

GUÍA RÁPIDA FRANCIS
LEFEBVRE

**Reforma civil y
procesal para el apoyo
a personas con
discapacidad**

Fecha de edición: 15 de junio de 2021



Esta obra ha sido realizada
a iniciativa y bajo la coordinación
de la Redacción de
Francis Lefebvre

ISIDORO LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ
Notario honorario del Colegio de Madrid

© Francis Lefebvre
Lefebvre-El Derecho, S. A.
Monasterios de Suso y Yuso, 34. 28049 Madrid. Teléfono: (91) 210 80 00
clientes@lefebvre.es
www.efl.es
Precio: 33,28 € (IVA incluido)
ISBN: 978-84-18647-50-5
Depósito legal: M-20031-2021
Impreso en España
por Printing'94
Paseo de la Castellana, 93, 2º - 28046 Madrid

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

*A nuestra nieta ANA, de sus abuelos MARÍA LUISA e ISIDORO;
Ana, el libro lo ha escrito el abuelo, pero sin la paciencia y el apoyo de la abuela,
no me habría sido posible*

Plan general

	<u>nº marginal</u>
Introducción	10
Capítulo 1. Situación jurídica de las personas con discapacidad	100
Capítulo 2. Medidas de apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (Parte primera)	300
Capítulo 3. Medidas de apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (Parte segunda)	700
Capítulo 4. La discapacidad de las personas en las esferas personal, familiar y patrimonial	1200
Capítulo 5. Reformas del Código Civil en el Derecho de sucesiones	1500
Capítulo 6. El patrimonio protegido	1800
Capítulo 7. La regulación de la minoría de edad	2000
Capítulo 8. Aspectos procesales para la protección de la persona discapacitada	2400
Capítulo 9. Publicidad registral de las medidas de apoyo	2700
Capítulo 10. Régimen transitorio	2900
Anexos	3500
	<u>Página</u>
Tabla Alfabética	299

Abreviaturas

AN	Audiencia Nacional
AP	Audiencia Provincial
art.	artículo/s
CC	Código Civil (RD 24-7-1889)
CCom	Código de Comercio (RD 22-8-1885)
Circ	Circular
CNY	Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad [Nueva York 13-12-2006]
Const	Constitución Española
CP	Código Penal (LO 10/1995)
D	Decreto
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
DGSJFE	Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública
disp.adic.	disposición adicional
disp.derog.	disposición derogatoria
disp.final	disposición final
disp.trans.	disposición transitoria
FGE	Fiscalía General del Estado
L	Ley
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil (L 1/2000)
LH	Ley Hipotecaria (D 8-2-1946)
LJV	Ley de la Jurisdicción Voluntaria (L 15/2015)
LN	Ley del Notariado (L 28-5-1862)
LO	Ley Orgánica
LRC	Ley del Registro Civil (L 20/2011)
modif	modificado/a
OM	Orden ministerial
p.e.	por ejemplo
RD	Real Decreto
RDL	Real Decreto-ley
RDLeg	Real Decreto legislativo
redacc	redacción
Resol	Resolución
RN	Reglamento de la organización y régimen del Notariado [D-6-1944]
RRC	Reglamento de la Ley del Registro Civil [D 14-11-58]
TCo	Tribunal Constitucional
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TS	Tribunal Supremo
UE	Unión Europea

INTRODUCCIÓN

Cumplimiento de la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad (13-12-2006)	15	10
Jurisprudencia española	30	
Principios de la Convención	55	
Textos legales afectados por la reforma	65	

Cumplimiento de la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad (13-12-2006) **15**

La 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 de 2 de junio de 2021 (**L 8/2021**), es un paso fundamental en la adecuación de nuestro ordenamiento jurídico a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobada en Nueva York el 13-12-2006 (**CNY**), ratificada por España el 23-11-2007, que trata no sólo de la discapacidad intelectual, sino de **todo tipo de discapacidad**, como resulta de su artículo 1. «*Propósito. El propósito de la presente Convención 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. Las personas con discapacidad incluyen 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*».

La Constitución española (**Const**), al regular en su art.49 la atención a las personas con discapacidad, se inspiró en el **modelo médico o rehabilitador**, predominante en el momento de su aprobación, el cual consideraba la discapacidad como un problema de la persona, causado directamente por una enfermedad, accidente o condición de su salud, que requiere asistencia médica y rehabilitadora, en forma de un tratamiento individualizado prestado por profesionales. **17**

La CNY supera este modelo médico asumiendo la **perspectiva social** y de derechos y capacidades, que configura la discapacidad como un complejo conjunto de condiciones, muchas de las cuales están originadas o agravadas por el entorno social.

No obstante, en nuestra Constitución encaja los **finés** de la CNY al disponer que:

- «*Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social*» (Const art.9.2); y
- «*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*» (Const art.14).

La ratificación de la CNY por el Estado Español, se publicó en el BOE el 21-4-2008, entrando en vigor el 3-5-2008. A partir de este momento, y conforme a lo establecido en el apartado primero de la Const art.96, la CNY pasó a formar parte de nuestro ordenamiento interno, lo que supuso que los **tribunales** de justicia la tuviesen presente en las decisiones relativas a las personas con discapacidad, tanto intelectual, como física y que el legislador la fuese adaptando, aunque parcialmente, a nuestro ordenamiento jurídico. **20**

Esa **adaptación legislativa** se inició con la Ley sobre igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (L 26/2011), aplicable a los siguientes **ámbitos**:

- a) Telecomunicaciones y sociedad de la información.
- b) Espacios públicos urbanizados, infraestructuras y edificación.

- c) Transportes.
- d) Bienes y servicios a disposición del público.
- e) Relaciones con las Administraciones públicas.
- f) Administración de justicia.
- g) Patrimonio cultural, de conformidad con lo previsto en la legislación de patrimonio histórico.

22 Igualmente esta Ley es de aplicación a la garantía y efectividad del derecho a la igualdad de oportunidades de las **personas con discapacidad**, en el ámbito del **empleo y la ocupación**, que tendrá carácter supletorio a lo dispuesto en la legislación específica de medidas para la aplicación del principio de igualdad de trato en el empleo y la ocupación (L 26/2011 art.3). Esta ley que, como vemos, se aplica bastantes aspectos de la discapacidad, por así decirlo no se atrevió con la adaptación de la **capacidad jurídica** de la persona con discapacidad a la CNY; en su disposición adicional séptima retrasa la adaptación para un momento posterior, concediendo al Gobierno el plazo de un año a partir de su entrada en vigor para remitir a las Cortes. Como vemos el año se ha alargado hasta el momento de aprobación de la L 8/2021, que desarrollamos en la presente obra.

La L 26/2011 ha sido desarrollada reglamentariamente por el RD 1276/2011, la única referencia con un cierto interés en materia de capacidad es la relativa la de los **testigos** en los **documentos notariales**, tema de escasa trascendencia.

25 La reforma continuó con el RDLeg 1/2013, por el que se aprobó el Texto Refundido de la **Ley General de derechos de las personas con discapacidad** y de su inclusión social.

Su **objeto**, según el artículo 1 es:

a) Garantizar el derecho a la **igualdad de oportunidades y de trato**, así como el ejercicio real y efectivo de derechos por parte de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones respecto del resto de ciudadanos y ciudadanas, a través de la promoción de la autonomía personal, de la accesibilidad universal, del acceso al empleo, de la inclusión en la comunidad y la vida independiente y de la erradicación de toda forma de discriminación, conforme a los art.9.2, 10, 14 y 49 de la Constitución Española y a la CNY y los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España.

b) Establecer el régimen de **infracciones y sanciones** que garantizan las condiciones básicas de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

27 A las dos leyes citadas han de sumarse:

- La reforma del Código penal (**CP**) llevada a cabo por la LO 1/2015.
- La nueva legislación de **jurisdicción voluntaria** (L 15/2015), modificada por la L 4/2017, precisamente en relación con el derecho de las personas con discapacidad a contraer matrimonio en igualdad de condiciones.
- La LO 1/2017 de modificación de la LO 5/1995, del **Tribunal del Jurado**, para garantizar la participación de las personas con discapacidad sin exclusiones.
- La LO 2/2018 para la modificación de la LO 5/1985, del **Régimen Electoral General** para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad. Esta norma en su art.2 dispone: «2. *Toda persona podrá ejercer su derecho de sufragio activo, consciente, libre y voluntariamente, cualquiera que sea su forma de comunicarlo y con los medios de apoyo que requiera.*» Como quiera que en las resoluciones judiciales sobre incapacitación este derecho podía restringirse se añade una disposición adicional en la que dispone que, a partir de su entrada en vigor, quedan sin efecto las **limitaciones** en el ejercicio del derecho de sufragio establecidas por resolución judicial y que las personas a las que se les hubiere limitado o anulado su derecho de sufragio por razón de discapacidad quedan reintegradas plenamente en el mismo por ministerio de la ley.

Jurisprudencia española Creo que debemos hacer un reconocimiento a nuestra jurisprudencia que, antes de la CNY, tuvo gran **sensibilidad** para la protección de las personas con discapacidad y, cuando se ratificó por el Estado Español, procuró adaptarse a la misma, aunque las leyes sustantivas, aún no lo habían hecho.

Ponemos varios ejemplos de ello, por dos razones: por la influencia que creemos han tenido en la Ley que comentamos y porque pueden ayudar a su interpretación. Hasta el año 1983 el CC español no hacía matizaciones en la capacidad de la persona. A la persona o se le reconocía plena capacidad, en cuyo caso no se le podía incapacitar, o, se la incapacitaba judicialmente, en cuyo caso se le negaba prácticamente su capacidad de obrar.

No obstante, el TS fue ajustando la **extensión de la tutela** al grado de intensidad con que se manifiesta en cada persona la discapacidad.

El CC se reforma en 1983 y después la LEC que al regular el **proceso de incapitación judicial** dispone en su artículo 760: «*La sentencia que declare la incapitación determinará la extensión y los límites de ésta, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado*». Es decir, la extensión de la incapitación ha de adaptarse a la **capacidad natural** de la persona discapacitada.

Antes de la CNY, el **Tribunal Constitucional** (TCO 9-10-02) reconoce la capacidad jurídica de todo ser humano, en el siguiente pronunciamiento: «*En el plano de la constitucionalidad que nos corresponde hemos de declarar que el **derecho a la personalidad jurídica** del ser humano, consagrado en el art.6 de la Declaración universal de los derechos humanos de 10 Dic. 1948, lleva implícito el reconocimiento del derecho a la capacidad jurídica de la persona, por lo que toda restricción o limitación de su capacidad de obrar afecta a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes, así como al libre desarrollo de la personalidad (art.10.1 CE)*».

El Tribunal Supremo (TS 12-5-98) sintetiza la posición de la jurisprudencia, al resolver un supuesto relativo a la **capacidad de un testador**: «*En este tema, es interesante reproducir el completo resumen de la doctrina jurisprudencial que se contiene en la S 27 Ene. 1998: a) que la incapacidad o **afección mental** ha de ser **grave**, hasta el extremo de hacer desaparecer la personalidad psíquica en la vida de relación de quien la padece, con exclusión de la conciencia de sus propios actos (S 25 Abr. 1959); ... d) que son **circunstancias insuficientes** para establecer la incapacidad: 1) la edad senil del testador...; 2) que el otorgante se encuentre aquejado de graves padecimientos físicos...; 3) ni que se aprecie una enfermedad neurasténica y tenga algunas extravagancias... e) la **sanidad de juicio se presume** en toda persona que no haya sido previamente incapacitada*».

En la misma línea, el Tribunal Supremo (TS 10-11-05) considera que: «*La incapacidad no puede ser presumida, como exigen los principios constitucionales de libertad personal y libre desarrollo de la personalidad, sino que la capacidad de la persona se presume siempre, mientras su **incapacidad**, como excepción, no sea **probada** de modo evidente y completo (sentencias de 10 de abril de 1987, 18 de marzo de 1988, 19 de febrero de 1996 y 19 de noviembre de 2004). Como dice la sentencia de 28 de junio de 1990, "la capacidad mental se presume siempre mientras no se destruya por una prueba concluyente en contrario, requiriéndose en consecuencia una cumplida demostración mediante una adecuada prueba directa -sentencias de esta Sala de 10 de febrero de 1986, 10 de abril de 1987, 26 de septiembre de 1988, 20 de febrero de 1989, entre otras-, por lo que no es posible que la referida presunción legal y jurisprudencial pueda ser destruida mediante otra presunción de las llamadas "de hombre" ("presumptio hominis" o "presumptio facti"), contempladas en el artículo 1253 del Código Civil, como aquí pretende la recurrente.*»

Ratificada la CNY, destacamos algunas importantes declaraciones jurisprudenciales:

- **TS 29-4-09**, que considera que: «*4º a) La proclamación de la persona como valor fundamental del ordenamiento jurídico constitucional obliga al Estado a proteger a determinadas personas por su situación de salud psíquica, de modo que el artículo 49 CE obliga a los poderes públicos a llevar a cabo **políticas de integración y protección**. b) No es argumento para considerar esta institución (se refiere a la tutelar) como contraria a*

30

32

35

37

los principios establecidos en la Convención el que la incapacidad pueda constituir una violación del principio de igualdad consagrado en el artículo 14 CE... porque la adopción de medidas específicas para este grupo de persona está justificado, dada la necesidad de protección de la persona por su falta de entendimiento y voluntad... Otra cosa distinta es si el sistema de protección debe ser o no rígido, en el sentido de que no debe ser estándar, sino que se debe **adaptar a** las conveniencias y **necesidades** de protección de la persona afectada y además, constituir una situación **revisable**, según la evolución de la causa que ha dado lugar a tomar la medida de protección».

- 40**
- **TS 11-10-12 y TS 24-6-13:** ordena el Tribunal que se aplique la **curatela**, reinterpretada a la luz de la CNY, desde un modelo de apoyo y de asistencia y el principio del superior interés de la persona con discapacidad, que, manteniendo la personalidad, requiere un complemento de su capacidad, precisamente para proteger su personalidad.
 - **TS 30-11-14:** considera el TS que: «En consecuencia, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 1.5 del Código Civil, las normas jurídicas contenidas en la Convención son de **aplicación directa**, y, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 10 de la Constitución Española, los principios de la Convención deben ser aplicados para resolver los casos referentes a los derechos fundamentales y a las libertades». Argumentación que le sirve para respetar la voluntad de la incapacitada en cuanto al nombramiento de tutor.
- 42**
- El criterio de respeto a la persona, tenga o no discapacidad, lo aplica el Tribunal Supremo en dos importantes instituciones, como son el **matrimonio y el testamento**:
- **TS 8-11-17** (Ponente: María de los Angeles Parra Lucán): «b) Para el matrimonio, hay que tener en cuenta que nuestro Derecho, a diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos, no contempla la privación de la capacidad para contraerlo ni en consecuencia prevé que la persona con capacidad limitada requiera autorización judicial para que compruebe su capacidad (art.145 Code civil belga; en el Derecho francés, según los casos, el art.460 del Code exige la autorización del juez, del curador o la del consejo de familia). En ausencia de norma expresa que permita privar "in genere" de la **capacidad para contraer matrimonio**, debe considerarse que las personas con enfermedades mentales o deficiencias sí pueden contraerlo cuando puedan prestar válido consentimiento matrimonial, cuando posean la capacidad natural de entender y querer la unión matrimonial, lo que es posible tanto si la persona está incapacitada (lo confirma el art.171.4 CC) como cuando, sin estarlo, adolezca de alguna deficiencia psíquica... De esta forma, se refuerza el desarrollo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, cuyo art.23 establece la obligación de los Estados parte de evitar la discriminación contra las personas con discapacidad en todas las cuestiones relacionadas con el matrimonio y la familia y, con este fin, reconocer "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.»
- 45**
- **TS 15-3-18** (Ponente: Doña María de los Ángeles Parra Lucán): «La resolución del recurso debe partir de las siguientes consideraciones. 1. El derecho a contraer **matrimonio** es un derecho derivado de la dignidad del ser humano que está reconocido en el art.16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el art.23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el art.9 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y en el art.32 de la Constitución española. 2. Conforme al art.23.1.a) de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, "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 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". 2) Que la consideración del matrimonio como **derecho humano** deri-

vado de la dignidad de la persona y manifestación del libre desarrollo de la personalidad, también cuando se alcanza una edad avanzada, deben inclinarse a reforzar el principio favor matrimonii... Por todo lo dicho, la sala considera que, en aras del principio del favor matrimonii, debe concluirse afirmando la aptitud de D. A para contraer matrimonio... Puesto que, por lo dicho, ni el estar incapacitado ni el padecer discapacidad intelectual son hechos que excluyan por sí mismos la aptitud para celebrar el matrimonio, la sentencia recurrida restringe injustificadamente el derecho a contraer matrimonio, derecho reconocido a las personas con discapacidad por los tratados internacionales sobre derechos humanos y por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad».

• **TS 28-9-18:** Ante un **testamento** otorgado por una **persona declarada parcialmente incapaz**, en sentencia anterior al testamento, pero que en la fecha de éste no era firme todavía; observar que ya existía sentencia de incapacitación, pero sin ser aún firme, el TS considera que: «La sentencia de incapacitación tiene carácter constitutivo y sin efectos retroactivos, por lo que, mientras la sentencia de incapacitación no gane firmeza, no se aplica el artículo 665 CC y se presume su capacidad mental, que deberá ser apreciada por el notario al tiempo de otorgar testamento. Antes de la declaración de incapacidad los actos del incapaz se presumen válidos, sin perjuicio de la posible anulabilidad de los mismos a instancia de parte (en este caso, probando que al tiempo de hacer testamento no se hallaba en una situación psíquica en la que podía entender y querer)».

47

La **Fiscalía General del Estado (FGE)** coadyuvó también de manera importante a la adaptación de la CNY. Manifestación de ello es la FGE Instrucc 3/2010: «La curatela constituye en la actualidad un instrumento adecuado para dar las respuestas exigidas por la Convención de Nueva York a las situaciones de modificación de la capacidad de la persona, toda vez que el curador no sufre la voluntad de la persona con discapacidad, sino que complementa sus limitaciones en aquellos actos que haya de realizar la persona, cuya capacidad queda modificada y estén especificados en la sentencia, en la cual, incluso, se puede conferir al curador funciones de administración ordinaria de determinados aspectos del patrimonio de la persona asistida, manteniendo, no obstante, sus facultades para ejecutar los demás actos de esta naturaleza por ella misma».

50

Si observamos esta Instrucción llega a decir que el **curador** podrá ejercitar funciones de mera **asistencia o apoyo**, en unos casos y, en otros, de total **representación**. Se aparta la Instrucción de lo que el CC disponía en aquella fecha en el art.289 al establecer: «La curatela de los incapacitados tendrá por objeto la asistencia del curador para aquellos actos que expresamente imponga la sentencia que la haya establecido». Este artículo solo preveía la asistencia del curador y la Fiscalía, adelantándose a la reforma, añade además funciones de **administración**; combina la tutela y la curatela.

Principios de la Convención En la enumeración de los derechos de las personas con discapacidad, bajo la rúbrica: «Igual reconocimiento como persona ante la ley», el art.12 de la CNY dispone:

55

«1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica. 2. 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. 3. 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. 4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a

exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas. 5. 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».

- 57** Destacamos y entrecomillamos el **principio general** que resulta de este artículo: «*Las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica... teniendo capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, sin perjuicio de que los Estados adopten las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica*».

La capacidad la tiene el discapacitado, cuya **voluntad y preferencias** se han de respetar. Es él quien en principio deberá actuar y no anulando éstas su representante legal.

No cabe una **sustitución** de la persona del discapacitado, salvo que no pudieran de ninguna manera expresar su voluntad, y necesitara de un apoyo constante.

Sin perjuicio de ello, el discapacitado puede necesitar de **medidas de apoyo** pero estas medidas deben ser proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona.

La incapacidad ya no puede ser considerada como un **estado civil diferente**; las personas discapacitadas deben ser capaces para obrar. Debe existir su integración en el mundo jurídico. No se trata de incapacitar, como se hacía hasta ahora, sino como apuntan algunos autores, de «capacitar», lo que supone ver la cuestión desde el punto de vista positivo, de la capacidad y de las cualidades de la persona con discapacidad.

- 60** El CC art.249 –redacc L 8/2021– recoge los principios anteriores, disponiendo: «*Las medidas de apoyo a las personas mayores de edad o menores emancipadas que las precisen para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica tendrán por finalidad permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad. Estas medidas de apoyo deberán estar inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales. Las de origen legal o judicial solo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate. Todas ellas deberán ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad.*

Las personas que presten apoyo deberán actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera. Igualmente procurarán que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias. Asimismo, fomentarán que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro.

En casos excepcionales, cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona, las medidas de apoyo podrán incluir funciones representativas. En este caso, en el ejercicio de esas funciones se deberá tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación.

La autoridad judicial podrá dictar las salvaguardas que considere oportunas a fin de asegurar que el ejercicio de las medidas de apoyo se ajuste a los criterios resultantes de este precepto y, en particular, atienda a la voluntad, deseos y preferencias de la persona que las requiera.»

Textos legales afectados por la reforma Esta Ley introduce modificaciones **65**

en los siguientes textos legales:

- Ley del Notariado (L 28-5-1862).
- Código Civil (RD 24-7-1889).
- Ley Hipotecaria (D 8-2-1946).
- Ley de Enjuiciamiento Civil (L 1/2000).
- Ley 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 (L 41/2003).
- Ley del Registro Civil (L 20/2011).
- Ley de la Jurisdicción Voluntaria (L 15/2015).
- Código Penal (LO 10/1995), mediante una disposición final.
- Código de Comercio (RD 22-8-1885), en tres de sus artículos.

Contiene una única **disposición derogatoria** de gran alcance al establecer: «*Quedan derogadas cuantas disposiciones de igual o inferior rango contradigan, se opongan o resulten incompatibles con lo dispuesto en la presente ley*».

También contiene dos **disposiciones adicionales** relativas, la primera al régimen de colaboración entre la Administración de Justicia y las entidades del Tercer Sector de Acción Social y la segunda a la formación en las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica.

Existen seis disposiciones transitorias y se establece un plazo de 3 meses para la **entrada en vigor** de la Ley.

CAPÍTULO 1

Situación jurídica de la persona con discapacidad

A.	La capacidad de la persona.....	110	100
B.	Concepto de discapacidad.....	130	
C.	Medidas de apoyo típicas.....	150	
D.	Apoyo general a las personas discapacitadas por jueces y notarios.....	165	
E.	Recomendaciones sobre el papel del notario como prestador de apoyo institucional a la persona con discapacidad.....	185	
F.	Exposición sintética de la situación jurídica de una persona con discapacidad psíquica.....	200	
	Esfera procesal.....	205	
	Esfera contractual.....	210	
	Esfera familiar.....	230	
	Esfera sucesoria.....	245	
	Responsabilidad extracontractual.....	255	
	Facultad electoral.....	260	
G.	El control por el notario de la capacidad de la persona.....	275	

A. La capacidad de la persona

Se entiende por capacidad de la persona individual, en términos generales, su **aptitud** para ser **sujeto de derechos y obligaciones**. **110**

Tradicionalmente se distinguía entre:

- la capacidad jurídica o de derecho; y
- la capacidad de obrar.

Se considera que la **capacidad jurídica** o de derecho es la aptitud que tiene la persona física para ser sujeto en las relaciones de derecho, caracterizada por:

- a) Suponer una posición estática del sujeto
- b) Ser atributo esencial de la naturaleza humana racional, una exigencia de la dignidad humana y, por tanto, esencialmente igual para todas ellas.
- c) Ser indivisible, indisponible, inalienable e irrenunciable
- d) Ser fundamental, en la medida que reúne en potencia todos los derechos de que la persona puede ser sujeto.

Sin embargo, la **capacidad de obrar** se consideraba como la aptitud para concluir actos y negocios jurídicos con eficacia.

Esta concepción que distingue entre capacidad jurídica y de obrar, podría discutirse si debe mantenerse respecto de los **menores de edad**, pródigos (la reforma ha suprimido la prodigalidad) o **concurados**, aunque respecto de los menores, como veremos, debe matizarse, pero desde luego no se puede mantener respecto a la persona con discapacidad, desde la aprobación de la **Convención de Nueva York** [CNY] sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13-12-2006, ratificada por España el 23-11-2007 y de la Ley que estudiamos. El art.12.2 de la CNY establece: «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». **112**

La **incapacitación** de una persona, tal y como se regulaba por nuestras leyes sustantivas y procesales, se declaraba en virtud de una sentencia que limitaba su capacidad de obrar o, si se quiere decir de otra forma, determinaba la extensión y límites de su incapacidad, así como el de la tutela o guarda a la que debía quedar sometida. Esta figura, contemplada también por los ordenamientos jurídicos extranjeros y los códigos decimonónicos, se consideraba contraria a la consideración de **dignidad** que **115**

la persona afectada por una discapacidad merece, por lo que el artículo 12.1 de la CNY dispone: «*Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica*».

- 117** De aquí, que en el ámbito procesal se sustituye por la Ley los tradicionales procesos de modificación de la capacidad por los dirigidos a proveer de **apoyos a las personas con discapacidad** y en el ámbito civil, el CC (Título XI del Libro Primero), que regula de nuevo la discapacidad pasa a rubricarse «*De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica*».
- La idea central del nuevo sistema es la de apoyo a la persona que lo precise, apoyo que es un término amplio 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 con discapacidad. Esta variedad de apoyos han de tenerlos presentes los operadores jurídicos, especialmente **jueces** al resolver sobre las medidas de apoyo y **notarios** en su deber de asesorar sobre las medidas voluntarias.
- Por ello, no se puede emplear la palabra de incapacidad para referirse a la situación jurídica de la persona con una **discapacidad intelectual grave**, pues toda persona debe considerarse capaz, sin perjuicio de los apoyos que pueda necesitar para el ejercicio de su capacidad jurídica.

- 120** Lo veíamos en la introducción de esta obra, la capacidad la tiene el discapacitado, cuya voluntad y preferencias se han de respetar. Es él quien en principio deberá actuar y no anulando éstas su representante legal. No cabe una **sustitución** de la persona del discapacitado, salvo que no pudieran de ninguna manera expresar su voluntad, y necesitara de un apoyo constante:
- Sin perjuicio de ello, el discapacitado puede necesitar de medidas de apoyo pero estas medidas deben ser **proporcionales y adaptadas** a las circunstancias de la persona.
 - La incapacidad ya **no** puede ser un **estado civil diferente**, sino que las personas discapacitadas también deben ser capaces para obrar. Debe existir una integración también en el mundo jurídico. No se trata de incapacitar, sino como apuntan algunos autores, de «capacitar», lo que supone ver la cuestión desde el punto de vista positivo, de la capacidad y de las cualidades de la persona con discapacidad.

B. Concepto de discapacidad

- 130** Con menos claridad de la debida, nos lo dice la disposición adicional cuarta reformada del CC que: «*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 aquélla que haga precisa la provisión de medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica.*»
- 132** Nos da esta disposición, en primer lugar, un concepto amplio de la discapacidad refiriéndose a una serie de artículos que regulan supuestos específicos de disposiciones gratuitas *intervivos* o *mortis causa* a favor de personas con discapacidades físicas, sensoriales y psíquicas; estas disposiciones son relativas a la **vivienda habitual** y a las **sustituciones fideicomisarias** que gravan la legítima.
- Las **discapacidades** definidas en la Ley de protección de las personas con discapacidad (L 41/2003 art.2) son las siguientes:
- a) Las personas afectadas por una **minusvalía psíquica** igual o superior al 33%.

b) Las personas afectadas por una **minusvalía física** igual o superior al 65%.

Los **grados II y III**, referidos en la L 39/2006 (art.26) son los siguientes:

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.

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 persona o tiene necesidades de apoyo generalizado para su autonomía personal».

En los demás casos, sigue la disposición transitoria, salvo que otra cosa resulte de la dicción del artículo de que se trate, toda referencia a la discapacidad habrá de ser entendida a aquélla que haga precisa la provisión de medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica. Se está refiriendo, en este segundo caso, exclusivamente a la **discapacidad intelectual**.

Es muy importante detenerse en la discapacidad intelectual que basta que la persona necesite de **apoyos**, aunque estos apoyos no se hayan proporcionado. De aquí que nos encontremos:

a) Con personas **discapacitadas psíquicas** que precisen la provisión de medidas de apoyo, pero que **no los tengan**.

b) Con personas discapacitadas psíquicas que precisen la provisión de apoyos y **los tengan**.

La diferencia tiene trascendencia jurídica, pues en este segundo caso si la persona realiza un **negocio jurídico** prescindiendo de los apoyos requeridos cuando fueren precisos, el acto será anulable. En el primer caso, solo será ineficaz si en el momento de celebrarlo la persona carecía de capacidad natural, lo que lógicamente habrá de probarse.

Ahora bien, la duda sigue siendo si la existencia de apoyos es un concepto general o concretado para cada acto. En el sistema anterior era general, en el sentido que bastaba que se hubiera declarado la incapacidad de la persona; en el actual es concreto, desde el momento en que en la **resolución judicial** sobre la curatela deberán fijarse de manera precisa tanto los actos en los que el curador deba prestar la asistencia o apoyo como aquellos otros en que deba ejercer la representación (CC art.269).

Pero, como estudiaremos en otro momento, esos apoyos para **actos concretos**, cuando de medidas apoyos voluntarias se trate, podrán modificarse por la persona discapacitada si en el momento de la modificación tuviere capacidad natural suficiente para ello (CC art.253).

Pero la disposición adicional cuarta deja abierta la posibilidad de que en las normas exista el tratamiento de la discapacidad en **supuestos diferentes** de los referidos en ella. Ello se va a dar en numerosos supuestos contemplados por el legislador en que la persona tiene una discapacidad física o sensorial que la dificulta o impide el ejercicio de su capacidad jurídica para determinados actos por lo que se le debe proporcionar los apoyos necesarios para que esté en situación de igualdad con las demás personas.

Por ello, creemos que debemos tener en cuenta lo dispuesto en el párrafo segundo del art.1 de la CNY: «Las personas con discapacidad incluyen 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».

De este artículo deducimos:

a) Que las deficiencias impidan la actuación de la persona a **largo plazo**; no significa ello que si la deficiencia es temporal no haya que facilitar que la persona intervenga,

135

137

140

142

por ejemplo, en sede notarial, en el otorgamiento de una escritura, pero lo que sí significa es que no es el supuesto contemplado por la CNY.

b) Que esa discapacidad le impida ejercer su **capacidad jurídica**.

c) Que esta norma llena de alguna forma la referencia general de la disposición adicional cuarta a **supuestos diferentes** de los contemplados en ella.

d) Que, dada la importancia como operadores jurídicos en la prestación de apoyos a las personas discapacitadas por **jueces y notarios**, la Ley se refiere directamente a ellos como estudiaremos posteriormente.

C. Medidas de apoyo típicas

150 ¿Cuáles son las medidas de apoyo previstas en el Código Civil? Nos referimos a las **típicas**, es decir a las contempladas por el legislador.

El CC (art.250) dispone: «Las medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas que lo precisen son, además de las de naturaleza voluntaria, la guarda de hecho, la curatela y el **defensor judicial**».

La función de las medidas de apoyo consistirá en asistir a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica en los ámbitos en los que sea preciso, respetando su voluntad, deseos y preferencias.

Las medidas de apoyo **de naturaleza voluntaria** son las establecidas por la persona con discapacidad, en las que designa quién debe prestarle apoyo y con qué alcance. Cualquier medida de apoyo voluntaria podrá ir acompañada de las salvaguardas necesarias para garantizar en todo momento y ante cualquier circunstancia el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona.

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

La **curatela** es una medida formal de apoyo que se aplicará a quienes precisen el apoyo de modo continuado. Su extensión vendrá determinada en la correspondiente resolución judicial en armonía con la situación y circunstancias de la persona con discapacidad y con sus necesidades de apoyo».

152 Examinaremos en los capítulos 2 y 3 la problemática de estas medidas de apoyo referidas en el art.250 del CC.

Observar, no obstante ahora, que se sustituye la tutela de las personas discapacitadas por la curatela representativa y se suprime la patria potestad prorrogada o rehabilitada. La tutela queda reservada para los menores de edad que no estén sujetos a la patria potestad. Se admite que la curatela pueda ser simplemente asistencial.

Vemos que la **voluntad de la persona** que necesite de medidas de apoyo es esencial y preferente a las demás, lo que tiene su reflejo en la modificación del CC a lo largo de su articulado, existiendo al respecto tres figuras claves:

a) La **autocuratela** (CC art.271 s.).

b) Los poderes y **mandatos preventivos** (CC art.256 s.).

c) Las disposiciones reguladoras de la propia discapacidad (CC art.255).

155 Desarrollando lo anterior podemos distinguir entre apoyos que tengan un **origen: Voluntario**, como los anteriormente citados. A ellos podían añadirse los establecidos por terceros, a los que se refiere el CC art.252: «El que disponga de bienes a título gratuito en favor de una persona necesitada de apoyo, podrá establecer las reglas de administración y disposición de aquellos, así como designar la persona o personas a las que se encomienden dichas facultades».

Legal:

a) **Curatela:** en ella va a descansar ahora la medida más estable de apoyo judicial, aplicándose a quien necesite el apoyo de modo continuado. Se distingue entre:

– la curatela ordinaria o asistencial, en la que debe intervenir la persona discapacitada con los apoyos previstos; y

– la curatela representativa en la que, excepcionalmente, se sustituiría a la persona y