para justificar dichas repercusiones.
- ✓ Factor cronológico: debe existir permanencia o habitualidad del mismo.
- ✓ Factor adaptativo: la consecuencia de dicho trastorno resulte al enfermo incapaz de proveer sus propios intereses, es decir, que le impida gobernarse por sí mismo.<sup>16</sup>

Por lo tanto, la importancia va a residir en que la enfermedad exista y sea crónica, pero lo principal es que impida a la persona gobernarse por sí misma. Así lo establece la siguiente sentencia:

Pues no basta con la existencia de ésta (enfermedad), aun cuando sea permanente; el vigente artículo 200 del Código Civil EDL1889/1 exige expresamente que la naturaleza o la profundidad de aquellas anomalías impidan al sujeto gobernarse por sí mismo. Criterio este que se refiere a la falta de idoneidad para administrar sus propios intereses por dichas causas, y ello ya por sí mismo, ya valiéndose del concurso de otros, pero bajo su propia dirección, lo que viene a significar el presupuesto para la incapacitación de dicha persona, debiendo de referirse a la capacidad general del sujeto ante la vida social y no a su ineptitud ante una determinada relación o situación en que se encuentre, implicando, pues, el autogobierno, una actitud reflexiva sobre la propia actuación, tanto en el plano personal como en la esfera patrimonial, y la valoración judicial de las repercusiones de una enfermedad o deficiencia persistente sobre esa capacidad de reflexión, entendida en el sentido de conciencia suficiente de la propia actuación general, constituye la médula del sistema de incapacitación de nuestro Derecho, debiendo centrarse entonces la actuación del Juez en dos extremos: a) Que la enfermedad o deficiencia efectivamente incida en la conducta, en el sentido señalado del presunto incapaz; b) Que esa incidencia es de entidad suficiente para impedirle un comportamiento normal respecto de su persona y bienes o alguno de ambos extremos.<sup>17</sup>

---

<sup>16</sup> Esbec Rodríguez. E, *Psicopatología Clínica Legal y Forense*, Vol.12, 2012, pp.121-147

<sup>17</sup> Audiencia Provincial de Almería, sec. 1ª, Sentencia de 29 de junio de 2009

### **7.1.2 Sustitución de los tradicionales procesos de modificación de la capacidad**

Los tradicionales procesos de modificación de la capacidad van a verse modificados y van a ir dirigidos a proveer apoyos a las personas con discapacidad. Al margen de las adaptaciones terminológicas, la primera modificación que va a resultar relevante la encontramos en el apartado 1 del artículo 756 de la LEC, el cual establece lo siguiente: “el proceso judicial solo procede cuando, de acuerdo con el Código Civil, sea pertinente el nombramiento de curador”. Por otro lado, y en este mismo artículo, en su apartado 3 se va a solucionar el problema que tenía lugar cuando se producía un cambio de domicilio de la persona con discapacidad, durante el proceso en el que se determinaban la necesidad o no de apoyos para esta. Lo que se va a proponer es que dicho proceso lo lleve a cabo el juez de la nueva residencia del interesado, siempre y cuando no se haya celebrado aún la vista.

Esta modificación se lleva a cabo siempre en interés de la persona con discapacidad de manera que se acerque en mayor medida el proceso y tenga un acceso mayor a él.

El artículo 757 de esta misma ley, con la introducción de sus novedosos apartados quinto y sexto, va a tratar de solucionar problemas que se originaban en los tribunales. Vamos a destacar:

Por un lado, se va a permitir que la persona que sea curador de aquella con discapacidad pueda presentar las alegaciones pertinentes al juez competente en el proceso de incapacitación, de manera que se pueda saber con mayor certeza, al contar con más datos de ella, su idoneidad para asumir tal función.

Por otro lado, se va a permitir la intervención de cualquier persona con interés legítimo en dicho proceso de incapacitación, de manera que no se produzcan situaciones de desventaja, como ocurría con la regulación anterior. Lo que pasaba era que, dependiendo del grado de parentesco, los familiares tenían derechos en ocasiones únicamente a ser oídos en alguna fase, mientras que otros eran considerados como parte del proceso.

Continuando con la LEC, va a tener gran importancia su artículo 759, en su segundo apartado. Pues va a permitir que en aquellos casos en que la demanda la presente el propio afectado, y este no quiera que su familia conozca dichos datos por considerarlos él

íntimos, no tendrán que llevarse a cabo las audiencias preceptivas. Este precepto, va a dar una mayor intimidad e independencia a la persona con discapacidad.

En cuanto la LJV, también se va a ver adaptada a las nuevas necesidades de la población. Además de las modificaciones terminológicas que ya hemos tenido oportunidad de ver, en esta va a tener especial importancia el expediente para el nombramiento de tutor, en el caso de que hablemos de menores de edad, o del curador, en el caso de que hablemos de personas con algún tipo de discapacidad. Se modificará “la rendición de cuentas del tutor o curador, para solucionar algunas disfunciones detectadas durante casi tres años de vigencia de LJV”. Va a haber dos modificaciones principales: por un lado, se establece que las comparecencias ante el juez tengan lugar únicamente cuando sea estrictamente necesario. Esto es debido a que se pretende evitar la abundancia de visitas cuando las mismas carecen de dificultad, y por lo tanto sean completamente evitables. En segundo lugar, y en línea con la mayor protección del interesado, se establece lo siguiente: “se permite que el tribunal ordene de oficio, a costa del patrimonio del tutelado o asistido, una prueba pericial contable o de auditoría aun cuando nadie haya solicitado la comparecencia, si en el informe se describieran operaciones complejas o que requieran una justificación técnica”.

En última instancia con relación a la LJV, el artículo 62.3, con la finalidad de ahorrar costes, va a establecer la no obligatoriedad de la intervención de abogado y procurador, para aquellos casos en los que la cuantía no supere los 6.000 euros, salvo en aquellos casos en los que resulte imprescindible por razones de complejidad.

En cuanto al CC, como hemos dicho anteriormente, es que el va a sufrir más modificaciones. En este se va a dar preferencia a las medidas preventivas a favor del interesado, y a la guarda de hecho. Lo que se pretende es que cada vez estén más presentes y por lo tanto dotar de gran importancia tales medidas. De esta manera, se establece como institución de apoyo judicial básica la curatela, ampliando y dándole nuevo contenido,

pues anteriormente estaba únicamente reservada en el CC para casos muy puntuales, los cuales los podíamos encontrar en los artículos 286<sup>18</sup> y 289<sup>19</sup> del mismo.

En última instancia, la finalidad de la curatela va a venir definida en su propia palabra, “cuidado”. Es decir, podemos afirmar que su propósito es el asistencial. A pesar de ello, encontramos excepciones, en aquellas situaciones que sean especialmente complejas o de especial calibre, en las cuales se les podrá dotar a los curadores de funciones representativas. El nuevo Anteproyecto va a recoger todas las situaciones que puedan tener lugar, desde aquellos supuestos en los que la persona necesite de un apoyo mayor, hasta aquellas que necesiten una mera asistencia bien para comunicarse o relacionarse, porque tengan alguna dificultad física, pero sean capaces de tomar decisiones por ellos mismos. Sin distinguir, de modo sistemático, como lo hacen otros ordenamientos, como el suizo, las diversas clases o tipos de curatela, según la intensidad del apoyo: curatela de representación, de acompañamiento, de cooperación y general (que comprende todos los asuntos personales y patrimoniales).

Tal configuración de la curatela con un contenido amplísimo, no va seguida de una regulación diferenciadora de los diversos supuestos, especialmente de aquellos que requieren mera asistencia a personas que conservan sus facultades de decisión. Luego veremos la conveniencia de diferenciar esta asistencia como institución distinta y paralela a la curatela.<sup>20</sup>

## **7.2 La guarda de hecho**

Como todo procedimiento judicial, pasa un periodo de tiempo desde que se inicia, hasta que se dicta una resolución. Dependiendo del tipo que sea, deberán darse unas medidas para el tiempo que transcurre entre medias, para tratar de regular la situación en cierta

---

<sup>18</sup> “Están sujetos a curatela:

Los emancipados cuyos padres fallecieron o quedaron impedidos para el ejercicio de la asistencia prevenida por la Ley.

Los que obtuvieran el beneficio de la mayor edad.”

<sup>19</sup> “La curatela de los incapacitados tendrá por objeto la asistencia del curador para aquellos actos que expresamente imponga la sentencia que la haya establecido”

<sup>20</sup> Magariños Blanco. V, *Comentarios al Anteproyecto de Ley para la reforma del Código Civil sobre discapacidad*, Revista de Derecho Civil, vol. V, núm. 3 (julio-septiembre, 2018), Estudios, pp.199-225.

medida. Esto, no va a ser distinto en los procesos de incapacitación, por lo tanto, desde el momento en que una persona, sea cual fuere la razón, pierda su capacidad de decisión, hasta el momento en que se dicte la sentencia de incapacitación, y por consiguiente se nombre a un tutor, se van a tener que tomar numerosas decisiones. Es por ello, que la Ley durante ese periodo de tiempo, nombra a lo que denominamos como “guardador de hecho”. Esta institución viene actualmente regulada en nuestro CC en los artículos 303, 304 y 306, los cuales fueron reformados por la Ley 26/2015, de 28 de julio.

Dentro de la doctrina, se va a debatir sobre la verdadera naturaleza de esta figura, pues hay una parte que la va a considerar como una institución, mientras que la otra parte la considera como una mera situación de hecho. En palabras de Carlos Rogel, catedrático de derecho civil en la Universidad Complutense de Madrid, la guarda de hecho es “la guarda efectivamente ejercida, asumida al margen de las formalidades legales y se contrapone a la guarda formal que es la que sí ha cumplido las formalidades legales, cualquiera que sean en cada caso concreto”. En el Anteproyecto y específicamente en su Exposición de Motivos nos da la respuesta a esta división de la doctrina estableciendo que la guarda de hecho se transforma en una institución jurídica de apoyo. La realidad demuestra que en muchos supuestos la persona con discapacidad está adecuadamente atendida por un guardador de hecho (generalmente un familiar), pues la familia sigue siendo en nuestra sociedad el grupo básico de solidaridad y apoyo entre las personas que la componen, especialmente en lo que atañe a sus miembros más vulnerables. En el artículo 261 CC del Anteproyecto se establece: “Quien viniere ejerciendo adecuadamente la guarda de hecho de una persona con discapacidad, continuará en el desempeño de su función, a menos que existan medidas de apoyo de naturaleza voluntaria o judicial que se estén aplicando eficazmente.”

Continúa estableciendo aquellos casos en los que sí sería necesaria la autorización judicial estableciendo lo siguiente: “Cuando la naturaleza del acto requiera acreditar la representación, la persona que ejerza la guarda de hecho solicitará la correspondiente autorización judicial, que deberá realizarse a través de un expediente de jurisdicción voluntaria. Esta le podrá ser concedida, previa comprobación de su necesidad, en los términos y con los requisitos adecuados a las circunstancias de cada caso. La autorización judicial podrá comprender una pluralidad de actos que, sin exceder de la mera administración ordinaria, sean necesarios para el desarrollo de la función de apoyo.

En todo caso, quien ejerza la guarda de hecho deberá recabar autorización judicial por el proceso indicado en el párrafo anterior, para prestar consentimiento en los actos que impliquen riesgo para la vida, la integridad física o la libertad de la persona a su cuidado, cuando esta no pueda prestarlo.”

Mientras que aquellos casos en los que no será necesaria autorización judicial tendrán lugar “cuando el guardador solicite una prestación pública a favor de la persona con discapacidad o realice actos jurídicos sobre bienes de ésta que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar.”

Una duda que se plantea acerca de la guarda de hecho es si esta va a poder existir en el caso de que exista con anterioridad una medida de protección. Leyendo los artículos 249 y 261 CC del Anteproyecto, nos dan la solución al respecto al establecer, que a pesar de que existan medidas judiciales ya previas, podrá tener lugar la guarda de hecho, siempre y cuando estas medidas no sean eficaces<sup>21</sup>, esto se va a dar cuando, por ejemplo, el curador no cumpla de manera correcta sus funciones, o en el caso de que la institución de la curatela no proteja de manera suficiente a la persona discapacitada.

### **7.2.1 Ámbito de actuación**

En cuanto al campo de actuación del guardador, vamos a tener dos escenarios, por un lado, el ordinario y por otro el extraordinario. En cuanto al primero, como regla general, el guardador de hecho no tiene legitimación para participar en el tráfico jurídico en representación de la persona. Por lo tanto, su ámbito de actuación se circunscribe “a los actos de carácter personal y de cuidado y asistencia necesarios y, tratándose de actos de carácter patrimonial, se incluyen los actos de administración ordinaria del patrimonio de la persona guardada.”<sup>22</sup>

---

<sup>21</sup> Dice el segundo párrafo del artículo 249: “Guardador de hecho es la persona que ejerce el apoyo de otra con discapacidad, sin que existan medidas voluntarias o judiciales que se estén aplicando eficazmente.

El primer párrafo del artículo 261 señala: “Quien viniere ejerciendo adecuadamente la guarda de hecho de una persona con discapacidad, continuará en el desempeño de su función, a menos que existan medidas de apoyo de naturaleza voluntaria o judicial que se estén aplicando eficazmente”

<sup>22</sup> Pereña Vicente. M, *La transformación de la guarda de hecho en el Anteproyecto de Ley*, Revista de Derecho Civil, vol. V, núm. 3 (julio-septiembre, 2018), Estudios, pp. 61-83

En cuanto al ámbito de actuación extraordinaria, se establece que en función del grado de necesidad que exista en el guardado, podrá el juez proporcionar al guardador distintas facultades tutelares. Para que esto pueda concederse, deberá tratarse de un acto de administración y acreditarse la necesidad.

Sin embargo, el artículo 261, nos va a señalar en su último párrafo, aquellos casos en los que no va a ser necesaria autorización judicial:

- ✓ Cuando el guardador solicite una prestación pública a favor de la persona con discapacidad.
- ✓ Cuando realice “actos jurídicos” sobre bienes de ésta que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar.

### **7.3 Medidas de apoyo: la curatela**

Los artículos 248 y 249 CC del Anteproyecto van a regular las medidas de apoyo necesarias para este colectivo, respetando siempre tanto la tutela de sus derechos fundamentales como su propia dignidad. El problema va a darse por la falta de claridad que tiene el legislador, en el sentido de que no especifica qué requisitos han de darse para considerar que una persona necesita algún tipo de apoyo. Sin embargo, la redacción del 248 da lugar a pensar que este se va a referir a aquellas personas que tengan algún tipo de discapacidad psíquica.

En cuanto al artículo 249, enumera las instituciones de apoyo, entre las que vamos a destacar 3 de ellas: guarda de hecho, curatela y el defensor judicial. A pesar de la existencia de estas 3 figuras, vamos a destacar la curatela como la institución de apoyo más idónea. Así lo avala la Exposición de Motivos del Anteproyecto estableciendo que “la idea central del nuevo sistema es la de apoyo a la persona que lo precise, apoyo que es un término amplio que engloba todo tipo de actuaciones: desde el acompañamiento amistoso, la ayuda técnica en la comunicación de declaraciones de voluntad, la ruptura de barreras arquitectónicas y de todo tipo, el consejo o, incluso, la toma de decisiones delegadas por la persona discapacitada”. Con la nueva regulación de la curatela en el Anteproyecto se establecen todos los supuestos que podemos englobar dentro de esta. Es decir, desde aquellas personas que necesitan la plena sustitución de su propia voluntad

debido a que por su alto grado de discapacidad no poseen esta cualidad, así como los que únicamente necesitan una simple asistencia.

También en la STS 282/2009 de 29 de abril <sup>23</sup>se destaca la importancia de esta figura:

(...) La curatela, reinterpretada a la luz de la Convención, desde el modelo de apoyo y asistencia y el principio del superior interés de la persona con discapacidad, parecen la respuesta más idónea. De un lado porque ofrece al juez, el mecanismo más eficaz para determinar las medidas de apoyo para que las personas con discapacidad puedan ejercer su capacidad de obrar. De otro, porque la curatela ofrece un marco graduable y abierto, en función de las necesidades y las circunstancias de apoyo en la toma de decisiones. Ya no se trata de hacer un traje a medida de la persona con discapacidad, sino de hacer los trajes a medida que hagan falta. Reparar en todo caso, que pese a que esta configuración solo puede ser provisional, y desde el contenido de la Convención y la inclusión plena de la discapacidad en el discurso de los derechos humanos, la eliminación de esas instituciones y la adopción de un nuevo sistema de apoyo, requerirá necesariamente de una profunda, sino nueva, reforma legislativa, y por ello consideramos necesario, que por parte de la Sala, pueda marcarse el camino interpretativo de los aspectos fundamentales de su aplicación.

La principal función de la curatela es la de prestar la asistencia necesaria a la persona con discapacidad, y es lo que, en parte, le va a diferenciar de la figura del tutor, al cual se le reconocen una serie de facultades representativas. Sin embargo, en el caso del curador, únicamente poseerá de facultades representativas en aquellos casos en los que los menores de edad, los declarados como pródigos, o aquellos discapacitados, no puedan realizar por sí solos los actos, o así lo establezca una sentencia. Se dice que va a estar igual de sometido a curatela quien sólo precise de forma continuada un apoyo en cuestiones de la vida diaria, como aquel que esté en situación de absoluta dependencia en todos los órdenes.

Otro de los temas a comentar a raíz del Anteproyecto y de la figura de la curatela va a ser el dejar de equiparar a los menores de edad con los incapacitados ya que son situaciones, que, aunque en ocasiones tengan ciertas similitudes, la realidad es que “los primeros van adquiriendo una capacidad y una madurez gradualmente con el paso del tiempo, mientras que los segundos tienen unas necesidades y unas experiencias distintas que requieren una atención específica en cada caso según sus circunstancias”<sup>24</sup>

---

<sup>23</sup> <https://supremo.vlex.es/vid/-60279937>

<sup>24</sup> Parra Lucán. M A, *La voluntad y el interés de las personas vulnerables. Modelos para la toma de decisiones en asuntos personales.*. Ed. Universitaria Ramón Areces, 2015, p. 28

Al haber “escogido” la figura de la curatela como la más adecuada para la representación de las personas con discapacidad, supone eliminar en cierto modo otras tales como la tutela. Dejando esta última solo para aquellos casos como el de los menores no emancipados que no estén sujetos a patria potestad, y que al no tener capacidad de obrar propia sí necesiten una figura a la que se le doten poderes representativos.

Otra de las figuras que van a desaparecer son la patria potestad prorrogada y la patria potestad rehabilitada, al considerarlas como figuras muy rígidas, y poco adaptadas al nuevo sistema que se propone con el Anteproyecto.

### **7.3.1 Principios de la curatela**

Los 3 principios que van a inspirar que la curatela sea la figura idónea para las personas con discapacidad son:

- ✓ Necesidad: Como ya hemos podido ver, así lo establece el artículo 249, del Anteproyecto en su segundo párrafo.
- ✓ Temporalidad: En el sentido de que se deberá realizar una revisión de la situación que dio lugar a la curatela, de manera periódica, en un plazo que no podrá superar los 3 años, y que se llevará a cabo a través de un expediente de jurisdicción voluntaria.
- ✓ Proporcionalidad: Así lo establece el artículo 266, y en el 267.3º se establece que “en ningún caso podrá despacharse con la mera prohibición de derechos”.

### **7.3.2 Nombramiento de curadores**

El artículo 273 CC del Anteproyecto establece quiénes pueden ser curadores, enumerando:

- ✓ Las personas mayores de edad que, a juicio de la autoridad judicial, cumplan las condiciones de aptitud suficientes para el adecuado desempeño de su función, siempre que no concurra ninguna de las causas de inhabilidad, siendo estas últimas las siguientes:
  - a) Persona que haya sido excluida por la persona necesitada de apoyo.

- b) Quien haya sido condenado por cualquier delito, que haga suponer que no podrá desempeñar la curatela.<sup>25</sup>
  - c) Aquella persona que tenga conflicto de intereses con la persona sometida a curatela.
  - d) Aquella persona a quien le sea imputable la declaración como culpable de un concurso, salvo que la curatela lo sea solamente de la persona.
- ✓ Las fundaciones y demás personas jurídicas sin ánimo de lucro, públicas o privadas, entre cuyos fines figure la promoción y asistencia a las personas con discapacidad.

### **7.3.3 Orden legal para el nombramiento:**

Al igual que ocurre con la obligación legal de prestación de alimentos, en la cual, el artículo 144 del CC, nos establece el orden legal, lo mismo ocurre con el nombramiento del curador. Este orden legal lo encontramos en el artículo 274 CC del Anteproyecto, el cual lo regula de la siguiente manera:

1. Al cónyuge, o a quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, siempre que convivan con la persona que precisa el apoyo.
2. Al hijo o descendiente. Si fueran varios, será preferido el que de ellos conviva con la persona que precisa el apoyo.
3. Al progenitor o, en su defecto, ascendiente. Si fueran varios, será preferido el que de ellos conviva con la persona que precisa el apoyo.
4. Al hermano, pariente o allegado que conviva con la persona que precisa la curatela.
5. A quien estuviera actuando como guardador de hecho.
6. A la persona o personas que el cónyuge o la pareja conviviente o los progenitores hubieran dispuesto en testamento o documento público.

---

<sup>25</sup> Esta cláusula de inhabilidad se va a dar únicamente para aquellos casos en los que el delito tenga relación con la imposibilidad de ejercer la curatela, por lo tanto, el condenado por otros delitos sí podrá ejercer la curatela.

#### **7.4 Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio<sup>26</sup>**

El Anteproyecto de Ley parte del reconocimiento de la capacidad jurídica a todas las personas, es decir, la capacidad se tiene por ser persona.

Es por esto, que la misma no se puede ni modificar ni alterar, por lo que carecería de sentido seguir utilizando términos tales como “modificación de la capacidad de obrar”. Con este Anteproyecto se pretende proveer de ayudas al colectivo de personas con discapacidad, siempre y cuando se sigan una serie de principios inalterables, los cuales se van a basar en lo siguiente: En primer lugar, y el que prima, el respeto a la voluntad de las personas. En primer lugar, tanto en determinar el apoyo que precisen, como en determinar el contenido y alcance de este. En segundo lugar, el principio de necesidad, en el sentido de que las medidas de apoyo no podrán rebasar de lo que compele la persona con discapacidad, si no que deberá estar única y exclusivamente a sus necesidades, sin excederse en ningún punto. En tercer lugar, y en relación con el anterior, el principio de proporcionalidad.

Respecto a las medidas de apoyo en concreto vamos a poder diferenciar dos tipos:

- ✓ Medidas preventivas o anticipatorias: Son aquellas que se toman por el interesado en previsión de una futura necesidad de apoyo.
- ✓ Medidas reactivas: Son aquellas que tienen lugar una vez constatada la necesidad de apoyo.

El principal objetivo de la existencia de estas medidas va a ser doble, por un lado, porque pretende proteger la libre determinación de las personas de escoger estas medidas, y por el otro porque va a suponer un ahorro de costes al sistema, al eludir que se ponga en marcha el mecanismo institucional para el nombramiento del curador.

---

<sup>26</sup> García Rubio.M P, *Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo, anticipatorio*, Revista de Derecho Civil, vol. V, núm. 3 (julio-septiembre, 2018), Estudios, pp. 29-60.

#### **7.4.1 Contenido de las medidas de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio.**

El artículo 251 CC del Anteproyecto reza lo siguiente: “Cualquier persona mayor de edad o emancipada, en previsión de la concurrencia futura de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás, podrá prever en escritura pública medidas de apoyo relativas a su persona o bienes estableciendo, en su caso, el régimen de actuación y el alcance de las facultades de la persona que le haya de prestar apoyo. Podrá igualmente otorgar poder preventivo o proponer el nombramiento de curador.” En este, parece que existe una declaración anticipada que instruye medidas de apoyo.

Por otro lado, los artículos 254 al 260 van un paso más allá, y bajo la rúbrica “De los poderes y mandatos preventivos” otorga dicho poder preventivo.<sup>27</sup>

Finalmente, los artículos 269-272, establecen que el proceso del nombramiento del curador y de la autocratela. Para el nombramiento de esta última, no va a ser posible hacerlo mediante las medidas anticipatorias, si no que, en este caso, es necesario instar un procedimiento judicial de provisión de apoyos.

En opinión de algunos autores, la regulación que se hace acerca de estas medidas en el Anteproyecto resulta confusa. Por lo tanto, la solución que se encuentra de esto último en palabras de la “Fundación de Derecho y Discapacidad”<sup>28</sup> es: “Debería preverse, además, la posibilidad de que la asistencia pueda ser establecida por la persona no sólo de modo anticipado, sino cuando ya precisa apoyos para el ejercicio de su capacidad jurídica, en este caso mediante un acuerdo con la persona que prestará el apoyo, como prevén por ejemplo las legislaciones irlandesa y peruana. Este acuerdo sería elevado a escritura pública y comunicado al Ministerio Fiscal; pero, como señala la Exposición de Motivos del Anteproyecto (y ha recordado además la Observación General del Comité sobre los

---

<sup>27</sup>Artículo 254: “El poderdante podrá incluir una cláusula que estipule que el poder subsista si en el futuro se ve necesitado de apoyo en el ejercicio de su capacidad.”

<sup>28</sup>Fundación Derecho y Discapacidad. *Aportaciones de la Fundación Derecho y Discapacidad al anteproyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*. 10 de octubre de 2018

Derechos de las Personas con Discapacidad) hay que evitar que la persona con discapacidad que precisa apoyos tenga que someterse siempre a la carga de un procedimiento judicial.”

## **7.5 Modificaciones en materia sucesoria**

Una de las principales modificaciones que ha tenido mayor repercusión en el Código Civil es aquella referida a la capacidad para testar. Es el artículo 663 en su segundo párrafo el que va a cambiar su manera de expresarse modificando de esta manera: “Está incapacitado para testar el que habitualmente o accidentalmente no se hallara en su cabal juicio.” Por “la persona que en el momento del otorgamiento tenga afectadas las facultades de discernimiento necesarias para ello”. Aunque aparentemente parezca una modificación puramente terminológica, el legislador quiere ir mucho más allá y a lo que se va a referir es a que la capacidad de cada persona ha de ser juzgada en el momento en el que se esté dando la situación en la que sea necesaria su plenitud, y siempre ante las personas encargadas para ello. Es por esto, que no se podrá considerar a una persona incapacitada con anterioridad al suceso.

Esta última modificación la podemos ver en una sentencia actual, la STS 146/2018 de 15 de marzo<sup>29</sup>, en la cual se desestima un recurso de casación, en relación con la impugnación de dos testamentos notariales otorgados por una mujer con discapacidad intelectual. Habiendo sido el primer testamento otorgado con anterioridad a la sentencia de modificación judicial de la capacidad, pero cuando el MF ya había instado el procedimiento judicial de modificación de la capacidad de obrar. Mientras que el segundo testamento fue otorgado con posterioridad a la sentencia que había sometido a la testadora a curatela para la realización de actos de disposición. A pesar de existir dicha discapacidad, la sentencia de la Audiencia establece:

Ni la sentencia de modificación de la capacidad de obrar privó a la causante de la facultad de testar ni quedó excluida la posibilidad de otorgar testamento conforme al art.665 CC<sup>30</sup>

---

<sup>29</sup> <https://supremo.vlex.es/vid/706939781>

<sup>30</sup> “Siempre que el incapacitado por virtud de sentencia que no contenga pronunciamiento acerca de su capacidad para testar pretenda otorgar testamento, el Notario designará dos facultativos que previamente le reconozcan y no lo autorizará sino cuando éstos respondan de su capacidad”

Frente al diagnóstico retrospectivo del facultativo que realizó el informe pericial que tuvo en cuenta el Juzgado, existe otro contradictorio aportado por la parte demandada y, en todo caso, para enjuiciar la capacidad de la otorgante debe partirse de la opinión profesional del notario y de las médicas que la apreciaron *in situ*, que si bien no tenían la especialidad de psiquiatría conocían a la paciente.

En los informes médicos que se elaboraron para el procedimiento de modificación de la capacidad de obrar se hace constar su coeficiente intelectual, en torno a los sesenta dentro del nivel límite de inteligencia, con dificultades para el pensamiento abstracto, pero también su aceptable contacto con la realidad, su autonomía personal, la celebración de la compraventa de un piso que luego arrienda.

Por lo tanto, lo que podemos ver gracias a esta sentencia, es cómo cambia la forma que tenía el Código Civil de percibir la discapacidad, mientras que, a raíz del Anteproyecto, como hemos explicado ya, se realiza dicho examen en el momento, y es cuando cuenta, sin importar anterior o posteriormente lo que se haya establecido. Por ello, va a ser el notario el que tome la decisión final acerca de la capacidad que presente el testador, pudiendo acudir en el caso de que exista duda, peritos para que lo determinen en su caso.

Especialmente ante los testamentos que pudiéramos llamar sencillos, el notario será precisamente el apoyo puntual adecuado que el testador precisa para el correcto ejercicio de su capacidad, pues su competente asesoramiento puede ser suficiente para eliminar las dificultades que comprensión que la persona pudiera tener. Creo firmemente que tal intervención notarial, asistiendo al testador y ayudándole a comprender la trascendencia de las decisiones que está tomando, constituye un genuino apoyo en el sentido exigido por el artículo 12 de la Convención de Nueva York cuando en su párrafo tercero dispone: Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica. Al respecto, cabe considerar que el estándar reclamado por el notario y sus posibilidades de apoyo efectivo pueden ser muy distintas según lo que pretenda la persona que desea testar, puesto que las disposiciones mortis causa pueden ser muy sencillas o enormemente complejas, y la capacidad de entender y querer aquellas y estas dista mucho de ser única e intangible.<sup>31</sup>

## 8 La prodigalidad

Hoy en día se va a definir como pródigo a aquella persona que, por su conducta habitual, la cual se caracteriza de desordenada pone injustificadamente en peligro su patrimonio.

---

<sup>31</sup> García Rubio.M P, *Algunas propuestas de reforma del Código Civil como consecuencia del nuevo modelo de discapacidad. En especial en materia de sucesiones, contratos, responsabilidad civil*, Revista de Derecho Civil, vol. V, núm. 3 (julio-septiembre, 2018), Estudios, pp. 173-197

Esto es lo que va a justificar que se le limite su capacidad de obrar en cuanto a la posibilidad de realizar actos de administración y disposición de su patrimonio.

El Anteproyecto de Ley incluye una definición de prodigalidad, un comportamiento que mediante la LEC permite a la propia persona afectada, al cónyuge y a los descendientes y ascendientes que perciban pensión de alimentos, instar una declaración judicial que lo declare pródigo.

Según el propio Anteproyecto, la definición de prodigalidad es: “Aquella situación en que se encuentra una persona cuya conducta se caracteriza por la habitualidad en la disipación de los bienes propios, malgastándolos de forma desordenada”.

La resolución que la declare deberá incluir, entre otros requisitos, el nombramiento de la persona que haya de asistir al pródigo y los actos que éste no puede realizar, así como su extinción.

La Ley del Registro Civil se adecua a la reforma en relación con la prodigalidad, en el sentido que se indica a continuación: “en relación con los actos y hechos inscribibles en el mismo, se va a considerar inscribible en el mismo, entre otros, las resoluciones judiciales que declaren la prodigalidad y las medidas adoptadas en ellas sobre asistencia al pródigo.”

Por otra parte, en cuanto a la Reforma de Ley Hipotecaria, se introduce la inscripción en el Registro de la Propiedad de las resoluciones judiciales que establezcan medidas de apoyo a las personas con discapacidad y las resoluciones judiciales de prodigalidad entre otras.

En cuanto al Código Civil, se modifica el Título XII rezando este: “Asistencia en caso de prodigalidad y disposiciones comunes”, estableciendo su primer capítulo la asistencia en caso de prodigalidad.

## 9 Conclusiones

- ✓ La discapacidad no es algo rígido si no flexible, por ello, las medidas que se tomen a este respecto deberán adaptarse a la concreta situación y necesidad de la persona afectada.
- ✓ La Constitución Española únicamente hace referencia al tema de la discapacidad en su artículo 49, por lo que habrá que interpretarla en su conjunto junto con otros artículos para determinar lo que la misma establece.
- ✓ La Convención de Nueva York de 2006 supone el primer instrumento del siglo XXI en el que se va a tratar de modificar la situación de exclusión y en ocasiones de discriminación que sufren algunas personas con algún tipo de discapacidad.
- ✓ A la luz del artículo 12 de la Convención de Nueva York de 2006 se modifica el sistema de tutela por el cual se privaba a la persona con discapacidad de ejercer sus derechos y se nombraba un tutor para el ejercicio de los mismos; por un sistema basado en el apoyo de la persona que sufre alguna discapacidad.
- ✓ El Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad modifica ciertos términos que podían considerarse poco acertados por otros más respetuosos para referirse a las personas con algún tipo de discapacidad.
- ✓ Este Anteproyecto, además, modifica las tradicionales figuras de apoyo con las que contaban las personas discapacitadas, las cuales estaban basadas en su mayor medida en un modelo sustitutivo por otras que promueven una mayor libertad de decisión por parte de aquéllos.
- ✓ La resolución judicial que prevea la necesidad de otorgar determinadas medidas de apoyo una vez sea declarada la incapacitación judicial de una persona, deberá establecer aquellas medidas que resulten más beneficiosas en función de las necesidades y circunstancias del incapacitado.

- ✓ Cuando se provea mediante resolución judicial el establecimiento de una figura de tutela para el incapacitado, el juez deberá pedir la opinión del interesado que, si bien la misma no es vinculante para la sentencia, sería conveniente que se tomase en cuenta a la hora de tomar la decisión por parte del juez.
- ✓ La figura de la curatela supone la medida de apoyo más idónea en el sentido de que ofrece un marco mucho más amplio en el que se encuentran desde las personas que necesitan un apoyo total sustituyéndole en la mayoría de las decisiones por contar con un alto grado de discapacidad, a aquellas que necesitan de una mera asistencia para determinados actos.
- ✓ Para conseguir los objetivos que se han ido planteando a través de las numerosas leyes, anteproyectos y convenciones mencionadas en este trabajo es fundamental el que se acelere el sistema jurídico español para poder facilitar unas mayores garantías a las personas discapacitadas.

## 10 Bibliografía

Alcaín Martínez, E. *Sobre la necesidad de la reforma integral del artículo 49 de la Constitución Española de 1978: Más allá de un cambio terminológico*, Cermi 9 de noviembre de 2018 (disponible en <http://semanal.cermi.es/noticia/opinion-esperanza-alcain-reforma-integral-articulo-49-constitucion-mas-alla-cambio-terminologico.aspx>; última consulta 30/03/2019)

Fundación Derecho y Discapacidad. *Aportaciones de la Fundación Derecho y Discapacidad al anteproyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, 10 de octubre de 2018 (disponible en <http://www.fderechoydiscapacidad.es/2018/10/10/aportaciones-de-la-fundacion-derecho-y-discapacidad-al-anteproyecto-de-ley-por-la-que-se-reforma-la-legislacion-civil-y-procesal-en-materia-de-discapacidad/>; última consulta 30/03/2019)

Bercovitz Rodríguez Cano, R. *La protección jurídica de la persona en relación con su internamiento involuntario en centros sanitarios o asistenciales por razones de salud*, Anuario de Derecho Civil, 1984, p. 955.

Campoy Cervera, I. *La discapacidad y su tratamiento conforme a la Constitución Española de 1978*, Universidad Carlos III de Madrid, pp.155-156.

Esbec Rodríguez, E. *Psicopatología Clínica Legal y Forense*, Vol.12, 2012, pp.121-147.

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*, 2013, pp. 69-72

García Rubio, M P. *Algunas propuestas de reforma del Código Civil como consecuencia del nuevo modelo de discapacidad. En especial en materia de sucesiones, contratos, responsabilidad civil*, Revista de Derecho Civil, vol. V, núm. 3 (julio-septiembre, 2018), Estudios, pp. 173-197.

García Rubio, M P. *Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo, anticipatorio*, Revista de Derecho Civil, vol. V, núm. 3 (julio-septiembre, 2018), Estudios, pp. 29-60.

Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. *La Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con Discapacidad y su impacto en el Ordenamiento Jurídico Español*, Universidad Carlos III de Madrid, 2009, pp. 244-245.

Magariños Blanco, V. *Comentarios al Anteproyecto de Ley para la reforma del Código Civil sobre discapacidad*, Revista de Derecho Civil, vol. V, núm. 3 (julio-septiembre, 2018), Estudios, pp.199-225.

Parra Lucán, M A. *La voluntad y el interés de las personas vulnerables. Modelos para la toma de decisiones en asuntos personales*. Ed. Universitaria Ramón Areces, 2015, p.28.

Pereña Vicente, M. *La transformación de la guarda de hecho en el Anteproyecto de Ley*, Revista de Derecho Civil, vol. V, núm. 3 (julio-septiembre, 2018), Estudios, pp. 61-83.

### **Legislación:**

Convención Internacional de Nueva York de 2006 sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

Constitución Española

Código Civil

Ley de Enjuiciamiento Civil

Ley de Jurisdicción Voluntaria

Ley Hipotecaria

Ley 26/2011 de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

Real Decreto 1/2013 de 29 de noviembre, en el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las personas con Discapacidad y su inclusión social

Ley Orgánica 1/2017 de 13 de diciembre por la que se modifica la Ley Orgánica 5/1995 de 22 de Mayo de Tribunal jurado en la que se garantiza la participación de las personas con discapacidad

Anteproyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad

### **Jurisprudencia analizada**

Sentencia Tribunal Supremo de 15 de marzo 146/2018 (Sala Primera de lo Civil)

Sentencia Tribunal Supremo de 30 de junio 337/2014 (Sala Primera de lo Civil)

Sentencia Tribunal Supremo de 1 de julio 341/2014 (Sala Primera de lo Civil)

Sentencia Tribunal Supremo de 29 de abril 282/2009 (Sala Primera de lo Civil)

Sentencia Tribunal Supremo de 20 de octubre, 557/2015 (Sala Primera de lo Civil)