

Capacidad

Elena López Barba

jurídica

El artículo 12 de la Convención sobre los
Derechos de las Personas con Discapacidad
y las medidas no discriminatorias de defensa
del patrimonio

CAPACIDAD JURÍDICA

CAPACIDAD JURÍDICA

El artículo 12 de la Convención sobre
los Derechos de las Personas con Discapacidad
y las medidas no discriminatorias de defensa del patrimonio

Elena López Barba

DYKINSON

2020

Publicación financiada por el Proyecto de Excelencia Claves jurídicas del bienestar social para una Andalucía más inclusiva (P18-RT-4629) de la Junta de Andalucía, el Plan de Estrategia de Política de Investigación y Transferencia 2020 de la Universidad de Huelva y el Plan de Política Científica del Centro de Investigación en Pensamiento Contemporáneo e Innovación para el Desarrollo Social.

Extravagantes, 3
ISSN: 2660-8693

© 2020 Elena López Barba

Editorial Dykinson
c/ Meléndez Valdés, 61 – 28015 Madrid
Tlf. (+34) 91 544 28 46
E-mail: info@dykinson.com
<http://www.dykinson.com>

Preimpresión: TALLERONCE

ISBN: 978-84-1324-864-6
Depósito legal: M-20671-2020

Versión electrónica disponible en e-Archivo
<http://hdl.handle.net/10016/30741>



Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 3.0 España

*A Juan Luis Carrasco Peña
Ya nuestros hijos: María Luisa y Juan*

ÍNDICE

Introducción	11
Primera Parte	
Consideraciones acerca del grado de cumplimiento de lo ordenado sobre la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en la Convención. El nuevo Proyecto de Ley	
I. Consideraciones previas	15
1. La Convención	15
2. El necesario tránsito de conceptos: de la capacidad modificada judicialmente a la persona con discapacidad	18
3. Persona con discapacidad: falta de homogeneidad en el supuesto	28
4. Posibles contradicciones en el proceso normativo	40
II. Diálogos entre el Estado español y el Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad	42
III. Análisis de algunos referentes y propuestas de normativa	49
1. Proyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica	50
2. Propuesta de la Asociación de Profesores de Derecho civil	66
3. Propuesta articulada de reforma del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil para su adecuación al artículo 12 de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad	76
4. Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro 2º del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia	80

Segunda Parte

Medidas no discriminatorias para la desensa del patrimonio de las personas con discapacidad

I. Consideraciones preliminares	91
II. Medidas de protección del patrimonio de las personas con discapacidad	102
1. La posible nulidad o anulabilidad de lo contratado	106
2. Supuesto especial de rescisión por lesión	110
3. Otras formas de ineficacia contractual	119
a. La ventaja injusta	119
b. La influencia indebida	123
c. La resolución por causas sobrevenidas	126
d. Otras medidas	128
Bibliografía	137
Textos Legales	143

INTRODUCCIÓN

El punto de partida de esta obra se sitúa en la afirmación, sin ambages, de la plena capacidad jurídica y, por ende, de la plena capacidad para obligarse de todas las personas mayores de edad.

Es esta una aseveración que nace más de la convicción de que así queda expresamente ordenado en el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad¹, que sobre la creencia en la absoluta bondad de la decisión². Pero, de lo que no cabe duda, es de que lo prescrito en esta Convención es Derecho vigente en el ordenamiento jurídico español, y que se trata de un imperativo normativo al que no podemos seguir dando la espalda³.

Somos conscientes de la magnitud del cambio que esta afirmación supone y por ello defendemos, como la propia Convención propicia, la toma de medidas suficientes que acompañen esta notable transformación.

El artículo 12.2 de la Convención obliga a los Estados Parte a reconocer la capacidad jurídica de todas las personas, sin distinción por razón de la discapacidad que puedan padecer. Al mismo tiempo, el artículo 12.3 ordena a los Estados adoptar todas las medidas de apoyo que sean pertinentes para hacer real el ejercicio efectivo de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. Mientras que el artículo 12.4 une la previsión de apoyo suficiente al

1 Hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, en adelante nos referiremos a ella como la Convención.

2 Sirva esta nota para compartir con el lector que no participamos plenamente de la pretendida bondad de la decisión adoptada en el artículo 12 de la Convención, y así lo pondremos de manifiesto cuando tratemos la especial situación de las personas con discapacidades mental severa. Pero aun no compartiendo en todos los casos esta decisión, de lo que sí estamos plenamente convencidos, es de que la norma ordena lo que ordena, y que conformes o no con su criterio, mientras sea Derecho vigente es necesario buscarle acomodo real en nuestro Ordenamiento Jurídico, sin subterfugios.

3 Al tiempo de cerrarse esta obra –29 de julio 2020– había quedado presentado –8 de julio– y calificado –14 de julio– el Proyecto de Ley (121/000027) 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 (BOCG de 17 de julio de 2020). En adelante nos referiremos al mismo como Proyecto de Ley. El periodo para la presentación de enmiendas queda abierto hasta el 17 de septiembre de 2020. [http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERLST&BASE=pu14&DOCS=1-1&DOCORDER=LIFO&QUERY=%28BOCG-14-A-27-1.CODI.%29#\(P%C3%A1gina1\)](http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERLST&BASE=pu14&DOCS=1-1&DOCORDER=LIFO&QUERY=%28BOCG-14-A-27-1.CODI.%29#(P%C3%A1gina1))

deber de configurar medidas de salvaguardia que recaigan sobre las propias medidas de apoyo, con el fin de proteger los intereses personales y patrimoniales de quien padece una discapacidad, evitando situaciones de abuso derivadas del conflicto de intereses, de la influencia indebida... Por último, el número 5 del artículo 12 sitúa a los Estados como garantes y responsables del efectivo cumplimiento de este mandato, en orden a asegurar, en condiciones de igualdad, el derecho de la persona con discapacidad a ser propietaria, a heredar, a controlar sus asuntos económicos, a acceder a préstamos bancarios, a hipotecas y a otras modalidades de crédito financiero, sin olvidar un mandato final “velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria” (art. 12.5).

A la luz de lo ordenado, nos planteamos el análisis de estas cuestiones desde el siguiente enfoque, que sustenta la división de esta obra en dos partes:

En la primera parte nos interesaremos por conocer el grado de cumplimiento de lo prevenido en los números 2, 3 y 4 del artículo 12 de la Convención a la luz de diferentes textos legales propuestos hasta la fecha, con particular atención al Proyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

Y en la segunda parte, valoraremos qué posibles medidas de protección, en cumplimiento de lo ordenado en el artículo 12.5, podría formular el Estado español, en concreto, cuando la Convención le impone el deber de proteger la integridad del patrimonio de la persona con discapacidad frente a actuaciones arbitrarias. Quizás este sea el mandato, de todos los previstos en el artículo 12, que ha pasado más desapercibido, o que ha recibido un menor tratamiento singularizado, pese a la notabilísima repercusión que la implementación de esta disposición en su inciso final puede tener en el impulso efectivo de la igualdad en la capacidad jurídica y en la protección de la persona y el patrimonio de los sujetos con discapacidad.

Por último, no podemos terminar estas páginas introductorias sin hacer público nuestro agradecimiento a la Fundación Aequitas, y a los organizadores de la LXIX Jornadas celebradas en la Universidad de Huelva, los Notarios Tomás Giménez Villanueva y Francisco Ábalos Nuevo y al Fiscal Jesús Jiménez Soria, quienes avivaron el deseo de participar desde el ámbito científico en esta gran empresa colectiva: la defensa de los derechos de las personas con discapacidad. También agradecer a la Notario Carmen Vela Fernández su apoyo y consejo.

Primera Parte

Consideraciones acerca del grado de cumplimiento
de lo ordenado sobre la capacidad jurídica
de las personas con discapacidad en la Convención.
El nuevo Proyecto de Ley

Consideraciones previas

1. La Convención

Si valoramos la Convención desde el punto de vista de los derechos en ella reconocidos, cabría decir que esta norma internacional no aporta grandes novedades, en tanto no otorga ningún derecho que no estuviera ya previsto para todas las personas, incluidas las personas con discapacidad¹. Baste observar lo prevenido, por ejemplo, en los artículos 9, 10, 14², 49³ de la Constitución Española de 1978 y, antes, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. Ni siquiera cuando el artículo 12 de la Convención proclama el derecho al pleno reconocimiento de la capacidad jurídica a todos los ciudadanos supone una auténtica novedad. El gran cambio se sitúa en el mandato expreso a los Estados para que eliminen de sus regulaciones cualquier forma de discriminación basada en la discapacidad, para que esta circunstancia nunca pueda ser alegada con el fin de impedir el pleno disfrute o ejercicio de todos los derechos. No queremos decir con ello que la Convención no signifique un avance en cuanto a la declaración de derechos, sirva compararla con otras normas internacionales precedentes⁴. Lo que queremos decir, es

1 PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, Carmen, “La Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad y el sistema español de modificación de la capacidad de obrar”, *Revista de Derecho Privado y Constitución*, 2009, pp. 335 a 368, esp. 336.

2 Aunque la discapacidad no aparezca de manera expresa, sino que se infiera de la redacción abierta dada al precepto constitucional.

3 Ley 13/1983, de 24 de octubre, de Reforma del Código civil en materia de tutela (BOE núm. 256, de 26 de octubre de 1983).

Hay un cierto consenso sobre la idea de que esta Ley sentó las bases de un sistema de tratamiento diferenciado, según el tipo y gravedad de la discapacidad que afectara a cada sujeto, pero que este fin se vio frustrado por la escasa sensibilidad detectada en la actuación judicial y en el resto de los operadores jurídicos. Así se expresa, entre otros, la Exposición de Motivos que acompaña la *Propuesta de Código civil* realizada por la Asociación de Profesores de Derecho civil, Tecnos, Madrid, 2018, pp. 104 y 105.

4 Declaración de los Derechos del Retrasado Mental, Adoptada por la Asamblea General de la ONU, Resolución 2856 (XXVI), de 20 de diciembre de 1971. Declaración de los Derechos de los Impedidos, adoptada por la Asamblea General de la ONU, en Resolución 3447 (XXX), de 9 de diciembre de 1975.

que la cualidad más destacada resulta ser la abolición de cualquier suerte de discriminación basada en la discapacidad, por cuanto redundaría, no tanto en la titularidad de los derechos, sino en el ejercicio efectivo de los mismos por todos los sujetos.

En concreto, por lo que a la capacidad jurídica se refiere, de acuerdo con el mandato de la Convención, los Estados deberán reconocer “que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás en todos los aspectos de la vida”, por consiguiente, y a la luz de la norma transcrita, la presencia de la discapacidad en una persona nunca debe sustentar un proceso judicial de modificación de su capacidad, pues ello conformaría un supuesto de discriminación por discapacidad. El proceso judicial, en su caso, podrá servir para la determinación de cuáles sean las medidas de apoyo más adecuadas para cada sujeto, sin que las mismas puedan suponer la sustitución o representación de la capacidad, pues se trata de un valor inherente de la persona, el libre ejercicio de su autonomía, la libre manifestación de su voluntad, como desarrollo básico de su personalidad. Solo la persona con discapacidad, como el resto de los individuos, es la titular de su capacidad jurídica y la legitimada para ejercerla.

En este sentido, en el Preámbulo de la Convención se detalla como los Estados partes están llamados a reconocer y eliminar *la discriminación contra cualquier persona por razón de su discapacidad* pues no hacerlo constituiría *una vulneración de la dignidad y el valor inherentes del ser humano*. Especial importancia *para las personas con discapacidad reviste su autonomía e independencia individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones* de ahí el propósito marcado por la Convención en el artículo primero de *asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad* siendo un principio general, conforme al artículo 3, el respeto a *la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas*, de ahí que el artículo 4 obligue a España, como Estado Parte, a *asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad*.

Pero, por si aún cabía alguna duda, el artículo 12 de la Convención, sobre *Igual reconocimiento como persona ante la Ley*, lo expresa con total claridad, en particular en los textos del artículo que hemos destacado en cursiva:

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.

A la vista de estos textos queda más que justificado el proceso legislativo recientemente iniciado por el Estado español que abre la vía a una reforma de su ordenamiento, fundamentalmente del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento civil⁵, y que debería habilitar el efectivo cumplimiento de las obligaciones impuestas por la Convención:

5 El Proyecto de Ley prevé la reforma de diversas normas: artículo primero, reforma de la Ley del Notariado, artículo segundo, reforma del Código civil, artículo tercero, reforma de la Ley Hipotecaria, artículo cuarto, reforma de la Ley de Enjuiciamiento civil, artículo quinto, reforma de la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, y de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, artículo sexto, reforma de la Ley del Registro Civil y artículo séptimo, reforma de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria. Por Disposición Final primera se proyecta la modificación del Código Penal, Ley Orgánica 10/1995, relativa a la responsabilidad civil derivada del ilícito penal cuando esta responsabilidad se refiera a persona distinta del autor del hecho delictivo.

Primero: Habrá de proporcionar a las personas con discapacidad todo el “apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica”, al tiempo que, a organizar la salvaguardia sobre las medidas de apoyo para evitar situaciones de abuso, tales como las derivadas del conflicto de intereses o de la influencia indebida...para que siempre “se respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona” con discapacidad.

Segundo: De la misma manera, deberá adoptar medidas que velen “por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria”.

2. El necesario tránsito de conceptos: de la capacidad modificada judicialmente a la persona con discapacidad

La aprobación de la Ley 41/2003⁶ supuso, entre otras novedades, la referencia expresa en el texto del Código civil⁷ a la figura de la *discapacidad*, en concreto, a las *personas con discapacidad* y a los *discapacitados* en virtud de una resolución administrativa o judicial. Por lo que esta figura convive hoy en el Código con la *incapacitación*, o la *capacidad modificada judicialmente*, pero haciendo alusión a conceptos jurídicos diferentes, a los que se les confiere, por consiguiente, consecuencias jurídicas también diferentes. Esta cuestión, como luego veremos, constituye uno de los puntos claves a los que atiende el Proyecto de Ley⁸ para su reforma.

Como ejemplo que ilustre la situación en el Derecho actualmente vigente, la Exposición de Motivos de la Ley 41/2003 aclara sobre el patrimonio protegido que:

Beneficiarios de este patrimonio pueden ser, exclusivamente, las personas con discapacidad afectadas por unos determinados grados de minusvalía, y ello con independencia de que concurran o no en ellas las causas de incapacitación judicial contempladas en el artículo 200 del Código Civil y de que, concurriendo, tales personas hayan

6 Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad (BOE núm. 277, de 19 de noviembre de 2003).

7 Real Decreto 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código civil, Gaceta de Madrid núm. 206, de 25 de julio de 1889, en adelante C.c.

8 [http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERLST&BASE=pu14&DOCS=1-1&DOCORDER=LIFO&QUERY=%28BOCG-14-A-27-1.CODI.%29#\(P%C3%A1gina1\)](http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERLST&BASE=pu14&DOCS=1-1&DOCORDER=LIFO&QUERY=%28BOCG-14-A-27-1.CODI.%29#(P%C3%A1gina1))

sido o no judicialmente incapacitadas”. Asimismo, en el caso de las modificaciones a la legítima “Se permite que el testador pueda gravar con una sustitución fideicomisaria la legítima estricta, pero sólo cuando ello beneficiare a un hijo o descendiente judicialmente incapacitado. En este caso, a diferencia de otros regulados en la ley, como se aclara a través de una nueva disposición adicional del Código Civil, se exige que concurra la incapacitación judicial del beneficiado, y no la minusvalía de éste en el grado establecido en el artículo 2.2 de la ley.

Como se ha dicho, esta referencia expresa al término discapacidad en el Código civil se inicia con la Ley 41/2003, materializada en la redacción de los artículos 756, 822 y 1041⁹ en su versión más próxima al Derecho administrativo, relacionada con el procedimiento para determinar el grado de discapacidad¹⁰. Más tarde, la Ley 26/2015¹¹, de acuerdo con lo previsto en los artículos 172 bis y 173 C.c., hace alusión a la discapacidad, aunque en la esfera de la protección de los menores, en este caso, de los menores con discapacidad. Por último, la Ley 4/2017¹², en la redacción dada al párrafo segundo del artículo 56 C.c. es la que hace, nuevamente, referencia a las personas con discapacidad¹³, sin embargo, esta mención a la discapacidad entronca con una corriente anterior al año 2003, tendente a otorgar desde el C.c. una especial protección

9 Disposición Adicional Cuarta del Código civil “La referencia que a personas con discapacidad se realiza en los artículos 756, 822 y 1041, se entenderá hecha al concepto definido en la 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 con esta finalidad.”

10 Art. 2 Ley 41/2003 “2. A los efectos de esta ley únicamente tendrán la consideración de personas con discapacidad:

- a) Las afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33 por ciento.
- b) Las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por ciento.

3. El grado de minusvalía se acreditará mediante certificado expedido conforme a lo establecido reglamentariamente o por resolución judicial firme.”

11 Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, BOE núm. 180, de 29 de julio de 2015.

12 Ley 4/2017, de 28 de junio, de modificación de Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, BOE núm. 154, de 29 de junio de 2017.

13 Esta modificación está pendiente de su entrada en vigor a la espera de que, de forma completa, lo haga la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, BOE núm. 175 de 22 de julio de 2011. De acuerdo con la última de las prórrogas, su definitiva entrada en vigor se prevé para 30 de abril de 2021, de acuerdo con lo resuelto en la Disposición Final Segunda del Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia.

a las personas que padecen una dolencia física, psíquica o sensorial, con independencia de su constatación por resolución administrativa o judicial, y sin que exista una sentencia que modifique la capacidad de obrar. De donde se deduce que la referencia al concepto discapacidad también puede representar distintas acepciones de consecuencias jurídicas, también, dispares entre sí.

En el marco del presente trabajo resulta relevante hacer hincapié en el hecho de que, a día de hoy, la citada dualidad entre discapacidad (en cualquiera de sus versiones) y capacidad modificada judicialmente (total o parcial) permanece vigente en el Código civil, a la espera de que el Proyecto de Ley¹⁴ actualmente en curso ponga fin a esta situación, haciendo referencia únicamente a las personas con discapacidad, cambio que además de terminológico implica un cambio de fondo¹⁵, cual es que todas las personas disfrutan de plena capacidad jurídica, lo que supone desterrar, definitivamente, cualquier fórmula de discriminación por razón de su discapacidad. Todo ello, como ya se ha dicho, como consecuencia de la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, norma de carácter interno y vinculante¹⁶ desde su ratificación por España en el año 2008¹⁷ y que necesariamente marca el rumbo del nuevo, pero tardío, Proyecto de Ley.

Como ya se apuntara, la atenta lectura de la Convención no puede más que

14 [http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VE RLST&BASE=pu14&DOCS=1-1&DOCORDER=LIFO&QUERY=%28BOCG-14-A-27-1.CODI.%29#\(P%C3%A1gina1\)](http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VE RLST&BASE=pu14&DOCS=1-1&DOCORDER=LIFO&QUERY=%28BOCG-14-A-27-1.CODI.%29#(P%C3%A1gina1))

15 Como expresamente aclara la Exposición de Motivos que acompaña al Proyecto de Ley “No se trata, pues, de un mero cambio de terminología que relegue los términos tradicionales de «incapacidad» e «incapacitación» por otros más precisos y respetuosos, sino de un nuevo y más acertado enfoque de la realidad, que advierta algo que ha pasado durante mucho tiempo desapercibido: que las personas con discapacidad son titulares del derecho a la toma de sus propias decisiones, derecho que ha de ser respetado; se trata, por tanto, de una cuestión de derechos humanos. Y es que muchas limitaciones vinculadas tradicionalmente a la discapacidad no han procedido de las personas afectadas por ella, sino de su entorno: barreras físicas, comunicacionales, cognitivas, actitudinales y jurídicas que han cercenado sus derechos y la posibilidad de su ejercicio”.

16 *Vid.* artículo 96.1 de la Constitución Española y artículo 45 de la Convención, además de lo previsto en el artículo 5.1 C.c. y en la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, BOE núm. 288, de 28 de noviembre de 2014.

17 Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, BOE núm. 96, de 21 de abril de 2008.

llevarnos a la conclusión de que el Código civil lleva años necesitado de una reforma que transforme sus actuales previsiones relativas a la capacidad para actuar de los mayores de edad¹⁸. Nueva redacción donde ya no habrá cabida para diferenciar entre quienes disfrutan de la capacidad de obrar y quienes solo lo hacen de manera parcial o se han visto plenamente privados de ella, siendo solo titulares de los derechos, pero no del poder de ejercitarlos. Conforme a lo previsto por la Convención, el padecimiento de una discapacidad no puede convertirse en un elemento diferenciador entre los sujetos mayores de edad que lleve aparejado para la persona con discapacidad la eliminación o restricción de los derechos que le son inherentes, entre ellos, el poder de decidir, que tan directamente incide en el libre desarrollo de su personalidad.

Ahora bien, en el contexto de todas estas afirmaciones no podemos olvidar dos cuestiones igualmente valiosas, relacionadas con la necesidad de que los ordenamientos jurídicos se transformen y se doten, uno, de medidas efectivas de apoyo para la toma de decisiones por las personas con discapacidad y, dos, de los mecanismos de protección de la persona con discapacidad y de su patrimonio por los daños acontecidos “de manera arbitraria” en el ejercicio de su capacidad jurídica. Tan importante resulta el reconocimiento del derecho al efectivo ejercicio de su capacidad, como la consiguiente implementación de las medidas de apoyo, y la incorporación en el mercado de los mecanismos de protección necesarios ante *daños arbitrarios*. Sirva esta advertencia de llamada de atención sobre los representantes del poder legislativo que actualmente están tramitando la futura Ley que habrá de dar respuesta a la capacidad jurídica y a su ejercicio.

18 Para GANZANMÜLLER ROIG, Carlos, “Grandes cuestiones pendientes en el ordenamiento español para acompasarse a los mandatos de la Convención. Acceso a la justicia”, en ALCAÍN MARTÍNEZ, Esperanza (Dir.), *La Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad. De los derechos a los hechos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015 “Ello implica que si halláramos en el Ordenamiento jurídico español alguna norma contradictoria con el contenido de los derechos constitucionales tal y como resulta de su interpretación conforme a la Convención, estaríamos ante una norma inconstitucional y con mayor contundencia, si cabe, cuando se trata de textos internacionales “especializados” que tutelan derechos específicos y protegen a categorías específicas de personas. Además, los valores propugnados en la Convención coinciden plenamente con nuestros derechos fundamentales como son: el derecho a la dignidad (Art. 10 CE), a la vida y a la integridad física y moral (Art. 15 CE), a la libertad (Art. 16 y 17 CE y concordantes en su específico desarrollo), y a la tutela judicial efectiva (Art. 24 CE).” http://www.fderechoydiscapacidad.es/wp-content/uploads/2016/12/Derechos_a_hechos.pdf

Desde nuestro ordenamiento jurídico se ha seguido un proceso constante de adaptación de sus normas en la búsqueda del mayor desarrollo y protección de las personas con discapacidad (con la capacidad modificada judicialmente o no, reconocida su discapacidad o no) por cuanto constituyen un grupo vulnerable¹⁹. Esta evolución legislativa, bien puede explicarse, tal y como el Preámbulo de la Convención sostiene, porque la discapacidad se entiende como un concepto en constante evolución en atención a su interacción con la percepción que sobre ella tiene la sociedad y los avances y los medios que en cada momento se ponen a su disposición.

A este proceso de cambio ha contribuido, también, de manera muy destacada, la actuación de jueces y tribunales en su tarea de interpretación e integración de las normas²⁰, además de las aportaciones realizadas por la doctrina y por diferentes asociaciones de afectados con discapacidad y sus familiares... Pese a todo, nada de esto puede suplir la inactividad del legislador que con más de una década de retraso ha puesto en marcha la reforma, entre otros,

19 Si tomamos como referencia la primera redacción del Código civil de 1889, se puede constatar el número de modificaciones producidas en materia de capacidad hasta nuestros días.

Con carácter previo a la aprobación de la Constitución Española cabe destacar: Ley de 13 de diciembre de 1943 (BOE de 15 de diciembre de 1943); Ley de 24 de abril de 1958 (BOE núm. 99, de 25 de abril de 1958); Ley 14/1975 (BOE núm. 107, de 05 de mayo de 1975) y Real Decreto-Ley 33/1978 (BOE núm. 275, de 17 de noviembre de 1978).

Con posterioridad a la Constitución, pero previo a la publicación en 2008, en el BOE del Instrumento de Ratificación del Convenio de Nueva York de 2006, conviene destacar la Ley 11/1981 (BOE núm. 119, de 19/05/1981); Ley 13/1983 (BOE núm. 256, de 26 de octubre 1983); Ley 21/1987 (BOE núm. 275, de 17 de noviembre 1987); LO 1/1996 (BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996); Ley 1/2000 (BOE núm. 8, de 10 de enero de 2000); Ley 41/2003 (BOE núm. 277, de 19 de noviembre de 2003); Ley 54/2007 (BOE núm. 312, de 29 de diciembre de 2007).

Por último, y con posterioridad a la entrada en vigor del Convenio, se han aprobado, entre otras, la Ley 1/2009 (BOE núm. 73, de 26 de marzo de 2009); Ley 26/2011 (BOE núm. 184, de 02 de agosto de 2011); Real Decreto 1276/2011 (BOE núm. 224, de 17 de septiembre de 2011); Real Decreto 1/2013 (BOE núm. 289, de 29 de noviembre de 2013); LO 1/2015 (BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015); Ley 15/2015 (BOE núm. 158, de 03 de julio de 2015); Ley 26/2015 (BOE núm. 180, de 28 de julio de 2015); Ley 4/2017 (BOE núm. 216, de 08 de septiembre de 2017); LO 1/2017 (BOE núm. 303, de 13 de diciembre de 2017); LO 2/2018 (BOE núm. 294, de 06 de diciembre de 2018).

20 Un claro ejemplo de lo afirmado es la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2009, Ponente: Excm. Sra. Doña Encarnación Roca i Trías.

del cuerpo del Código civil en la línea de observar lo ordenado por el artículo 12 de la Convención.

Resulta difícil justificar esta prolongada demora²¹, dado el carácter prioritario de los intereses en juego²², máxime cuando la Disposición adicional séptima de la Ley 26/2011²³ daba al Gobierno el plazo de un año para que a partir de la entrada en vigor de esta Ley remitiera

a las Cortes Generales un proyecto de ley de adaptación normativa del ordenamiento jurídico para dar cumplimiento al artículo 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en lo relativo al ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones que las demás en todos los aspectos de la vida. Dicho proyecto de ley establecerá las modificaciones necesarias en el proceso judicial de determinación de apoyos para la toma libre de decisiones de las personas con discapacidad que los precisen²⁴.

La Ley referida entró en vigor el 3 de agosto de 2011, y desde entonces hasta el actual Proyecto de Ley en curso ningún otro texto sobre el particular ha sido presentado por el Gobierno a la Mesa del Congreso, lo más parecido al cumplimiento de este mandato, pudiera ser, pero en modo alguno lo es, la elaboración del Anteproyecto titulado Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad publicado en

21 El propio Defensor del Pueblo español, ante el Comité sobre Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas, en la primavera de 2017, manifestó lo incomprensible que le resultaba este retraso y la insistencia del Gobierno por desatender las recomendaciones del Comité desde 2011, además del incumplimiento de lo previsto en la Ley 26/2011. Como único aspecto positivo, resaltó la labor del poder judicial, que en sus resoluciones se esfuerza por interpretar los mandatos del Código civil a la luz de los derechos de las personas con discapacidad previstos en la Convención. https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2fCRPD%2fIFR%2fESP%2f34071&Lang=es

22 Que de acuerdo con la Constitución Española forman parte *De los principios rectores de la política social y económica*.

23 Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, BOE núm. 184, de 2 de agosto de 2011.

24 Ya en el apartado 62 del Informe del Estado Español, de 3 de mayo de 2010, entregado al Comité sobre Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas sobre la aplicación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, se anunciaba que se estaba trabajando en la redacción de un anteproyecto de ley que modificara los Títulos IX y X del Libro I del Código civil y el Capítulo II del Título I del Libro IV de la LEC.

el Portal del Ministerio de Justicia²⁵ con fecha 21 de septiembre de 2018. La finalización de la XII Legislatura dio al traste con las expectativas despertadas por este Anteproyecto. Nada pudo conseguirse en la fallida XIII Legislatura. Ha sido en la XIV Legislatura, y casi de manera sorpresiva, después de superado el Estado de Alarma decretado por la Covid 19, cuando se ha presentado para su tramitación un Proyecto de Ley²⁶, sobre la base de un Anteproyecto de Ley aprobado por el Consejo de Ministros el 3 de julio de 2020²⁷. El contenido del Anteproyecto de julio de 2020, aunque con toques que le confieren cierta identidad, es un claro heredero del Anteproyecto publicado en septiembre de 2018. Texto que, sin perjuicio de los cambios que puedan acontecerle en su tramitación parlamentaria como Proyecto de Ley, previsiblemente marca las directrices de la norma que finalmente se apruebe.

A nuestro entender, y volviendo sobre las disposiciones ya referidas de la Convención, la nueva norma que apruebe el Parlamento español debería dar respuesta a los siguientes mandatos:

- “Todas” las personas ostentan idénticos derechos, en condiciones de “igualdad”, tanto en lo relativo a su titularidad como al goce pleno de los mismos, de forma particular para el caso de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (arts. 1 y 4.1).

- El necesario respeto al derecho a la dignidad inherente al individuo, a su autonomía individual, incluye “la libertad de tomar las propias decisiones” (art. 3).

- “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” (art. 12).

- No es posible incorporar medidas que establezcan diferencias en la capacidad jurídica en cuanto a la titularidad y al ejercicio de los derechos en atención a la discapacidad, de ser así, se trataría de un acto de discriminación por motivos de discapacidad (art.5).

25 En adelante Anteproyecto de 2018. https://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292429192410?blobheader=application%2Fpdf&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DAPL__por_la_que_se_reforma_la_legislacion_civil_y_procesal_en_materia_de_discapacidad.PDF

26 [http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VE RLST&BASE=pu14&DOCS=1-1&DOCORDER=LIFO&QUERY=%28BOCG-14-A-27-1.CODI.%29#\(P%C3%A1gina1\)](http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VE RLST&BASE=pu14&DOCS=1-1&DOCORDER=LIFO&QUERY=%28BOCG-14-A-27-1.CODI.%29#(P%C3%A1gina1))

27 En adelante Anteproyecto de 2020. <https://ficheros.mjusticia.gob.es/APL%20por%20la%20que%20se%20reforma%20la%20legislaci%C3%B3n%20civil%20y%20procesal%20apoyo%20personas%20discapacidad.pdf>

– La discriminación por motivos de discapacidad consiste en “cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo” (art. 2).

De manera sintética esto es lo que recoge la Convención sobre la titularidad y ejercicio de los derechos, entre otros, el que nos compete, la capacidad jurídica. Por consiguiente, ante la imposibilidad de poder establecer diferencias en orden a la discapacidad, resulta inadecuado, en nuestra opinión, seguir manteniendo un sistema como el nuestro, en el que de acuerdo con el Código civil se posibilita la modificación judicial de la capacidad de un mayor de edad, sobre la base de un determinado tipo de padecimiento. Con estos mimbres, deviene innecesario seguir amparando desde el ordenamiento jurídico la distinción capacidad jurídica, capacidad de obrar²⁸. Obsérvese que la Convención menciona únicamente la capacidad jurídica²⁹, de la que, como

28 Así parece considerarlo el Dictamen del Consejo de Estado al Anteproyecto de 2020: “La adaptación del Derecho civil al artículo 12 de la Convención implica la desaparición del estado civil de incapacitado y la superación de las tradicionales diferencias entre capacidad jurídica y capacidad de obrar en relación con los incapacitados, la reserva de la tutela para la minoría de edad y una nueva regulación de las medidas de apoyo de las personas con discapacidad, con la que se dota de una nueva configuración a la institución de la curatela” <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2019-34>

29 CUENCA GÓMEZ, Patricia, “El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad: principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española”, *REDUR*, núm. 10, 2012, pp. 61 a 94, esp. p. 73 “En este punto, conviene aclarar que el artículo 12.2 engloba, tal y como se ha defendido desde diversos ámbitos con argumentos convincentes, tanto la capacidad jurídica como la capacidad de obrar”. En la misma línea, PALACIOS, Agustina, *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, CERMI, Madrid, 2008. Después de describir con enorme precisión todo el proceso hasta la definitiva aprobación del artículo 12 y su articulación desde el modelo social (pp. 418 y ss.) concluye, en la página 462 “parece que finalmente el texto ha quedado redactado de manera afín al modelo de asistencia en la toma de decisiones, y utilizado el término capacidad jurídica en un sentido amplio, comprensivo tanto de la capacidad de goce de derechos como de ejercicio de los mismos”. También, ASÍS, Rafael de, “La Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad como marco de interpretación de los derechos

hemos dicho, disfrutan de forma plena todas las personas, de manera que solo cabe establecer restricciones a su ejercicio, cuando éstas son comunes a todos los individuos, sin que encuentren como base la discapacidad.

De ahí que podamos seguir hablando del incapaz, en cuanto a menor de edad, y del capaz en cuanto a mayor de edad, pues el paso del estado de incapaz al de capaz lo determina un hecho objetivo, e igual para todos, haber cumplido 18 años³⁰.

Otros ejemplos sería la prodigalidad, siempre que la futura regulación la prevea como una situación judicial que se adopte con base en la conducta económica desordenada del individuo, que daña su patrimonio hasta poner en peligro el derecho de alimentos de los parientes más próximos, y ello, sin

fundamentales de la Constitución española”, en PÉREZ BUENO, Luis Cayo y LORENZO, Rafael de (Dirs.), *La Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad 2006/2016: Una década de vigencia*, Cinca, Madrid, 2016, pp. 129 a 148, esp. p. 144. “La Convención, en su artículo 12, proclama la igual capacidad jurídica de todas las personas, rechazando en línea de principio la diferenciación entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, que es uno de los pilares del Derecho civil moderno. El traslado de lo dispuesto en la Convención a nuestro Ordenamiento exige modificar así este pilar, y esto es algo que, además de voluntad, requiere tiempo”.

No parece compartir la misma opinión ÁLVAREZ LATA, Natalia y SEOANE, José Antonio, “El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad. Una revisión de los modelos de representación y guarda a la luz de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad”, *Revista Derecho Privado y Constitución*, núm. 24, 2010, pp. 11 a 66, esp. p. 23. O de manera monográfica, PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, Carmen, “La Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad y el sistema español de modificación de la capacidad de obrar”, *op. cit.*, pp. 335-368. SÁNCHEZ-VENTURA MORER, Inés, “Reflexión acerca una posible compatibilidad entre los mecanismos sustitutivos de la capacidad de obrar y el Art. 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, ALCAÍN, MARTÍNEZ, Esperanza (Dir.), *La Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad. De los derechos a los hechos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

30 Cabe añadir que, también, esta diferencia es cada vez más cuestionada, de manera que se tiende a atender a la capacidad natural del individuo, incluso si es menor de edad. Artículo 9.bis.1. de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. “Deberes de los menores. Los menores, de acuerdo a su edad y madurez, deberán asumir y cumplir los deberes, obligaciones y responsabilidades inherentes o consecuentes a la titularidad y al ejercicio de los derechos que tienen reconocidos en todos los ámbitos de la vida, tanto familiar, escolar como social”. Este nuevo planteamiento se desprende claramente de la lectura del artículo 162-2 de la Propuesta de la Asociación de Profesores de Derecho civil, año 2018.

que a lo largo del procedimiento judicial se vincule con una discapacidad. O las medidas que se adopten en orden al ejercicio de la capacidad jurídica del deudor en el concurso de acreedores...

Lo que ya no parece adecuado, y parece haberlo entendido el Proyecto de legislación, es seguir manteniendo en nuestro ordenamiento el procedimiento judicial sobre la capacidad de las personas, o de modificación de la capacidad, anteriormente conocido como incapacitación, por lo que significa de negación o limitación de la capacidad sobre la única base del tipo de discapacidad que se padezca. En definitiva, supone la restricción de la voluntad, de la autonomía de la persona por razón de su discapacidad. En consecuencia, ya solo serían posibles los procesos para dotar a las personas con discapacidad de las medidas judiciales de apoyo, pero nunca para negarle o restringirle su capacidad jurídica.

Lógicamente, no habría inconveniente en adoptar medidas diferentes para las personas con discapacidad, siempre que éstas busquen potenciar el disfrute de los derechos fundamentales y las libertades públicas, pero nunca excluyéndolos de la capacidad. Así el artículo 5.4 aclara que “No se considerarán discriminatorias, en virtud de la presente Convención, las medidas específicas que sean necesarias para acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad”. Esto nos permite afrontar el siguiente aspecto, el que se refiere a la necesidad de implementar medidas que busquen hacer efectiva la igualdad de derechos cuando el tipo de discapacidad afecta directamente al goce o ejercicio de los mismos.

– Es propósito de la Convención “promover, proteger y asegurar” el pleno disfrute de los derechos por todos, sin discriminación por motivo de la discapacidad (arts. 1 y 4).

– Para ello deberán adoptarse todas las medidas que fueran pertinentes para la realización de “ajustes razonables” (arts. 2 y 5).

– Son ajustes razonables “las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieren en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales” (art. 2).

– En lo que se refiere al ejercicio de la capacidad jurídica, reconocida en igualdad de condiciones para todos, se proveerá al discapacitado de las medidas de apoyo que pudiera necesitar (art. 12).

– En la misma línea de protección de los discapacitados, y en cuanto a sus

actuaciones, incluso cuando actúan provistos de las pertinentes medidas de apoyo, será preciso proveer mecanismos de salvaguardia adecuados que impidan abusos y posibiliten vías de control (art. 12).

Por consiguiente, cabrían destacar dos ideas fundamentales en su conexión con el que debiera ser el futuro tratamiento de la materia en el Código civil y a las que el texto definitivo que se apruebe tras la tramitación del Proyecto de Ley ahora en el Congreso debe necesariamente ajustarse. En primer lugar, deberán regularse medidas de apoyo que cumplan con las expectativas manifestadas en la Convención, esto es, que permitan y faciliten el ejercicio efectivo de los derechos por las propias personas con discapacidad, sin que se fundamenten en mecanismos de sustitución o representación. En segundo lugar, y sin perjuicio de lo anterior, deberá proveerse un sistema de salvaguardia que proteja a la persona con discapacidad en sus actuaciones, en todos los campos de la vida, evitando o desactivando el aprovechamiento o la generación de perjuicios indebidos por parte de quienes le prestan apoyo³¹ y, también, frente a terceros ajenos con los que interactúen.

Y todo ello pasa, como hemos visto, por un cambio que trascienda, con creces, lo meramente terminológico, el cambio de concepto: de persona con la capacidad modificada judicialmente a persona con discapacidad ¿cumplirá con estas expectativas la nueva Ley prevista para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica?

3. Persona con discapacidad: falta de homogeneidad en el supuesto

El reto planteado al legislador es altamente ambicioso, por cuanto lo es

³¹ “Algunos planteamientos conciben estas salvaguardas como medidas para el ejercicio de la capacidad jurídica diferentes y más fuertes que los apoyos, lo que podría abrir la puerta al modelo de sustitución, tal y como se manejó en versiones anteriores de esta disposición. Sin embargo, a tenor de la redacción final del art. 12 y de acuerdo con el espíritu general de la CDPD, debe entenderse que las salvaguardas se proyectan sobre los mecanismos de apoyo, orientándose a evitar los abusos. Las salvaguardas no deben ser contempladas como elementos orientados a regularizar y a racionalizar el modelo de sustitución, sino que su papel es, precisamente, evitar que los mecanismos de apoyo se conviertan en mecanismos de sustitución...” CUENCA GÓMEZ, Patricia, “El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad: principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española”, *op. cit.*, p. 76.

el objetivo marcado por la Convención: asegurar el disfrute de la capacidad jurídica a todas las personas, en igualdad de condiciones, articulando una estructura jurídica efectiva de apoyos y de salvaguardias para las personas con discapacidad. Es una opinión muy extendida la que expresa que el efectivo cumplimiento de los mandatos de la Convención, en concreto lo que al artículo 12 se refiere, supone un cambio de paradigma³² que precisa de una revisión en profundidad de los esquemas establecidos. Por lo que ya no puede mantenerse la visión de la discapacidad como una limitación que presente la persona (modelo médico), antes bien hay que entenderla como una limitación de la sociedad³³ que no es capaz de proveerse de las medidas suficientes que posibiliten superar las dificultades que en cada momento puedan afectar a un individuo (modelo social). Según esta visión, el enfoque de la discapacidad no se debe ubicar, por consiguiente, en el sujeto, sino en la propia incapacidad de los Poderes Públicos de ofrecer los mecanismos adecuados para garantizar una vida en condiciones de igualdad e integración de todos sus ciudadanos, padezcan, o no, una discapacidad, y sea esta: física, psíquica o sensorial³⁴. Las nuevas tendencias, a la luz del texto de la Conven-

32 Por todos, CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, José Luis, *El artículo 12 de la Convención de Derechos de personas con discapacidad*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2019, esp. pp. 18, 151...

33 LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, Isidoro, “Comparecencia de una persona con discapacidad ante el Notario” *Anuario Iberoamericano de Derecho notarial*, núm. 4-5, años 2015-2016, pp. 43 a 122, esp. p. 48. “O sea, el problema lo tendría la sociedad, que debe poner medios necesarios para que la persona con discapacidad puede integrarse, no siendo, por tanto el problema del propio discapaz.”

34 PALACIOS, Agustina, *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, op. cit., pp. 471 y 472, define en qué consiste el modelo social “Un tercer modelo que puede ser identificado es el denominado social. Desde este paradigma se considera que las causas que dan origen a la discapacidad [...] son preponderantemente sociales. Se parte de la premisa de que la discapacidad es una construcción y un modo de opresión social, y el resultado de una sociedad que no considera ni tiene presente a las personas con discapacidad. Así, se entiende que no son las limitaciones individuales las raíces del problema, sino las limitaciones de la sociedad para asegurar adecuadamente que las necesidades de todas las personas —incluyendo quienes tengan una discapacidad— sean tenidas en cuenta dentro de la organización social. Asimismo, desde este modelo se insiste en que las personas con discapacidad pueden contribuir a las necesidades sociales en la misma medida que el resto de personas, siempre que se eliminen los obstáculos contruidos por la misma sociedad.”

ción, parecen haber abrazado el modelo social y abandonado por completo el modelo médico.

Ante esta situación, hay quienes revelan sus dudas, pues entienden que la respuesta no puede hallarse siempre en el enfoque social, de ser así, nos conduciría a negar la existencia de una enorme diversidad de situaciones bajo la común denominación de “personas con discapacidad”. Como las situaciones son muchas y muy diversas, no podemos pensar que la solución pueda ser siempre la misma, pues de aceptar una única solución, el modelo social, nos conduciría a negar la existencia de personas con discapacidad a las que, por la simple vía de la adaptación social, resulta altamente complejo, por no decir imposible, conseguir superar la barrera que plantea determinadas afectaciones sobre su capacidad volitiva, cuando esta está gravemente afectada³⁵. Frente a la contraposición modelo médico, modelo social surge un tercer modelo, el modelo de la diversidad³⁶.

Desde nuestro punto de vista la Convención plantea un primer reto, muy desconcertante, y que entendemos dificulta en gran medida la tarea propuesta al legislador, pues, como ya se ha dicho, lo que denominamos de una forma uniformemente bajo la rúbrica *persona con discapacidad*, encierra una

35 ÁLVAREZ LATA, Natalia y SEOANE, José Antonio, “El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad. Una revisión de los modelos de representación y guarda a la luz de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad”, *op. cit.*, p. 15, critican el efecto negativo que produce el paso de abandonar por completo el sistema médico y adoptar el sistema social “La repercusión política del modelo social no debe ocultar la existencia de factores criticables en su propuesta. Su omisión de las causas médicas u orgánicas de la discapacidad y su reducción a los factores sociales resulta contraintuitiva y deforma la realidad. Además, la radicalización y la politización del modelo han empobrecido su versión inicial, generando dificultades conceptuales para la comprensión y el tratamiento integral de un fenómeno complejo como la discapacidad. Entre los aspectos cuestionables destacan la sobrevaloración de la sociedad como causa de la discapacidad y de la discriminación de las personas con discapacidad; la inadecuación del modelo social para el tratamiento de ciertos tipos de discapacidad —v.gr., motivados por deficiencias intelectuales severas—, especialmente en comparación con otros —v.gr., originados por deficiencias visuales, auditivas o físicas—; la falta de consideración de factores distintos de los sociales que también influyen en la determinación de la discapacidad, sí reconocidos por el modelo médico; y una concepción estrecha y limitada de la justicia.”

36 *Apud thema vid.* ÁLVAREZ LATA, Natalia y SEOANE, José Antonio, “El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad. Una revisión de los modelos de representación y guarda a la luz de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad”, *op. cit.*, pp. 16 y 17.

realidad absolutamente heterogénea. El propio Preámbulo de la Convención reconoce que es necesario tener en cuenta “la diversidad de las personas con discapacidad”. De acuerdo con nuestra experiencia, podríamos llegar a afirmar, que existen tantas situaciones como personas con discapacidad tomos como referente. Nunca se hace más cierta en Derecho la necesidad de atender al caso en concreto. En esta línea resulta obligado incorporar mecanismos de adaptación diferenciados, singularizados y revisables para cada supuesto en cada momento. Pero, incluso con estas premisas ¿es siempre el modelo social la solución?

En ocasiones la lectura de la Convención y los logros en ella previstos (como el relativo a la capacidad jurídica y su ejercicio) pudieran inducir al lector a pensar que los modelos están orientados y se adaptan mejor a unos tipos de discapacidad que a otras, que estuvieran inspirados más en discapacidades de orden físico y sensorial y no tanto en las discapacidades de carácter intelectual. En más de una ocasión se ha puesto de manifiesto que en la redacción de la Convención no se tomó suficientemente en consideración a las asociaciones que representaban a las personas con discapacidad intelectual, frente al protagonismo concedido a los colectivos relacionados con la discapacidad física y sensorial³⁷. Pero fuera como fuese, esta percepción nada cambia el texto de la Convención y lo que ordena acerca de la capacidad jurídica (art. 12.2) de manera expresa y contundente para *todas* las personas con discapacidad, sin distinción.

37 Desde algunos sectores se ha hecho ver que en el proceso de elaboración de la Convención no todas las asociaciones de personas con discapacidad tuvieron la misma consideración, de forma expresa se manifiesta MARÍN CALERO, Carlos, “Los apoyos a la capacidad jurídica de obrar de todas las personas con discapacidad”, *op. cit.*, pp 1 a 21, esp. p. 5. “Se ha dicho que uno de los mayores méritos de la Convención es que en su redacción, desde el primer momento, se dio voz y voto a las propias personas con discapacidad, con su proclama de *nada sobre nosotros sin nosotros*. Pero eso no fue así para las personas con discapacidad intelectual; ellas no intervinieron en la redacción de la Convención ni lo están haciendo en su implantación. Lo contrario de la discapacidad intelectual, no nos engañemos, es la plena capacidad intelectual, se tenga o no otro tipo de discapacidad. Las personas con discapacidad intelectual, sin duda agradecerán que esas influentes personalidades con discapacidad física o sensorial, a las que se reconoce un indiscutible liderazgo mundial en la implantación de la Convención, ejerzan todo su poder social para conseguir la plena eficacia de la Convención, de su Convención, también respecto de todos los derechos de todas las personas con discapacidad intelectual.” [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/D5A9CCF44B32E65205257C8D00765E1E/\\$FILE/109_1_apoyos_5.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/D5A9CCF44B32E65205257C8D00765E1E/$FILE/109_1_apoyos_5.pdf)

Nadie dudaría de que lo prevenido por la Convención resulta plenamente compatible, por ejemplo, con personas que padecen una determinada discapacidad, cuando esta no afecta, en modo alguno, al desarrollo de su capacidad volitiva. En todos estos casos lo ordenado por la Convención resulta de fácil aplicación. Así si alguien carece las extremidades inferiores, por ejemplo, no está afectado para conocer, saber o entender lo que quiere o le interesa, de ahí que no necesite de ninguna medida de apoyo, lo más, si se diera el caso, podría precisar de una asistencia que le permitiera superar una hipotética barrera arquitectónica que pudiera encontrarse, *ad exemplum*, en el camino de su casa a la Notaría donde debiera firmar un acuerdo, pero su capacidad jurídica no puede más que permanecer intacta.

Otra circunstancia sería si la discapacidad, en lugar de física, fuera sensorial, por ejemplo, la persona fuera ciega, sorda, muda... En estos casos bastaría con adaptar toda la información que fuera precisa a su lengua, con el fin de que pudiera conformar su voluntad y manifestarla libre y conscientemente. Nuevamente la situación se superaría con una adecuada asistencia técnica y humana, y el mandato de la Convención quedaría a salvo.

Cuestión diferente es cuando la deficiencia, de carácter físico o psíquico, afecta a la formación de la voluntad, en el entendido que afecta a la creación de la misma, a su manifestación y a la exacta comprensión, no solo de lo que se desea o quiere, sino de las principales consecuencias que de esta actuación se derivan sobre la persona o sobre el patrimonio. En esta ocasión deberíamos distinguir diferentes supuestos³⁸: primero, si esta dificultad se puede solventar con una medida de apoyo adecuada que de acuerdo con la Convención no suponga una sustitución de la propia voluntad y deseo de la persona con discapacidad, pues es solo ella quien puede ejercitar su capacidad jurídica y decidir, no cabe la sustitución. El apoyo consistiría, *ad exemplum*, en una persona que acompañara en el proceso de formación de la voluntad y explicara de manera comprensible y adaptada a su discapacidad la relevancia del acto a celebrar y sus efectivas consecuencias, de suerte que cuando la persona lo comprenda pueda decidir libremente, ella misma, si desea o no obligarse. Esto es lo que entendemos exige la Convención, y donde no encontraríamos obstáculos.

38 RAMOS CHAPARRO, Enrique, *La persona y su capacidad civil*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 361 “En la deficiencia psíquica la incapacidad natural equivale a los grados profundo, severo y moderado”. La obra de este autor, leída con la perspectiva del paso del tiempo, casi dos décadas, evidencia los cambios producidos en el tratamiento de la capacidad de las personas con discapacidad.

La problemática es diferente en un segundo supuesto, cuando pese a la medida de apoyo la persona con una determinada discapacidad intelectual alcanza a tener claro lo que quiere y así se manifiesta con toda firmeza, sin atisbo de dudas, pero, sin embargo, no alcanza a entender lo que esa actuación significa para su persona y sus bienes, las verdaderas consecuencias de su decisión, hasta el punto que ejercita su capacidad jurídica en actuaciones que le resultan altamente perjudiciales para su persona y/o su patrimonio, todo ello a pesar de que la labor desarrollada por quien presta el apoyo sea irreproachable humana, técnica y jurídicamente. En nuestra opinión, si lo que debemos hacer es aplicar la Convención hasta sus últimas consecuencias, entendemos que, también en este caso, es la persona con discapacidad quien debe actuar, y no la persona que presta el apoyo, pues suplantaría su voluntad, y pese a que la actuación sea claramente perjudicial para quien padece la discapacidad (sin perjuicio del posible auxilio judicial que pudiera pedir). En todos estos casos, en los que no han resultado del todo efectivas las medidas de apoyo, habría que valorar las previsiones incluidas en la propia Convención, relativas al deber de protección de los intereses de las personas con discapacidad, en particular de su integridad patrimonial (art. 12.5 *in fine*). Por esta vía, entendemos, se podría implementar soluciones legales en aras a la protección de los intereses patrimoniales de las personas con discapacidad, siempre como una solución de privilegio al colectivo por cuanto favorezcan su efectiva incorporación al mercado, que podría consistir, por ejemplo, en el mantenimiento de lo actuado, pero corrigiendo los posibles abusos o perjuicios sobre el patrimonio o la persona con discapacidad (cabría reajustar el precio en una venta de un bien efectuada por una persona con discapacidad cuando se hubiera transmitido por un valor muy inferior al valor de mercado, o reincorporar al ordenamiento la figura de la rescisión por lesión, como defenderemos más adelante...).

Pero queda aún el grupo de las personas cuya afectación les impide por completo, o en un altísimo grado, y sea cual sea las medidas de apoyo adoptadas, llegar, siquiera, a formar y manifestar voluntad alguna ¿cómo se puede actuar en estas circunstancias si la Convención propugna el ejercicio de la capacidad jurídica por el propio discapacitado sin considerar, en ningún caso, la figura de la sustitución? Entendemos que es en este punto donde se encuentra la mayor dificultad para el legislador interno, y donde la mayoría de los textos se posicionan, de uno u otro modo, a favor de figuras que comprenden la sustitución, sobre la base de la especial falta de capacidad del individuo.

Esta solución difícilmente puede contentar las expectativas expresadas por la Convención, esto es, la consecución del modelo social, que excluye por completo el modelo médico.

Por compleja que nos parezca esta coyuntura, el mandato expresado en la Convención es claro, no es posible la pérdida o restricción de la capacidad jurídica del sujeto, ni su representación o sustitución, sobre la base de padecer un determinado tipo de discapacidad, pues esta es una solución discriminatoria³⁹. ¿Qué puede hacerse entonces? Casi nos queda más claro lo que no

39 “La capacidad jurídica es un derecho inherente reconocido a todas las personas, incluidas las personas con discapacidad. Como se señaló anteriormente, tiene dos facetas. La primera es la capacidad legal de ser titular de derechos y de ser reconocido como persona jurídica ante la ley. Ello puede incluir, por ejemplo, el hecho de tener una partida de nacimiento, de poder buscar asistencia médica, de estar inscrito en el registro electoral o de poder solicitar un pasaporte. La segunda es la legitimación para actuar con respecto a esos derechos y el reconocimiento de esas acciones por la ley. Este es el componente que frecuentemente se deniega o reduce en el caso de las personas con discapacidad. Por ejemplo, las leyes pueden permitir que las personas con discapacidad posean bienes, pero no siempre respetan las medidas que adopten para comprarlos o venderlos. La capacidad jurídica significa que todas las personas, incluidas las personas con discapacidad, tienen la capacidad legal y la legitimación para actuar simplemente en virtud de su condición de ser humano. Por consiguiente, para que se cumpla el derecho a la capacidad jurídica deben reconocerse las dos facetas de esta; esas dos facetas no pueden separarse. El concepto de capacidad mental es, de por sí, muy controvertido. La capacidad mental no es, como se presenta comúnmente, un fenómeno objetivo, científico y natural, sino que depende de los contextos sociales y políticos, al igual que las disciplinas, profesiones y prácticas que desempeñan un papel predominante en su evaluación. En la mayoría de los informes de los Estados partes que el Comité ha examinado hasta la fecha se mezclan los conceptos de capacidad mental y capacidad jurídica, de modo que, cuando se considera que una persona tiene una aptitud deficiente para adoptar decisiones, a menudo a causa de una discapacidad cognitiva o psicosocial, se le retira en consecuencia su capacidad jurídica para adoptar una decisión concreta. Esto se decide simplemente en función del diagnóstico de una deficiencia (criterio basado en la condición), o cuando la persona adopta una decisión que tiene consecuencias que se consideran negativas (criterio basado en los resultados), o cuando se considera que la aptitud de la persona para adoptar decisiones es deficiente (criterio funcional). El criterio funcional supone evaluar la capacidad mental y denegar la capacidad jurídica si la evaluación lo justifica. A menudo se basa en si la persona puede o no entender la naturaleza y las consecuencias de una decisión y/o en si puede utilizar o sopesar la información pertinente. Este criterio es incorrecto por dos motivos principales: a) porque se aplica en forma discriminatoria a las personas con discapacidad; y b) porque presupone que se pueda evaluar con exactitud el funcionamiento interno de la

pueden hacer los ordenamientos jurídicos, que lo que pueden hacer en estos casos.

Lo que no pueden hacer, es utilizar un procedimiento judicial para, sobre la base de la discapacidad, reducir, o privar la capacidad al sujeto, pues esto es una solución discriminatoria y contraria a la Convención. El procedimiento judicial solo puede servir como vía para dotarle de las medidas de apoyo que sean necesarias, pero nunca para restarle o negarle capacidad.

Por otro lado, no pueden establecerse medidas que suplanten por completo la capacidad y que se prolonguen de forma indefinida en el tiempo, habrá que adoptarse soluciones puntuales, para problemas concretos, con carácter temporal preciso. Dar salida, una a una, a todas las eventualidades que se presenten y no actuar de forma generalizada y duradera. En este sentido, cabe destacar la opinión expresada por el Notario MARÍN CALERO⁴⁰, sobre quien volveremos más adelante, que sostiene la imposibilidad de la vía de la incapacitación y la representación que:

En caso de una persona sin voluntad o sin una relevante, es imprescindible que intervenga la autoridad judicial, para proteger los intereses de quien no puede velar por los propios; pero ¿no debería ser una autorización individual y apropiada al caso?; y, si la protección descansa, no en la sustitución sino en la autorización individual y acompañada a cada situación concreta, ¿para qué atribuir a otro la representación legal general de la persona? [...] la supervisión judicial de actos concretos, pero sin incapacitar y sin designar representantes; quien actúa en el pretendido interés de la persona con discapacidad, actúa por sí, bajo su responsabilidad y con autorización judicial previa⁴¹.

mente humana y, cuando la persona no supera la evaluación, le niega un derecho humano fundamental, el derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley. En todos esos criterios, la discapacidad de la persona o su aptitud para adoptar decisiones se consideran motivos legítimos para negarle la capacidad jurídica y rebajar su condición como persona ante la ley. El artículo 12 no permite negar la capacidad jurídica de ese modo discriminatorio, sino que exige que se proporcione apoyo en su ejercicio". <http://www.convencion-discapacidad.es/wp-content/uploads/2019/01/Observaci%C3%B3n-1-Art%C3%ADculo-12-Capacidad-jur%C3%ADica.pdf>

40 MARÍN CALERO, Carlos, "Los apoyos a la capacidad jurídica de obrar de todas las personas con discapacidad". [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/D5A9CCF44B32E65205257C8D00765E1E/\\$FILE/109_1_apoyos_5.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/D5A9CCF44B32E65205257C8D00765E1E/$FILE/109_1_apoyos_5.pdf)

41 Según MARÍN CALERO, Carlos, "Los apoyos a la capacidad jurídica de obrar de todas las personas con discapacidad", *op. cit.*, la Convención "prohíbe –a cualquier autoridad– incapacitar a una persona mayor de edad, y anula y desactiva cualquier tutela existente. Contempla (en realidad, exige) la existencia de apoyos para tal ejercicio propio, incluso de apoyos obligatorios, pero desanuda de ellos la representación legal o la actua-

Probablemente, en la práctica diaria de muchos operadores jurídicos, por ejemplo, de los Notarios, pueda resultar frustrante no poder ofrecer otras alternativas a las personas con discapacidad intelectual severa que el inicio de un procedimiento judicial para la pérdida total de su capacidad, aun cuando estuviesen perfectamente cuidadas y atendidas por sus familias, sin que en ningún caso se hubiese puesto en peligro su persona o sus bienes, y ello porque un día, por ejemplo, se pretenda la venta de un bien que han heredado conjuntamente con otros herederos, y se precise de su consentimiento. Llegados a este punto, lo único que el Notario puede aconsejar a los familiares, en el estado actual del Derecho, es que insten un proceso de incapacitación, en el que la persona quedará plenamente despojada de su capacidad, de manera general y duradera. Resulta una desproporción, cuando lo único que se deseaba en nuestro ejemplo era vender un bien que había heredado para dar fin a una incómoda situación de condominio⁴², pero ni su persona ni sus bienes se habían visto en peligro en ningún momento⁴³.

La dificultad de encontrar en el marco de la Convención una mejor solución para las personas con discapacidad intelectual severa deja, como única salida posible, acudir al juez para que adopte medidas puntuales para cada

ción sustitutiva de la persona con discapacidad”. [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cen-docbib/con4_uibd.nsf/D5A9CCF44B32E65205257C8D00765E1E/\\$FILE/109_1_apoyos_5.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cen-docbib/con4_uibd.nsf/D5A9CCF44B32E65205257C8D00765E1E/$FILE/109_1_apoyos_5.pdf)

42 CABELLO DE ALBA, Federico, “Alternativa desde el punto de vista notarial a la incapacitación a la luz de la Convención”, en ALCAÍN, MARTÍNEZ, Esperanza (Dir.), *La Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad. De los derechos a los hechos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 85. “Se trata, en primer lugar, de instituciones cuya puesta en marcha y aplicación requiere la previa incapacitación de la persona. En ningún caso se prevé que una persona que no haya sido privada de su capacidad de obrar pueda beneficiarse de la función tuitiva que están llamadas a desempeñar estas instituciones. De ello resulta que la persona con discapacidad que requiera el apoyo o asistencia que preconiza la Convención como medio para el ejercicio de su capacidad jurídica, necesariamente ha de verse previamente privado de ella. En la práctica, cuando una persona no incapacitada judicialmente pretende concluir un negocio jurídico para el que necesitaría dicha asistencia o apoyo y esta situación es detectada por un operador jurídico, generalmente el Notario, la única salida que se ofrece es que para valerse de dicha asistencia sea previamente incapacitada. Concluyendo, en vez de recibir asistencia y apoyo para el ejercicio de su capacidad, se ve privado de esa misma capacidad que se debería asistir y apoyar.” http://www.fderechoydiscapacidad.es/wp-content/uploads/2016/12/Derechos_a_hechos.pdf

43 Cabe destacar el especial protagonismo conferido a la guarda de hecho de las personas con discapacidad en el Proyecto de Ley, artículos 263 a 267.

situación concreta, si bien, esta solución se nos antoja poco operativa en algunos supuestos. Por ejemplo, cuando la persona con discapacidad que esté impedida gravemente para la toma de decisiones, un enfermo en estado de coma, tenga a su cargo una serie de compromisos jurídicos que obliguen a una frecuente y rápida intervención, no parece, entonces, que la solución más adecuada sea acudir en cada caso, y de forma singularizada, al juez.

De la atenta lectura del Dictamen⁴⁴ emitido por el Consejo de Estado al Anteproyecto de Ley parece inferirse que estos criterios tan rígidos expresados en la norma internacional se han reconsiderado y se han relativizado para el caso de las discapacidades que afectan a la capacidad jurídica de manera severa, lo que justificaría, a su parecer, una consideración favorable a la figura del curador con facultades representativas tal y como propone el Proyecto de Ley ahora en el Parlamento,

A lo largo de estos años, tanto en su Observación General como en sus observaciones a las medidas estatales de aplicación del artículo 12 de la Convención, se ha generado una sólida doctrina sobre el alcance del precepto que ha permitido mejorar su comprensión y que ha de ser tenida en cuenta para valorar si el proyecto sometido a consulta puede considerarse conforme a las exigencias de dicho artículo 12, cuyo contenido, por lo demás, no es susceptible de aplicación directa (*self-executing*) sin intermediación de un desarrollo legal interno.

Sin perjuicio de la evolución y los cambios observados en el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y del Observatorio General sobre el artículo 12 de la Convención, al tiempo de reconsiderar su aplicación por los diferentes Estados, lo cierto es que el texto de la norma internacional no hace excepción alguna para el caso de las discapacidades mentales más severas. Pero no menos cierto es que, aun cuando los supuestos de afectación severa no constituyan los más numerosos dentro de la discapacidad intelectual, no por ello deben ser ignorados y dejar de ser objeto del tratamiento específico que se merecen. Es precisamente el silencio de la Convención lo que fuerza al planteamiento por los ordenamientos estatales de sus propias soluciones, así sucede en el Proyecto de Ley actualmente en tramitación, y la figura prevista del curador con facultades representativas (artículos 269 y 285 *ad exemplum*).

Esta falta de trato singularizado por la Convención a los casos de discapacidad mental severa es lo que nos conduce a mantener, como ya antici-

44 <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2019-34>

pábamos al comenzar este trabajo, las dudas sobre la absoluta bondad de lo resuelto por la Convención. No se interpreten nuestras palabras como una *enmienda a la totalidad* sobre la afirmación, sin ambages, con la que abríamos este estudio. Seguimos convencidos de la imposibilidad de la privación de la capacidad jurídica, inherente al sujeto, sobre la base de una determinada discapacidad, sea la que sea, y seguimos convencidos de lo inadecuado de mantener un sistema, como el nuestro, en el que para la concesión de las medidas de apoyo se precise de una resolución judicial previa de pérdida (total o parcial) de la capacidad. Porque seguimos igualmente convencidos de otra cuestión, que nuestra defensa de la Convención no proviene tanto de la creencia, sin fisuras, en sus bondades, sino del convencimiento de que es Derecho vigente, y que salvo que se cambie su redacción, no cabe más que la observancia de lo allí ordenado. De ahí, que ni el Derecho positivo, ni la práctica procesal, puedan seguir ignorándolo.

Pero ¿cómo salvar la situación de quien pese a las medidas de apoyo no puede llegar a formar su consentimiento por una discapacidad física o psíquica severa? Los modelos normativos que analizaremos más adelante defienden de manera recurrente, y la propia doctrina de manera mayoritaria, la necesidad de soluciones excepcionales que impliquen la representación o la sustitución en estos casos. Lo que no hace sino impactar frontalmente con lo previsto en la Convención y con el modelo social imperante que no prevén esa excepción.

Pero la cuestión de cómo resolver la situación de las personas afectadas por discapacidad intelectual severa es una constante que cuestiona de manera silenciosa la previsión del artículo 12.2 de la Convención.

Convencidos como estamos de que la solución no viene de la mano de un proceso judicial que niegue o disminuya la capacidad del sujeto, en ningún caso⁴⁵, igualmente estamos convencidos de que la discapacidad mental no

45 Pese a la insistencia de algún sector de la doctrina por mantener la compatibilidad del sistema de la incapacitación con los mandatos de la Convención, así PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, Carmen, “La Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad y el sistema español de modificación de la capacidad de obrar”, *op. cit.*, pp. 361-362 “no es totalmente exacto señalar que el procedimiento de incapacitación, como institución jurídica por medio de la cual se modifica la capacidad de obrar de las personas en aquellos casos en los que carezcan de capacidad de autogobierno, es opuesto a los principios establecidos en la Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con discapacidad.” p. 364 “Por tanto, admitiendo la adecuación del procedimiento de incapacitación a la Convención Internacional”.

puede ser tratada como un todo homogéneo, obviando situaciones de discapacidad especialmente graves. Estos casos no pueden servir como pretexto para extender el trato excepcional a todas las personas con discapacidad mental, la gran mayoría, con los apoyos y el control adecuado, harían cierta la previsión del modelo social impuesto por la norma internacional, pero resultaría altamente irresponsable olvidar los casos en los que no es posible la aplicación exclusiva del modelo social. Sería un acto de irresponsabilidad con las personas con discapacidad, con sus familiares y con toda la sociedad en su conjunto⁴⁶, de suerte que parecería deseable que el texto de la Convención se replanteara, o el Comité aclarara, el modo de actuación posible para estos casos más graves.

Sin perjuicio del debate planteado sobre las discapacidades mentales más severas, lo cierto es que la Convención abre un nuevo camino, que necesariamente deberá recorrer nuestro ordenamiento jurídico, sin que ningún miedo, ninguna reserva alcance a frenar esta nueva corriente. En este proceso el legislador debe saber que, en modo alguno, los cambios pueden limitarse a los preceptos que se refieren al reconocimiento de la capacidad, la onda expansiva de esta reformulación debe llegar a todos los rincones del ordenamiento, se precisa la transformación de otros muchos preceptos en otros contextos aparentemente muy dispares, así lo impone, también, el prolijo artículo 12 de la Convención. Si bien, ningún cambio normativo por sí solo, por ambicioso que resulte, podría producir los efectos deseados si no se acompaña de un esfuerzo de formación y sensibilización dirigido a todos los sectores: los operadores jurídicos (jueces, magistrados...), cuerpos de seguridad y funcionarios de prisiones, sanitarios, trabajadores sociales, educadores, maestros..., en definitiva, a toda la sociedad. Pero ello no será tampoco factible, no nos equivoquemos, si no se dota de las partidas presupuestarias adecuadas que

46 Manifiestan esta misma preocupación, aunque no compartimos la necesidad del proceso previo de modificación de la capacidad, LECIÑENA IBARRA, Ascensión “La guarda de hecho y el sistema de apoyos en el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad: consideraciones sobre una posible reforma”, en ALCAÍN, MARTÍNEZ, Esperanza (Dir.), *La Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad. De los derechos a los hechos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, “Mas, en los casos en que la especial gravedad de su situación anule sus funciones cognitivas y volitivas y la opción por las técnicas jurídicas menos agresivas para el protegido como la modalidad de apoyos resulte insuficiente para la protección de éste, no creo que contravenga los dispuesto en la Convención que, siempre en su beneficio, se reconozca su incapacidad para el ejercicio de su capacidad de obrar y se le nombre un representante”.

garanticen el efectivo cumplimiento de lo prevenido para cada uno de estos sectores, máxime si se plantean, como hace el legislador, como un cambio de paradigma⁴⁷.

4. Posibles contradicciones en el proceso normativo

Junto a lo previsto en la Convención, que más pronto que tarde, espere-mos traiga a nuestro ordenamiento los cambios deseados, y que otorguen el protagonismo en la gestión de sus intereses a la persona con discapacidad, sin posibilidad de sustitución o representación, llama la atención el desarrollo de un fenómeno que de forma constante se reproduce en la mayoría de los textos que como alternativa se presentan a la actual redacción del Código civil. Tomaremos como referencia de esta corriente, el texto del Proyecto de Ley, pero insistiendo en que es un fenómeno que se repite prácticamente en todas las propuestas normativas.

Por una parte, todos estos textos buscan cumplir, con mayor o menor acierto, con el mandato de la Convención, proponiendo el establecimiento de un variado elenco de medidas de apoyo que, sin sustituir la voluntad de la persona con discapacidad, le permita el ejercicio real de su capacidad jurídica. Por consiguiente, se proscribe la figura de la tutela, por cuanto supone un mecanismo de sustitución o representación.

47 Pero ya la Memoria del análisis de impacto normativo que acompañaba al Anteproyecto de 2018 expresamente señalaba en el apartado de impacto económico y presupuestario que la norma, desde el punto de vista de las cargas administrativas “no afecta a las cargas administrativas” y desde el punto de vista de los presupuestos no se señala que la norma afecte a los presupuestos de la Administración del Estado ni de otras Administraciones Territoriales. <https://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/actividad-legislativa/normativa/proyectos-real-decreto>

En el mismo sentido se expresa la Memoria del análisis de impacto normativo que acompaña al Anteproyecto de 2020, donde expresa que, “Por tanto, el impacto de este anteproyecto en los Presupuestos Generales del Estado es nulo, no generando ningún compromiso ni obligación económica extra. Asimismo, es preciso indicar que la norma proyectada no implicará la necesidad de incrementar las dotaciones, ni las retribuciones u otros costes de personal al servicio del sector público, pues se considera que los medios existentes en la actualidad serán suficientes para llevar a cabo las actuaciones previstas.

En suma, las medidas incluidas en esta norma no podrán suponer incremento de dotaciones de personal ni de retribuciones ni de otros gastos del sector público”. <https://ficheros.mjusticia.gob.es/MAIN%20APL%20por%20la%20que%20se%20reforma%20legislaci%C3%B3n%20civil%20y%20procesal%20apoyo%20personas%20discapacidad.pdf>

Por otra parte, sin embargo, de la atenta lectura del Proyecto de Ley, texto tomado como referente, puede concluirse que resultan reforzadas instituciones que, por el contrario, excluyen o dificultan el poder de decisión de la persona con discapacidad en cuestiones que directamente les atañen. Este es el caso de la regulación sobre patrimonio protegido, en la que, pese al reconocimiento de la titularidad de los bienes que lo componen a la persona con discapacidad, no obstante, su ejercicio puede ser encargado, por el constituyente del patrimonio protegido, y bajo unas determinadas premisas, a una persona diferente, excluyendo, en consecuencia, al titular de este patrimonio del poder de decisión sobre el mismo. Es cierto que esta práctica estaría justificada en el particular origen de los bienes que conforman el patrimonio protegido y su cualidad de patrimonio de destino, pero nuevamente se recurre a la fórmula paternalista de todo para la persona con discapacidad, pero sin la persona con discapacidad.

Otro tanto podría afirmarse cuando en artículo 254 del Proyecto de Ley se prevé que

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. Las facultades no conferidas al administrador corresponderán al favorecido por la disposición de los bienes, que las ejercitará, en su caso, con el apoyo que proceda.

Idéntico resultado de exclusión del poder de gestión sobre los bienes titularidad de la persona con discapacidad se produce en los supuestos que expresamente así se decida en el poder preventivo otorgado, cuando la fórmula ideada consista en la representación, pero a diferencia de los dos casos anteriores, la exclusión de la facultad de gestión sobre los bienes o derechos de los que es titular la persona con discapacidad, la ha realizado previamente el propio sujeto en una fase anterior a la afectación de la discapacidad y en previsión de la misma (arts. 256 y ss.). Entendemos que también en los casos de autocuratela, en la medida en la que se proyecta su funcionamiento, cabría que el sujeto pudiera prever la actuación del curador con funciones representativas, incluida la representación general, y ello no por aplicación de los criterios legales, sino por decisión libre de la persona en la escritura pública que la configura.

II

Diálogos entre el Estado español y el Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad

¿Qué ha hecho hasta ahora el Estado español para adaptar sus normas a las exigencias del artículo 12 de la Convención? Hasta la reciente presentación del Proyecto de Ley, actualmente en trámite, podría decirse que no lo suficiente. Percepción que se confirma si seguimos el *diálogo*, en forma de cruce de declaraciones oficiales, entablado entre el Estado Español y el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

De acuerdo con el contenido de los informes presentados por España hasta la fecha, se mantiene, una y otra vez, la efectiva aplicación en nuestro Estado de los mandatos prevenidos en el artículo 12 de la Convención, sin que para ello sea precisa la reforma de los textos legales existentes. Por su parte, el Comité, insistentemente, pone el acento en la falta de cumplimiento de lo ordenado en la Convención, al tiempo que evidencia la actitud de nuestros gobernantes que de forma reiterada desoyen las indicaciones de cambio, entre otros textos, en el Código civil y en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Valga la transcripción de algunos de los párrafos de los documentos intercambiados, como prueba del cruce infructuoso de declaraciones con el que nos encontramos.

Cumpliendo con lo previsto en el artículo 34 de la Convención se ha creado un Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad¹ al que los Estados deben presentar “un informe exhaustivo sobre las medidas que hayan adoptado para cumplir sus obligaciones [...]” (art. 35), y someterse a su valoración con el fin de garantizar el efectivo cumplimiento de las decisiones adoptadas en el documento internacional, para lo que el Comité indicará las directrices a seguir en cada caso.

¹ De acuerdo con el artículo 34.1 de la Convención “Se creará un Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, «el Comité») que desempeñará las funciones que se enuncian a continuación.” De ahí que conforme al art. 36.1 de la Convención “1. El Comité considerará todos los informes, hará las sugerencias y las recomendaciones que estime oportunas respecto a ellos y se las remitirá al Estado Parte de que se trate. Éste podrá responder enviando al Comité cualquier información que desee. El Comité podrá solicitar a los Estados Partes más información con respecto a la aplicación de la presente Convención.”

En atención a este mandato que debe cumplirse en el plazo de dos años, España emite un primer Informe con fecha 3 de mayo de 2010 relativo a la “Aplicación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad”, donde expresamente manifiesta no encontrar inconveniente en la actual regulación del Código civil para la efectiva aplicación de lo contenido en el artículo 12 de la Convención, así, en el párrafo 54 y como prueba del adecuado cumplimiento de lo ordenado en este precepto por España plantea, paradójicamente, todo aquello que, en nuestra opinión, revela el más flagrante incumplimiento. Así expone que el *proceso judicial de incapacitación* es

el instrumento mediante el cual se priva, total o parcialmente, a una persona física de su capacidad de obrar y sólo puede declararse mediante sentencia en virtud de las causas establecidas en la ley (art. 199). Estas causas son las enfermedades y deficiencias de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma (art. 200). Debe señalarse que para incapacitar o limitar la capacidad de obrar de una persona es insuficiente que padezca enfermedad persistente de carácter físico o psíquico, lo determinante es la concurrencia del segundo requisito, es decir que tal enfermedad impida a la persona gobernarse por sí misma².

Hemos calificado de paradójica estas afirmaciones, porque pretendiendo sostener la perfecta compatibilidad entre ambos sistemas, el interno y el prevenido en la Convención (también Derecho interno desde su publicación en el BOE) pone precisamente el acento en el que resulta ser el punto de fricción más llamativo, el del mantenimiento de un sistema que permite modificar o privar judicialmente la capacidad a un sujeto mayor de edad en atención al hecho de padecer una discapacidad.

Conocidas estas declaraciones, el Comité se interesa por saber el número exacto de resoluciones judiciales por las que las personas con discapacidad se sitúan bajo la institución de la tutela, y qué medidas de salvaguardia contra la influencia indebida o el conflicto de intereses se han adoptado en estos casos. Pide, asimismo, el dato de las medidas previstas para que la persona en lugar “de verse sustituida en la adopción de decisiones (tutela), reciban apoyo para tomar decisiones en ejercicio de su capacidad jurídica, de conformidad con el artículo 12 de la Convención”³.

2 Informe inicial presentado por el Estado español al Comité, en cumplimiento del artículo 35 de la Convención: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD%2fC%2fESP%2f1&Lang=es

3 Lista de cuestiones que deben abordar al examinar el informe inicial de España,

El Estado español responde dando información exacta de las cifras solicitadas, y nuevamente, en su contestación, deja en evidencia nuestra realidad legislativa.

En el párrafo 44 explica las precauciones adoptadas para el correcto desempeño de la labor del tutor, entre otras, el régimen de incompatibilidades cuando existan intereses enfrentados entre tutor y tutelado. Recuerda en el párrafo 45 que

El tutor está obligado a velar por el tutelado en los términos expresados en el art. 269 CC, en cuyo punto 4 impone a aquel la obligación de informar al Juez, cada año, de la situación personal del tutelado, lo que no obsta a la posibilidad de que el Fiscal o el Juez puedan en cualquier momento, a tenor de lo dispuesto en el segundo párrafo del art. 232 CC o en el último inciso del art. 233 CC, respectivamente, exigir del tutor que informe sobre la situación del menor o del incapacitado y del estado de la administración⁴.

Continúa en esta línea de defensa de nuestro sistema normativo destacando el importante papel desempeñado por el Ministerio Fiscal⁵ y el reconoci-

y que se solicita desde el Comité sobre los Derechos de las personas con discapacidad al Estado español (20 de junio de 2011). https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD%2fC%2fESP%2fQ%2f1&Lang=es

4 Respuesta del Gobierno de España a la lista de cuestiones que deben abordarse con carácter previo al examen del informe inicial. https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD%2fC%2fESP%2fQ%2f1%2fAdd.1&Lang=es

5 En este sentido desde el cuerpo de Fiscales se han adoptado decisiones tendentes a compatibilizar las actuaciones que en su ámbito correspondan con lo previsto en la Convención, así la Instrucción 4/2008, de 30 de julio, sobre el control y vigilancia por el Ministerio Fiscal de las tutelas de personas discapaces; Instrucción 4/2009, de 29 de diciembre, sobre la organización de las secciones de lo civil y del régimen especializado en materia de protección de personas con discapacidad y tutela; Instrucción 3/2010, de 29 de noviembre, sobre la necesaria fundamentación individualizada de las medidas de protección o apoyo en los procedimientos sobre determinación de la capacidad de las personas. Esta última Instrucción mantiene expresamente la compatibilidad pese a la falta de reforma del Código civil y concluye que “puede afirmarse que, sin perjuicio de las modificaciones que procedan para su total adaptación, nada impide que la legislación sustantiva y procesal vigente relativa a la determinación de la capacidad de las personas pueda interpretarse y aplicarse con adecuación a las previsiones de la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad”, en la línea de lo resuelto en la STS de 29 de abril de 2009.

miento por el Tribunal Supremo de la compatibilidad de lo regulado en el Código civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil con lo prescrito en el artículo 12 de la Convención. Insistiendo en que en aplicación de lo previsto en el artículo 210 C.c. (párrafo 51) “la sentencia que declare la incapacitación determinará la extensión y los límites de ésta, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado”. De dicho precepto se deduce que en nuestro ordenamiento la incapacitación no supone siempre la “sustitución en la adopción de decisiones (guarda)”, sino que cabe someter al incapacitado a un régimen de “sustitución en la adopción de decisiones” (tutela) o bien a un sistema de mero “apoyo a las personas con discapacidad” (curatela). Además, tanto uno como otro pueden tener una extensión variable, incluyendo todas o solo algunas facetas de la capacidad jurídica del incapacitado”. Entendiendo, de acuerdo con el párrafo 57 que la figura de la curatela, que es la que hoy por hoy se presenta como el instrumento más acorde con las exigencias de la Convención, y no la tutela, olvidando que para llegar a la curatela también se precisa de un juicio previo de modificación de la capacidad en atención a la discapacidad.

En el documento en el que se recogen las actas de los debates seguidos en la fase de análisis de los informes y las aclaraciones posteriores presentadas por los Estados se reproduce la intervención de la Sra. Maina, en relación con el Estado Español, con el siguiente tenor literal:

la declaración de discapacidad que se menciona en el informe constituye una violación del artículo 12 de la Convención, y que la colocación de una persona con discapacidad bajo un régimen de tutela o amparo de cualquier tipo vulnera su derecho a vivir de forma autónoma en familia o en una comunidad. Además, según parece, la definición de tutela se deriva de las sentencias judiciales y no se ha establecido ningún mecanismo o proceso para garantizar que las personas con discapacidad han de dar el consentimiento a su colocación bajo tutela o a la elección del tutor [...]

Y pregunta qué medidas tiene previsto adoptar el Ministerio de Justicia para reconocer la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y establecer mecanismos que garanticen el apoyo a estas personas en la toma de decisiones, y cuál es el plazo fijado para prohibir toda práctica contraria al artículo 12 de la Convención, como la declaración de discapacidad y la sustitución en la adopción de decisiones⁶.

6 https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD%2fC%2f6%2fSR.3&Lang=es

Las conclusiones finales publicadas por el Comité en el año 2011⁷, concluyen en este punto recomendando a España (la negrita es del propio texto transcrito)

que revise las leyes que regulan la guarda y la tutela y que tome medidas para adoptar leyes y políticas por las que se reemplacen los regímenes de sustitución en la adopción de decisiones por una asistencia para la toma de decisiones que respete la autonomía, la voluntad y las preferencias de la persona. Se recomienda, además, que se proporcione formación sobre esta cuestión a todos los funcionarios públicos y otros interesados pertinentes⁸.

Parece no dejar lugar a la duda de lo que se espera del Estado español.

De acuerdo con la propia Convención, los Estados deberán presentar, después del primer informe exhaustivo, informes periódicos, al menos cada cuatro años (art. 35). Previo al cumplimiento de esta obligación, el Comité gira una lista de preguntas al Estado español, donde le cuestiona sobre

las medidas para reconocer explícitamente la capacidad jurídica plena de las personas con discapacidad, y adoptar leyes y políticas que reemplacen los regímenes de sustitución en la adopción de decisiones por una asistencia para la toma de decisiones que respete la autonomía, la voluntad y las preferencias de la persona (véase CRPD/ESP/CO/1, párr. 34). Entretanto, indiquen qué sistema se ha contemplado para dar seguimiento y revisión oportunos a las decisiones de guarda y tutela, así como un calendario de revisión de las sentencias de incapacitación dictadas hasta la fecha de promulgación de la ley⁹.

En los informes periódicos segundo y tercero, presentados conjuntamente en mayo de 2018¹⁰ por el Estado español, a penas, si se mencionan las cuestiones relacionadas con la efectiva aplicación del artículo 12. Se reco-

7 Puede consultarse al respecto el estudio realizado por la Clínica Jurídica sobre Discapacidad del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III, titulado “Avances y retrocesos de la Convención con respecto al examen a España del 2011. https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CRPD/Shared%20Documents/ESP/INT_CRPD_NHS_ESP_33292_S.pdf

8 https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD%2fC%2fESP%2fCO%2f1&Lang=es

9 Abril 2017. https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD%2fC%2fESP%2fQPR%2f2-3&Lang=es

10 https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD%2fC%2fESP%2f2-3&Lang=es

noce, de un lado, que se está trabajando sobre el asunto en el seno del Foro Justicia y Discapacidad y, por otro, se anuncia la reforma del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento civil sobre la materia relacionada con la discapacidad dentro del plan normativo anual para 2018, donde “se va a introducir un cambio de terminología y a limitar el régimen de la tutela a los menores de edad no emancipados y no sujetos a patria potestad. Y se van a regular las instituciones de apoyo a la persona con discapacidad, como son la curatela, el defensor judicial y la guarda de hecho”, anuncio que en su primer intento, el Anteproyecto de septiembre de 2018 queda frustrado, como ya veremos, llegando tan solo a la fase de Anteproyecto de Ley sin mayor recorrido normativo. Habrá que esperar hasta julio de 2020 por el Consejo de Ministro un nuevo Anteproyecto que es luego presentado para su tramitación como Proyecto de Ley.

Pese a todos los esfuerzos por convencer al Comité de encontrarnos en la senda de la efectiva aplicación en España de lo ordenado en el artículo 12 de la Convención¹¹ la respuesta en 2019 al informe, en concreto en el párrafo 22 resulta contundente

Al Comité le preocupa que el Código civil del Estado permita privar de capacidad jurídica a una persona por motivos de discapacidad y mantenga regímenes de sustitución en la adopción de decisiones.

Por todo lo cual, en el número 23 y recordando la observación realizada en el año 2014¹², insta al Estado español a

que derogue todas las disposiciones legislativas discriminatorias con miras a abolir por completo los regímenes de sustitución en la adopción de decisiones, reconozca la plena capacidad jurídica de todas las personas con discapacidad e introduzca mecanis-

11 Observaciones finales sobre los informes periódicos segundo y tercero combinados de España, emitido por el Comité sobre los Derechos de las personas con discapacidad, perteneciente a las Naciones Unidas, de 13 de mayo de 2019. https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD%2fC%2fESP%2fCO%2f2-3&Lang=es

12 Observación general N° 1 (2014) Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley. Comité sobre los Derechos de las personas con Discapacidad, 11º periodo de sesiones, 31 de marzo a 11 de abril 2014. <http://www.convenciondiscapacidad.es/wp-content/uploads/2019/01/Observaci%C3%B3n-1-Art%C3%ADculo-12-Capacidad-jur%C3%ADdica.pdf>

mos de apoyo para la adopción de decisiones que respeten la dignidad, la autonomía, la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad¹³.

Más claro no nos parece que se pueda decir. Ahora solo queda esperar a conocer los informes que en el futuro pueda emitir el Estado español una vez aprobada, previsiblemente, la reforma puesta en marcha por el Proyecto de Ley propuesto sobre la materia.

13 Insistiendo así con la observación realizada en el año 2011, núm. 34 “El comité recomienda al Estado parte que revise las leyes que regulan la guarda y la tutela y que tome medidas para adoptar leyes y políticas por las que se reemplacen los regímenes de sustitución en la adopción de decisiones por una asistencia para la toma de decisiones que respete la autonomía, la voluntad y las preferencias de las personas. Se recomienda, además, que se proporcione formación sobre esta cuestión a todos los funcionarios públicos y otros interesados pertinentes” Observaciones finales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 19 de octubre de 2011. https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD%2fC%2fESP%2fCO%2f1&Lang=es

III

Análisis de algunos referentes y propuestas de normativa

Es el turno ahora para analizar, según diferentes propuestas, el grado de cumplimiento de los objetivos marcados por la Convención en su artículo 12. Tal y como anunciamos, en esta primera parte de la obra cumple examinar los números 2, 3 y 4 del artículo 12: la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, las medidas de apoyo y el deber de salvaguardia de los intereses de las personas con discapacidad frente a quienes les prestan apoyo. Conviene aclarar al lector, que ni pretendemos agotar en este punto el análisis de todos los posibles textos existentes, ni tampoco el examen de todas las cuestiones que los textos elegidos comprenden, únicamente nos interesa dar una visión, más o menos extensa, según el caso, del grado de adaptación que los mismos presentan a los mandatos contenidos en el artículo 12 de la Convención.

Qué duda cabe que la aparición del Anteproyecto de Ley de 2020, seguida de su presentación como Proyecto de Ley para su tramitación en el Parlamento, ha cambiado considerablemente el escenario existente hasta el momento, motivo por el cual será el texto del Proyecto de Ley el primero que analizaremos. A continuación, valoraremos el texto dado a conocer por la Asociación de Profesores de Derecho civil en el año 2018, resultado de un prolijo trabajo presentado bajo el título de *Propuesta de Código civil*¹. Seguidamente, analizaremos la propuesta realizada por algunas asociaciones de personas con discapacidad y sus familiares, con el amparo institucional, que adopta la forma de texto articulado. Por último, y como ejemplo de norma en vigor, ya transformada a los criterios de la Convención, consideraremos la regulación dada por el Código Civil Catalán (CCC).

Por supuesto que se podrían analizar otros muchos textos, y somos conscientes de la importancia de algunos de ellos, pero hemos entendido que para nuestro fin, era suficiente con el análisis de un texto, el más significativo, elaborado por el Gobierno de España (el Anteproyecto de 2020), de la propuesta realizada por la doctrina más destacada (Asociación de Profesores de Derecho civil), de la propuesta de las asociaciones de afectados y, por último, de

1 Asociación de Profesores de Derecho Civil, *Propuesta de Código civil*, Tecnos, Madrid, 2018. Obra que pretende dar una respuesta completa a la demanda de un nuevo Código civil para España.

un texto legal reformado, y en vigor, como es el Código Civil de Cataluña. De lo que se trata es de dilucidar, ayudados por estos textos, y otras lecturas complementarias, cuáles resultarían las vías más acertadas para hacer confluir la futura reforma del Código civil con lo previsto en la Convención.

1. Proyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica

Antes de entrar a valorar el contenido del Proyecto de Ley consideramos interesante realizar un breve resumen sobre los antecedentes de la norma proyectada. Ya en el último informe del Estado Español presentado al Comité sobre Discapacidad se incluía el anuncio de la reforma del Código civil, la Ley de Enjuiciamiento civil y la Ley Hipotecaria en materia de discapacidad, como uno de los objetivos normativos a conseguir en el año 2018, lo que se tradujo en la elaboración del Anteproyecto que llevaba por título *Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad* hecho público en la web del Ministerio de Justicia en septiembre de 2018. Un texto expresamente pensado para la modificación del Código civil y su adaptación² al artículo 12 de la Convención³. No obstante, la finalización de la XII Legislatura frustró las expectativas creadas con este Anteproyecto.

Ya en el curso de la vigente Legislatura, la XIV, se aprueba por el Consejo de Ministros el texto del *Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legis-*

2 La Ministra de Sanidad, en su discurso pronunciado sobre Discapacidad ante las Naciones Unidas el 18 de marzo de 2019 hizo referencia expresa a este texto destacando que “sienta las bases para el cambio del sistema vigente en nuestra legislación, por otro basado en el respeto a la voluntad y preferencias de estas personas que, *como regla general*, serán las encargadas de tomar sus propias decisiones” (la cursiva es nuestra), refiriéndose a la capacidad de obrar como una expresión propia del pasado y su sustitución por la capacidad jurídica, además de la reserva de la figura de la tutela, en exclusiva, para los menores de edad, tomando el protagonismo la curatela... https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2fCRPD%2fSTA%2fESP%2f34333&Lang=es

3 La Memoria de análisis de impacto normativo que acompaña al Anteproyecto de ley de 2018, en relación a la oportunidad de la propuesta, expone que “La convención forma parte del ordenamiento jurídico español, y en cuanto que tratado internacional de derechos humanos, por el cauce del art. 10.2 de la Constitución, constituye criterio de aplicación e interpretación obligatorio para todos los poderes del estado; para legisladores, gestores, jueces, tribunales y operadores jurídicos, funcionario y administrativos”. <https://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/actividad-legislativa/normativa/proyectos-real-decreto>

lación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, con fecha 3 de julio de 2020.

El contenido de este texto tiene su origen último en los trabajos efectuados por la Comisión General de Codificación. La Sección de Derecho civil es la responsable de la propuesta de reforma del Código civil, de la Ley Hipotecaria y de la Ley del Registro Civil presentada al Ministerio de Justicia el 20 de marzo de 2018. La Sección de Derecho Procesal es la encargada de la propuesta de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria efectuada en las sesiones celebradas entre el 21 de junio de 2017 al 18 de abril de 2018. Este Anteproyecto se considera incluido, también, en el Plan Normativo Anual de 2018, aprobado en cumplimiento de lo establecido en el artículo 25 de la Ley del Gobierno.

Al tiempo de la recepción de las propuestas de la Comisión General de Codificación en 2018 la cartera del Ministerio de Justicia estaba representada por Rafael Catalá, Ministro de Justicia bajo la Presidencia del Gobierno de Mariano Rajoy (Partido Popular). Son estos mismos textos, a los que luego se sumarán otros, los que darán vida al primer Anteproyecto fechado el 21 de septiembre de 2018, y al que más arriba hemos hecho referencia. En la memoria que acompaña al citado anteproyecto aparecen como órganos proponentes el Ministerio de Justicia y el Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social, pertenecientes ambos, en ese momento, al Gobierno dirigido por Pedro Sánchez (Partido Socialista Obrero Español), Presidente de Gobierno tras la Moción de Censura presentada en el curso de la XII Legislatura, en junio de 2018. Al tiempo de la finalización de esa Legislatura, en marzo de 2019, el Anteproyecto no había conseguido siquiera presentarse ante la Mesa del Congreso de los Diputados para su tramitación como Proyecto de Ley. En la fallida XIII Legislatura no se presenta la oportunidad de tratar nada sobre este asunto, pero en el curso de la XIV Legislatura, bajo la presidencia, nuevamente, de Pedro Sánchez, se aprueba por el Consejo de Ministros un nuevo Anteproyecto, el 3 de julio 2020, que exhibe una notabilísima coincidencia con el Anteproyecto de 2018 al que se ha retocado el título⁴ y en el

4 El Dictamen del Consejo de Estado merece algunas consideraciones en cuanto a este nuevo título: “Se ha denominado el anteproyecto como “anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”. Si bien es cierto que a través de esta norma se va a modificar de manera decisiva el ordenamiento civil -y su complementaria vertiente procesal- para adaptarlo a la Convención, en la medida en que puede dejarse al margen alguna norma civil o procesal (así lo reconoce el Anteproyecto en la exposición de motivos

que se han efectuado correcciones y se han incorporado algunas novedades, entre otras, se introduce la propuesta de modificación de dos nuevas Leyes, la del Notariado y la 41/2003 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.

En la Memoria del Análisis Normativo que acompaña al nuevo Anteproyecto del año 2020 continúan como Ministerios proponentes el de Justicia y el Sanidad, Consumo y Bienestar Social (de acuerdo, este último, con el organigrama del Gobierno en la XII Legislatura; pero que en la XIV Legislatura se corresponden con el Ministerio de Sanidad, el Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030 y el Ministerio de Consumo). En el texto que se ha hecho público del Anteproyecto de 2020 se acompaña del sello del Ministerio de Justicia, (al frente de Juan Carlos Campo –PSOE–) y del Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030 (representado por Pablo Iglesias, Ministro y Vicepresidente segundo del Gobierno –Unidas Podemos–), quien ha sido el encargado de la presentación pública del Anteproyecto.

Como la propia Memoria al Anteproyecto de 2020 indica, “El anteproyecto se basa en una propuesta inicial de la Comisión General de la Codificación, en su condición de órgano consultivo superior del Ministerios de Justicia”, los mismos textos que recibiera el entonces Ministro de Justicia bajo la presidencia de del Gobierno de Mariano Rajoy (PP). Se completan estos textos de la Comisión General de Codificación con el trámite de consulta previa, efectuado de acuerdo con el contenido del artículo 26.2 de la Ley del Gobiernos, llevado a cabo entre los días 9 y 27 de abril de 2018, en la que se recibieron un total de 25 informes, al que se suma el informe de la Secretaría de Estado de Justicia, de 18 de julio de 2018. En la memoria del Anteproyecto de 2020, como un claro reconocimiento de la continuidad con el anterior Anteproyecto de 2018 se hacen suyos los informes que se emitieron tras su aprobación en septiembre de 2018: Consejo Económico y Social (24/10/2018); Consejo Fiscal (18/10/2018); Consejo General del Poder Judicial (29/11/2018); Secretaría General Técnica del Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social

al afirmar en el último párrafo de su apartado III que “Una reforma tan profunda como la que aquí se propone debe ir acompañada necesariamente de un notable número de modificaciones legislativas en otras materias conectadas con la capacidad de la persona, tanto en el Código Civil, como en un buen número de leyes de indudable importancia”), sería conveniente precisar en el título del Anteproyecto las leyes objeto de modificación. Estas leyes tienen que citarse, al menos la primera vez, de manera completa.”

(31/10/2018); Oficina de Coordinación y Calidad Normativa (29/10/2108); Ministerio de Política Territorial y Función Pública (10/10/2018); Secretaría General Técnica del Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes e Igualdad (06/11/2018) y Secretaría de Estado de Igualdad (06/11/2018). Con posterioridad a la aprobación del texto de 2018, se dio paso al trámite de información pública a través del portal web de Ministerio de Justicia, entre el 26 de septiembre y el 19 de octubre de 2018, ante el que se recibieron un total de 32 observaciones, también estas observaciones al texto de 2018 se suman como propias en la Memoria que acompaña al Anteproyecto de 2020. Se adicionan además el informe de la Secretaría General Técnica del 15 de enero de 2019 y el del Pleno del Consejo de Estado de 11 de abril de 2019. Además de las comparaciones de diferentes organismos y personalidades en el proceso del trámite de audiencia nuevamente abierto, donde destaca el papel jugado por CERMI.

En nuestra opinión será interesante conocer las enmiendas y el debate parlamentario que se propicie entre los distintos grupos con representación en el Parlamento en torno a un Proyecto de Ley que encuentra su origen en un Anteproyecto de julio de 2020 aprobado por un Consejo de Ministros formado por Ministros del PSOE y de Unidas Podemos, que se inspira en un Anteproyecto anterior, de septiembre de 2018, aprobado por un Consejo de Ministros compuesto exclusivamente por miembros del PSOE, pero que se debe a una propuesta de la Comisión General de Codificación encargada y recibida por un Ministro de Justicia dependiente de un Gobierno dirigido por el PP.

Procede ahora al análisis del cuerpo del Proyecto de Ley con la finalidad de enfrentar el contenido de sus propuestas al espejo de lo ordenado en la norma internacional, aun siendo sabedores de que el texto que manejamos no está aún aprobado por el Parlamento español y que estamos a la espera de la aprobación del cuerpo legal definitivo.

El Proyecto vaticina una Ley que ha de cambiar la actual regulación del Código civil precisamente para que resulte acorde con el mandato previsto en la Convención⁵. Consciente de este reto, en la Exposición de Motivos del Pro-

5 Sirva la lectura del proyectado artículo 249 del C.c. como signo evidente de la intención de trasladar los mandatos de la Convención a la futura redacción del Código civil:

“Las medidas de apoyo necesarias para que las personas mayores de edad o 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.

yecto se cataloga la tarea como un hito trascendental marcado por el respeto al derecho de igualdad de todas las personas en el ejercicio de su capacidad jurídica. En consonancia con lo anterior se afirma que “Desde el punto de vista procedimental, cumple señalar que el procedimiento de provisión de apoyos solo puede conducir a una resolución judicial que determine los actos para los que la persona con discapacidad requiera el apoyo, pero en ningún caso a la declaración de incapacitación ni, mucho menos, a la privación de derechos, sean estos personales, patrimoniales o políticos”.

Por otro lado, también desde la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley, se insta a que las medidas de apoyo adoptadas respeten la libre voluntad de la persona con discapacidad, y ello, de acuerdo con *los principios de necesidad y proporcionalidad*, sembrando así la duda sobre si la alusión a estos principios pudiera ser la vía hacia la adopción de medidas de apoyo que signifiquen, a la postre, sustitución o representación en el ejercicio de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad, en contra de lo ordenado por la Convención. No olvidemos que según esta norma el reconocimiento de

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 instituciones de apoyo podrán asumir 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 hubiera adoptado la persona en caso de no requerir representación.

El Juez 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.”.

De acuerdo con el Dictamen del Consejo de Estado las afirmaciones incluidas en la inicial redacción del correlativo art. 248 del Anteproyecto, artículo 249 del actual Proyecto, resultan “más propias de una exposición de motivos que del cuerpo de una norma, no encaja con el tradicional tono de redacción de nuestro Código civil, ya que carece de carácter normativo y se limita a señalar el contenido del título, por lo que a juicio de este Consejo de Estado debería suprimirse o reformularse de manera preceptiva”. Pero, en nuestra opinión, no parece que esta nueva redacción del artículo 249 del Proyecto de Ley haya conseguido corregir las cuestiones evidenciadas en el Dictamen respecto al anterior artículo 248.

la capacidad jurídica es pleno, tanto en lo que se refiere a la titularidad de los derechos como al legítimo ejercicio de los mismos. Sin embargo, la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley manifiesta expresamente la posibilidad de atribuir “al curador funciones representativas” aunque solo para los casos que sea imprescindible y de manera extraordinaria. Pues ya tenemos la que podría ser la primera contradicción con la Convención, toda vez que el texto proyectado permite supuestos, excepcionales, eso sí, de representación de la voluntad. Hay que hacer notar que en la última redacción de 2020 ha desaparecido la referencia que hacía la Exposición de Motivos del Anteproyecto de 2018 a la posibilidad de una representación con *alcance general* para los casos especialmente graves de discapacidad. La supresión de esta expresión en la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley no sabemos si va a suponer que en el futuro los jueces no puedan establecer curadores con funciones representativas de carácter general en los casos más graves, o si por el contrario, nada se lo impedirá, dado que el texto de la norma proyectada no admite ni excluye expresamente esta posibilidad, únicamente, exige que las funciones de representación queden debidamente justificadas en atención a la situación de la persona a la que se le designa un curador excluyendo únicamente que las decisiones judiciales puedan suponer prohibición de derechos⁶. Bien es verdad, que al hilo de las modificaciones y adaptaciones en otros ámbitos del Código civil sí se hace expresa alusión a la figura de la representación plena, así el proyectado artículo 1387⁷, 1393⁸ o 1700⁹.

6 Párrafos segundo y tercero, del artículo 269 Proyecto de Ley “Sólo en los casos excepcionales en los que resulte imprescindible por las circunstancias de la persona con discapacidad, la autoridad judicial determinará los actos en los que el curador habrá de asumir la representación de la persona con discapacidad.

Tanto los actos en los que el curador deba prestar la asistencia, como aquellos otros en que deba ejercer la representación, deberán fijarse de manera precisa”.

7 “La administración y disposición de los bienes de la sociedad de gananciales se transferirá por ministerio de la ley al cónyuge nombrado curador de su consorte con discapacidad, cuando le hayan sido atribuidas facultades de representación plena.”

8 “1.º Si respecto del otro cónyuge se hubieren dispuesto judicialmente medidas de apoyo que impliquen facultades de representación plena en la esfera patrimonial, si hubiere sido declarado prodigo, ausente o en concurso, o condenado por abandono de familia. Para que la autoridad judicial acuerde la disolución bastará que el cónyuge que la pidiere presente la correspondiente resolución judicial.”

9 “4.º Cuando respecto de alguno de los socios se hubieren dispuesto medidas de apoyo que impliquen facultades de representación plena en la esfera patrimonial.”

Nuevamente el legislador se enfrenta a la decisión de qué hacer en los supuestos más graves en los que el estado actual de desarrollo de la ciencia y de la técnica no posibilitan la aplicación del modelo social, pese a lo propugnado por la Convención. Para estos casos especiales el Proyecto de Ley finalmente apuesta por la posibilidad de que el curador asuma funciones representativas. Por supuesto que se preocupa de adoptar todas las precauciones pertinentes: el detenido examen de la situación antes de llegar a esta decisión, que la sentencia detalle con total precisión en qué actos deberá ser representada la persona con discapacidad, los mecanismos de control y revisión de lo actuado por el curador...¹⁰, precisamente es aquí donde alcanzan una mayor relevancia los mandatos del artículo 12.4 de la Convención, referentes al desarrollo de estructuras férreas de salvaguarda de los intereses de la persona con discapacidad (art. 270 Proyecto de Ley), necesarios en todos los casos, pero en estos, más si cabe.

El Proyecto de Ley, en la búsqueda de la concordancia con los mandatos de la Convención, deja fuera a los mayores de edad de figuras como el tutor, la patria potestad prorrogada y la patria potestad rehabilitada, todo ello fundamentado en la imposibilidad de representar, de sustituir, la capacidad jurídica del individuo. Sin embargo y, como la propia Exposición de Motivos anticipaba, pese a la eliminación del tutor para el mayor de edad, el proyectado artículo 269 contempla la doble función que puede conferirse al curador, de un lado, la de prestar asistencia y, de otro, la de ejercer la representación. Si bien, “En ningún caso podrá incluir la sentencia la mera prohibición de derechos”, la representación no elimina la titularidad del derecho, pero, en según qué supuestos, y sujeto a garantías, otorga la facultad de su ejercicio al curador. Así en su articulado se refiere expresamente al curador con facultades representativas (art. 285 del Proyecto de Ley).

Cabría pensar que sigue existiendo un paralelismo entre la nueva realidad proyectada y el vigente Código civil, toda vez que el tutor en la actual redacción del Código civil debe ejercer su cargo “de acuerdo con la personalidad de sus pupilos” (art. 268 C.c.) y está obligado “a promover la adquisi-

¹⁰ Claramente lo demuestra el contenido del párrafo segundo del artículo 249 del Proyecto de Ley “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.”

ción o recuperación de la capacidad del tutelado y su mejor inserción en la sociedad” (art. 269.3 C.c.), de forma que “el nuevo” curador con facultades representativas no se distanciaría mucho de lo ya previsto en el Código civil para el tutor. De suerte que el cambio propuesto parecería más una adaptación terminológica, más acorde con los tiempos, que una auténtica reforma de fondo. El propio Dictamen emitido por el Consejo de Estado valora que esta decisión “convierte al curador en un cuasitutor y a la persona afectada prácticamente en un incapacitado aun sin suprimir su capacidad ni desconocer su posible voluntad, deseos y preferencias y respetando su personalidad” “Esta atribución excepcional de facultades representativas al curador merece una valoración favorable, por cuanto pueden existir situaciones en las que sea necesario proveer a la persona con discapacidad de este tipo de asistencia o apoyo (por ejemplo, ante muy graves discapacidades o ante una situación de coma total).”

Podría concluirse, entonces, que el curador con facultades representativas no difiere mucho de la figura del tutor actualmente prevista. Lo que el Código civil ahora denomina tutor para el caso de un mayor de edad pasaría a llamarse curador con funciones representativas de todas o algunas actuaciones, de acuerdo con el contenido de la sentencia en cada caso. Llamándose curador con representación a lo que antes era tutor. Lo cierto es que en ambos casos se posibilita la sustitución (parcial o total), si bien en el Proyecto se subraya que solo para situaciones muy concretas en atención a determinadas discapacidades y siempre como medida de protección excepcional de salvaguardia de la persona que padece una discapacidad cognitiva grave.

Pero pese a parecer que no se hubiera avanzado en la redacción del Proyecto de Ley, existe un importante progreso en este nuevo planteamiento que no puede pasar inadvertido, para el nombramiento del curador con capacidades de representación ya no se precisa de un proceso judicial previo de modificación de la capacidad, o de incapacitación del sujeto¹¹. Cumple así el Proyecto de Ley con uno de los mandatos que se infieren de lo ordenado por la Convención, que los procedimientos se sigan para la provisión de apoyo, pero no para la modificación de la capacidad de los sujetos en orden a la discapacidad que padezcan¹².

11 Decisión que el Dictamen del Consejo de Estado “valora positivamente”. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2019-34>

12 En relación con el nuevo sistema de provisión de apoyos previsto en la Convención CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, José Luis, *El artículo 12 de la Convención de Derechos*

De acuerdo con la propuesta ofrecida por el Proyecto de Ley, las medidas de apoyo pueden ser de origen legal, judicial o voluntarias. Los instrumentos de apoyo serían (art. 250 Proyecto de Ley) la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial¹³, sin perjuicio de los modelos que se generen de forma voluntaria de autorregulación, por ejemplo, a través de los poderes preventivos o la autocuratela, que serán de aplicación preferente.

Según el Proyecto de Ley, solo daría lugar a una medida de apoyo ejercida mediante la curatela, cuando esta tenga un origen judicial (art. 249 Proyecto de Ley), en supuestos de defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona (art. 249 Proyecto de Ley), cuando el apoyo se precise de modo continuado (art. 250 Proyecto de Ley) siendo la resolución judicial que la crea la que determine su extensión en cada caso (art. 250 Proyecto de Ley). Cabe señalar que la figura de la curatela se prevé solo como medida de apoyo para las personas con discapacidad, por lo que no actúa, como hasta ahora, en casos de menores emancipados, o en supuestos de beneficio de mayor edad, o en caso de prodigalidad.

Procede hablar de la figura del defensor judicial, cuando esta tenga su origen judicial (art. 249 Proyecto de Ley), en supuestos de defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona (art. 249 Proyecto de Ley), pero cuando el apoyo se precise de modo ocasional, incluso cuando sea recurrente (art. 250 Proyecto de Ley), sin perjuicio de los demás supuestos previstos en el artículo 295 Proyecto de Ley, por ejemplo, en el número segundo “Cuando exista conflic-

de personas con discapacidad, op. cit., p. 70 refiere que “En primer lugar deben desvincularse de la previa incapacitación, la distinción entre capaces e incapaces que está superada por la Convención, es decir, no puede negarse el ejercicio de la capacidad jurídica si no que debemos partir del reconocimiento de derechos y la provisión de apoyos a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”.

13 Quizás en la redacción del Proyecto de Ley, en aras a una mayor coherencia terminológica, se debería haber cuidado algo más las referencias al representante legal en los casos que se infiere que incluye al mayor de edad con discapacidad, así sucede en la propuesta de redacción del artículo 15.1 “...Cuando la adquisición de la nacionalidad se haga por declaración o a petición del representante legal (...)” incluyendo el caso de las personas con discapacidad, mucho más acertado sería utilizar una terminología como la prevista en el proyectado artículo 112, párrafo segundo. En esta misma línea, cabe señalar que Proyecto de Ley no incluye como precepto objeto de reforma el artículo 111 C.c., si bien debió hacerlo, pues cuando este se refiere a la actuación del representante legal, esta figura solo se refiere ahora a los menores de edad, por lo que habría que modificar el artículo para incluir a las personas con discapacidad que precisen de medidas de apoyo, a modo de lo propuesto como redacción del art. 112.

to de intereses entre la persona con discapacidad y la que haya de prestarle apoyo”.

En nuestra opinión, el Proyecto de Ley plantea una contradicción que debería ser corregida. De acuerdo con su artículo 250, párrafo quinto, “El nombramiento de defensor judicial procederá cuando la necesidad de apoyo se precise de forma ocasional, aunque sea recurrente”, repite en este enunciado la exacta redacción dada al artículo 249, párrafo cuarto, del Anteproyecto de septiembre de 2018. El texto de 2018, además, en su artículo 293, en el número primero, resuelve que deberá recurrirse a la figura del defensor judicial “Cuando la persona con discapacidad precise apoyo de forma ocasional, aunque sea recurrente”. Con posterioridad, el Dictamen del Consejo de Estado de 2019 manifiesta que “A través de la previsión conforme a la cual se encomienda al defensor judicial la función de ser un apoyo “ocasional, aunque sea recurrente”, se altera injustificadamente y de manera poco operativa, la naturaleza del defensor. Por ello este Consejo de Estado sugiere atribuir a la institución del curador, diseñada de manera muy flexible, el ser apoyo ocasional, aunque recurrente, una solución coherente además con la escueta regulación que efectúa la LJV del defensor judicial”. Quizás por ello, en la redacción posterior del artículo 295 Proyecto (que se corresponde con el 293 Anteproyecto 2018), desaparece el transcrito número primero. Sin embargo, en el artículo 250 Proyecto permanece intacta la referencia al “nombramiento de defensor judicial procederá cuando la necesidad de apoyo se precise de forma ocasional, aunque sea recurrente”. Esto es, por una parte se repite el esquema del Anteproyecto 2018 (art. 250 Proyecto de Ley) mientras que con la desaparición del número uno del artículo 293, ahora 295 en el Proyecto, se acoge a las advertencias del Consejo de Estado.

Como ya señaláramos, desaparece la figura del tutor para los mayores de edad, si bien el artículo 250 Proyecto de Ley mantiene que la extensión de la curatela se determinará en la resolución judicial “en armonía con la situación y circunstancias de la persona con discapacidad”, lo que en algunos casos permite, como hemos visto, que el curador resulte legitimado por la sentencia para representar al mayor de edad que padece una determinada discapacidad, pero sin que esto suponga, y es lo verdaderamente importante, una previa exclusión o modificación de la capacidad.

Pero la medida de apoyo no solo puede tener un origen judicial, también puede ser voluntario. Es posible que la sustitución de la capacidad jurídica del sujeto se deba a una decisión que éste toma en el ejercicio de su autonomía,

de suerte que cuando aún está en plenas facultades para la toma libre de decisiones prevea (art. 253 Proyecto de Ley¹⁴) en escritura pública, las medidas de apoyo de las que desea disfrutar en el futuro, la persona que deba ejercer el cargo de curador, etc. (autocuratela). También puede, otorgar un poder preventivo, con el ánimo de ordenar las actuaciones para el caso que sobrevenga algún tipo de discapacidad que afecte a la normal toma de decisiones sobre su persona y sus bienes¹⁵. Ambas medidas de origen voluntario serán aplicadas de manera preferente, sin perjuicio de que llegado el momento de su puesta en funcionamiento la autoridad judicial pueda decidir otra cosa, siempre justificada en los intereses de la persona con discapacidad. Es plausible que ya el Anteproyecto de 2018, y más tarde el de 2020, así como el Proyecto de Ley afronten la tarea de regular los poderes y mandatos preventivos (arts. 256 a 262 del Proyecto de Ley) que tan precariamente están contemplados en el vigente Código civil pese a la importancia que tienen en este campo.

Un importante aspecto a destacar de este Proyecto de Ley es el protagonismo otorgado a la guarda de hecho (arts. 263 a 267 Proyecto de Ley), prueba de ello es su ubicación, anteponiéndose a la regulación de la curatela, o la incorporación de la previsión según la cual el guardador de hecho, cuando la naturaleza del acto así lo precise, solicitará autorización judicial a través de un expediente de jurisdicción voluntaria en el que se oirá a la persona con discapacidad... (art. 263, párrafo segundo Proyecto de Ley).

Destaca la desaparición en el Proyecto de Ley de la dualidad persona con la capacidad modificada judicialmente (incapacitada) y persona con discapacidad, para mantener únicamente la segunda de las expresiones. Este cambio ya nos hizo subrayar la necesidad de mantener un especial celo de interpretación que permita dilucidar si cuando el nuevo texto hace alusión a la persona con discapacidad se refiere a cualquier tipo de discapacidad o solo a las relativas a la formación consciente de la voluntad (lo que ahora se denomina personas con la capacidad modificada judicialmente, anteriormente incapacitadas). No debería entenderse igual cuando el uso de la terminología persona

14 Artículo 253 Proyecto de Ley “Cualquier persona mayor de dieciséis años, 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”.

15 Artículo 253 Proyecto de Ley “[...] Podrá igualmente otorgar poder preventivo o proponer el nombramiento de curador”.

con discapacidad se refiere al ejercicio de la capacidad jurídica, que cuando se regula, por ejemplo, el derecho de uso de la vivienda, o cuando se legisla el patrimonio protegido o cuando nos movemos en el ámbito de los derechos sucesorios, o cuando se sitúa en el ámbito de la capacidad para contraer matrimonio, o la capacidad para contratar... La terminología es ahora siempre la misma, persona con discapacidad, con independencia de los diferentes contextos en los que resulta utilizado dentro del proyectado Código civil.

Esta dificultad añadida por la sustitución, en todos los casos, por la terminología persona con discapacidad es puesta de manifiesto, también, en el Dictamen del Consejo de Estado, donde se celebra que en la versión que se le presenta para su estudio se haya incorporado una modificación con respecto a la redacción inicial del Anteproyecto de 2018, se refiere a la inclusión de la Disposición Adicional cuarta donde se precisa

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 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.

A los efectos de los demás preceptos de este Código, salvo que otra cosa resulte de la dicción del artículo de que se trate, toda referencia a la discapacidad habrá de ser entendida a aquella que haga precisa la provisión de medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica.

Llama también la atención el Dictamen del Consejo de Estado sobre la terminología utilizada en los proyectados artículos 96, 756.7º, 782, 808, 822 y 1041, donde se hace alusión a expresiones como “situaciones de discapacidad” o “circunstancias físicas o psíquicas” o “situación física o psíquicas que le impida desenvolverse de forma autónoma”, sobre los que pide que se aclara o unifiquen la terminología, si bien, estas observaciones no han sido atendidas en la redacción del Proyecto de Ley presentado ante las Cortes.

Lo mismo podría suceder con la uniforme alusión a las medidas de apoyo para las personas con discapacidad. Quizás podría reservarse esta expresión cuando se refiere a las personas cuya dolencia afecte directamente a la capacidad de entender y querer, impidiendo la adecuada formación y manifestación de su voluntad. Sólo estas medidas precisan de determinación judicialmente (curador, defensor judicial) a excepción del guardador de hecho. Por el contrario, reservaríamos la expresión medidas de asistencia para la persona cuya discapacidad no afecta al proceso volitivo, por lo que no se requiere de resolución judicial, toda vez que es el propio sujeto quien libremente resuelve esta

situación, sin más precisiones que las generales establecidas en la Ley, pues su voluntad no está afectada por su discapacidad.

Si bien, el Proyecto de Ley utiliza la expresión asistencia para el supuesto de la prodigalidad (Título XII, De la asistencia en caso de prodigalidad), en concreto art. 300 párrafo segundo del Proyecto “En la resolución que declare la prodigalidad se nombrará a la persona que haya de asistir al pródigo...”, sin perjuicio de que se utilice idéntica expresión, aunque con diferente sentido, para los menores y las personas con discapacidad.

A la vista de estas cuestiones terminológicas, sería deseable que el texto definitivo que adopte el Código civil proporcionara las claves para poder establecer con facilidad las medidas de apoyo o asistencia necesarias en cada caso, y los mecanismos de salvaguardia que en cada situación procede, desde los casos en los que la persona que presta el apoyo sustituye a otra en la toma de decisiones, hasta quien simplemente la acompaña o la asiste en sus necesidades físicas, procurando evitar en todo momento el abuso y el daño a los intereses de la persona con discapacidad, aunque simplemente provengan del aprovechamiento de la especial posición de confianza que ocupa.

Cabe subrayar que el Proyecto de Ley descarta la distinción: capacidad jurídica, capacidad de obrar, toda vez que el propuesto artículo 249 se refiere solo al ejercicio de la capacidad jurídica, en consonancia con lo previsto en la Convención. Se mantiene únicamente la distinción entre capaz e incapaz, para referirse a los mayores o a los menores de edad. En el caso de los menores, la titularidad de los derechos no se va a ver afectada, solo su ejercicio, para lo que quedan habilitados sus padres. En defecto de progenitores, una resolución judicial nombrará a un tutor siguiendo las previsiones legales o la voluntad expresada por sus padres¹⁶. En los casos de hijos emancipados, entraría en juego el defensor judicial. Y para los mayores de edad, todos cuentan por igual de la titularidad y ejercicio de la capacidad jurídica, por lo que no se precisa de la figura del tutor, aunque puedan ser establecidas medidas de apoyo en atención a la discapacidad que se padezca.

Cumple ahora valorar, aunque sea de manera breve e incompleta, lo con-

16 De acuerdo con el artículo 199 del Proyecto de Ley, quedan sujetos a tutela “1º Los menores no emancipados en situación de desamparo. 2º Los menores no emancipados no sujetos a patria potestad”. Asimismo, art. 201, “Los progenitores podrán en testamento o documento público notarial designar tutor, establecer órganos de fiscalización de la tutela, así como designar las personas que hayan de integrarlos u ordenar cualquier otra disposición sobre la persona o bienes de sus hijos menores”.

tenido en el Proyecto de Ley como mecanismos de salvaguardia de la persona con discapacidad, entendida como medidas de protección ante lo actuado por la persona o personas que ejercen las medidas de apoyo.

La materialización del deber de salvaguardia impuesto por la Convención, sobre las medidas de apoyo, se recoge en el Título XI, bajo la rúbrica: *De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica*.

Nos va a interesar el desarrollo de la salvaguardia en el caso de las medidas de apoyo de origen judicial (curador, defensor judicial), voluntario (poderes preventivos), o meramente de hecho reconocidas en la Ley (los guardadores de hecho). Así, podemos destacar, de entre las que recoge el Proyecto de Ley, las siguientes:

Primero, con carácter previo.

Podríamos considerar como medidas de protección o salvaguardia de los intereses de las personas con discapacidad la previsión de que la adopción de medidas de apoyo se realice en vía judicial, a través de resolución judicial, cuyo proceso ha debido contar con la intervención del Ministerio Fiscal, lo que constituye una garantía en sí mismo. O cuando se trate de una medida de apoyo de origen voluntario, resulta una garantía que el documento exigido sea la escritura pública (art. 260 Proyecto de Ley).

Otra cuestión a tener en cuenta es el especial celo manifestado en las normas que contemplan las personas entre quienes deben ser seleccionados los encargados de prestar las medidas de apoyo, art. 275 y ss del Proyecto de Ley.

Si la autoridad judicial lo considera pertinente, *por concurrir razones excepcionales* puede exigirle al curador que constituya fianza con carácter previo para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones (art. 284 Proyecto de Ley).

Será precisa la constitución de inventario en los casos de los curadores con facultades representativas (art. 285, prf. 1º Proyecto de Ley), por su parte, cabe también adoptarse que “El dinero, alhajas, objetos preciosos y valores mobiliarios o documentos que, a juicio del Letrado de la Administración de Justicia, no deban quedar en poder del curador serán depositados en un establecimiento destinado a este efecto” (art. 285, prf. 4º Proyecto de Ley¹⁷).

17 En la anterior redacción dada a este artículo en el Anteproyecto de 2018 (art. 283) se autorizaba para la toma de esta decisión, además de a los Letrados de la Administración de Justicia, a los Notarios, referencia que ahora ha desaparecido.

Segundo, con carácter coetáneo

En el caso de la curatela, y de acuerdo con el artículo 249, habrá que vigilar que en el desarrollo de las medidas de apoyo se actúe siempre atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, en armonía con su situación y circunstancias (art. 249).

Otro elemento a vigilar es que las medidas de apoyo se ajusten a lo previsto expresamente en la resolución judicial, esto es, que la persona que ejerce el apoyo no se extralimite de sus funciones, por ejemplo, abusando de la confianza que la persona con discapacidad ha depositado en ella o interviniendo en más operaciones de las que le corresponde.

Todas estas medidas de control están establecidas por la ley, si bien, y en consonancia con la preeminencia dada a la voluntad del sujeto, la persona mientras está en pleno ejercicio de su capacidad puede prever, mediante escritura pública, quién desea ejerza la función de curador y qué particulares medidas de control deberá de soportar en los casos de autocuratela (arts. 271 y ss.). Entre las medidas particulares que puede adoptar se encuentra la posibilidad de reducir o excluir las medidas de vigilancia y control previstas en la ley para la figura del curador, lo que vinculará a la autoridad judicial, *ex* artículo 272, párrafo primero, sin perjuicio de las garantías establecidas en el apartado siguiente.

El artículo 287 del Proyecto de Ley enumera un elenco de actuaciones en las que el curador que ejerza su cargo con funciones de representación precisará de autorización judicial (oído el Ministerio Fiscal), una interpretación *sensu contrario* nos conduce a pensar que si el prestador de las medidas de apoyo no ejerce funciones representativas, pero apoya el desarrollo de una de estas actuaciones, no precisará de autorización judicial, por ejemplo, para *enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, bienes o derechos de especial significado personal o familiar, bienes muebles de extraordinario valor...* Lo que da un extraordinario protagonismo a las personas con discapacidad sobre su patrimonio, porque, salvo en los casos excepcionales que tuviera asignado un curador con carácter representativo, solo la persona con discapacidad es la legitimada para prestar válidamente el consentimiento, de acuerdo con la convención, de suerte que de ella depende, con la ayuda del curador, la toma de decisiones en aspectos tan destacados como los que contempla el artículo 287 del Proyecto¹⁸.

¹⁸ Artículo 287 Proyecto de Ley:

“El curador que ejerza funciones de representación de la persona que precisa el apoyo

Además de las situaciones que precisan de autorización (art. 287 Proyecto de Ley), se regulan otras necesarias de aprobación (art. 289 Proyecto de Ley), todo ello con participación del Ministerio Fiscal (art. 290 Proyecto de Ley).

Por su parte, el artículo 292 Proyecto de Ley obliga al rendimiento periódico de cuentas a los prestadores de apoyo.

En los casos de guardador de hecho, el artículo 265 Proyecto de Ley establece la posibilidad de que la autoridad judicial solicite del guardador de hecho, en cualquier momento de su actuación, que informe de sus actuaciones o que rinda cuenta.

En los poderes preventivos, debe saberse que en la escritura pública donde

necesita autorización judicial para los actos que determine la resolución y, en todo caso, para los siguientes:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

se recoge, el poderdante puede establecer las particulares medidas de control y vigilancia a las que desea se someta el apoderado. También puede establecerse en la escritura la excusa de vigilar o rendir cuentas de lo actuado a la persona encargada de la gestión de los intereses personales y patrimoniales del otorgante, y ello porque esa fue su voluntad manifestada conscientemente. No obstante, entendemos que lo previsto en el último apartado del artículo 258 Proyecto de Ley supone un límite, lo que se explica porque cuando la hipotética situación de abuso por parte del apoderado tuviera lugar, el poderdante ya no dispondría de las facultades cognitivas que sí tuvo cuando otorgó el documento, de suerte que no puede en el presente ni modificar ni revocar el poder. De ahí que se prevea que “Cualquier persona legitimada para instar el procedimiento de provisión de apoyos y el curador, si lo hubiere, podrán instar judicialmente la extinción de los poderes preventivos, si en el apoderado concurre alguna de las causas previstas para la remoción del curador”.

Tercero, con carácter posterior

El curador, al tiempo de la finalización de su cargo, deberá rendir ante la autoridad judicial cuenta general justificada de su administración (art. 292 Proyecto de Ley) además responderá de los daños que hubiese causado por su culpa o negligencia a la persona a la que preste apoyo (art. 294 Proyecto de Ley).

2. Propuesta de la Asociación de Profesores de Derecho civil

Esta obra es el fruto del esfuerzo de un destacado elenco de profesores de Derecho civil (más de 80), que tal y como se destaca en el prólogo, actúan desde el convencimiento de la necesidad de aprobar otro Código civil, desechando la vía de las modificaciones parciales como hasta ahora, en el deseo de propiciar el punto de partida hacia *un nuevo Código civil para este siglo XXI*.

Sirvan estas líneas como reconocimiento a la importante tarea asumida por este relevante grupo de profesores.

En el prefacio de la obra se relata como ante la previsión de *la importancia* y, añadimos, la trascendencia que la Propuesta va a suponer, se optó por

actuar con prudencia a la hora de acometer una tarea tan ambiciosa. De ahí que en su redacción haya predominado un criterio conservador, introduciendo en la regulación actual solo aquellas modificaciones que puedan recibir un consenso generalizado, siguiendo en ocasiones la pauta marcada por los trabajos de nuestra Comisión General de Codificación, por los diversos trabajos encaminados a la unificación del Derecho europeo o por nuestros Derechos civiles forales o especiales.

Valga, en nuestra opinión, como ejemplo evidente de la prudencia anunciada, de la búsqueda de consenso y la continuidad con las pautas marcadas por normas preexistentes, la propuesta efectuada para la regulación de la capacidad de las personas con discapacidad.

La Exposición de Motivos señala como referencia obligada para poder seguir la regulación propuesta en materia de capacidad

las normas internacionales de protección y salvaguarda de las personas vulnerables: el Convenio de Nueva York de Protección de las Personas con Discapacidad de 2006, en particular la observación número 1 del Comité de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad, y las Recomendaciones Europeas de 1999 y de 2009¹⁹. En esta comunión de normas insiste en “La alineación con las legislaciones en las que se prescinde de las restricciones de la capacidad –de acuerdo con las previsiones de la Convención [...] y con las recomendaciones del Comité de las Naciones Unidas derivadas de aquella [...]”²⁰.

Profundizando en la misma idea de concordancia entre los mandatos de la Convención y lo contenido en la Propuesta de Código civil se justifica que este ha sido redactado siguiendo “los principios de proporcionalidad y subsidiariedad, el respeto a la autonomía y, lo que es más importante, la propia dignidad de la persona”²¹. Tal y como sucediera con el Proyecto anteriormente examinado, el contenido de algunas de las afirmaciones vertidas en la Exposición de Motivos hace presagiar que esta concordancia, sin embargo, va a encontrar algunos escollos en su posterior desarrollo normativo. *Ad exemplum*, se sostiene que “Se ha considerado necesario clarificar quién debe prestar el consentimiento cuando los derechos de la personalidad afectan a un menor o a una persona con la capacidad de obrar modificada...”

Siguiendo con el examen de la Exposición de Motivos, a la que vamos a dedicar una especial atención, no solo por su extensión, sino por su gran interés, pues entendemos que sus autores se han preocupado de presentar la esencia del contenido de los preceptos dedicados a la regulación de cada materia, de suerte que estas líneas pudieran valer de una especie de declaración de intenciones o de interpretación auténtica de la norma propuesta. En este sentido se explica que:

19 Asociación de Profesores de Derecho civil, *Propuesta de Código civil*, op. cit., p. 97.

20 *Ibidem*, pp. 103 y 104.

21 *Ibidem*, op. cit, p. 105.

Tres son las características principales de este Título:

1. La alineación con las legislaciones en las que se prescinde de las restricciones de la capacidad –de acuerdo con las previsiones de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (CDPD) hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, y con las recomendaciones del Comité de Naciones Unidas derivadas de aquella– para focalizar la intervención en los apoyos y en la protección de la persona. La persona que no pueda actuar por sí solo necesita de un apoyo específico. La modificación de la capacidad se produce, pues, a través de la provisión de apoyos estables.

2. En este procedimiento de provisión de apoyos la regla es la curatela, quedando la tutela como medida subsidiaria para los supuestos en los que la participación de la persona protegida en su propio gobierno resulta manifiestamente inviable. Los principios de subsidiariedad y mínima intervención así lo demandan.

3. Se propone un sistema de pluralidad de apoyos y medidas de protección para la persona de carácter alternativo. Algunas de estas medidas tienen carácter más estable (curatela, tutela); otras son más puntuales, como es el caso de la nueva figura del defensor judicial. Algunas son de provisión judicial y otras basadas en la autonomía de la persona (poderes preventivos). Algunas se caracterizan por la clara intervención judicial, otras por que la iniciativa y la participación de la persona son cruciales (asistencia). Este sistema pretende cumplir con la máxima de ofrecer un traje a medida para proteger a las personas que no pueden en general o en un momento determinado salvaguardar sus intereses personales y patrimoniales por sí solas.

Si confrontamos todo lo que hasta ahora hemos conocido de la Propuesta a través de su Exposición de Motivos con el texto de la Convención, cabría concluir que la Propuesta se inclina por el mantenimiento del procedimiento judicial para la modificación de la capacidad, por la permanencia de la distinción capacidad jurídica, capacidad de obrar, entendida esta como la capacidad para el ejercicio de los derechos, diferente de la capacidad para ser titular de los mismos, todo ello sobre la base de padecer un determinado tipo de discapacidad, lo que posibilitaría, en según qué casos, nombrar un tutor que sustituya o represente al tutelado mayor de edad.

En puridad, nada de esto resulta casar con los mandatos de la Convención, pese a que se preconice la plena concordancia entre ambos textos. Cosa distinta es que se intente justificar esta situación sobre la certeza de que la realidad resulta pertinaz, de suerte que ni la redacción que se pudiera dar al articulado del Código civil, ni el espíritu de la Convención, pueden hacer olvidar que en el actual estado de la ciencia y la técnica persisten algunas discapacidades que impiden por completo al individuo, con independencia de las medidas de apoyo que se puedan adoptar, tomar las decisiones por sí mismo, de ahí una respuesta como la plateada en esta Propuesta. En palabras de la

Exposición de Motivos nos enfrentamos a una falta “absoluta de facultades de discernimiento [...] cuando la propia seguridad de la persona y sus intereses personales y patrimoniales aconsejan una medida de tal extensión”.

Pero, sin perjuicio de las explicaciones que pudiéramos encontrar, lo cierto es que estas decisiones solo pueden entenderse como contrarias a lo ordenado por la Convención que convierte en inútil la distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, porque resuelve que la capacidad en cuanto a su titularidad, ejercicio y disfrute, es igual para todos, sin distinción por razón de discapacidad, lo que significa la necesaria desaparición de soluciones que supongan la representación, o sustitución, de la voluntad de la persona con discapacidad a través de un procedimiento judicial que restrinja o excluya la capacidad²².

A la vista de lo expuesto, podríamos decir que el texto de la Propuesta opta por seguir una línea continuista, partidaria de mantener figuras como la patria potestad prorrogada y la tutela para los mayores de edad, además de los juicios de modificación de la capacidad, frente a una línea más próxima a la literalidad de la Convención y separada del actual Código civil, que propugnaría la desaparición de las figuras citadas (patria potestad prorrogada y tutela) y su sustitución, en todo caso, por un curador, sin admitir los juicios de modificación de la capacidad, ni el carácter general y duradero de la medida de apoyo.

Según la Propuesta “se contempla la tutela como una medida subsidiaria de la curatela, se ha considerado preferible conservar esa denominación para los supuestos en los que sea necesario representar a la persona de manera estable frente a la opción de renunciar a la misma en aras de reconducir todos los apoyos estables a una única institución, la curatela, aunque en tales casos se tratase de una *curatela representativa*”. Pues esta decisión podría ser considerada como una opción que “no tiene más que un alcance meramente nominalista, y que puede responder a un mayor respeto a la dignidad de las personas establecer que su protección debe producirse siempre a través de la curatela, aunque la misma sea representativa, es decir, aunque su contenido consista fundamentalmente en representar en una serie de actos a la persona protegida. Sin embargo, mantener la distinción, como aquí se propugna, tiene

22 Así se deduce, entre otros textos de la Propuesta articulada de reforma del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil para su adecuación al artículo 12 de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad, Madrid 13 de junio de 2012.

un alcance sustantivo, partiendo de que en ningún caso hablar de tutela puede suponer un menor respeto a la dignidad de la persona. Y es que distinguir entre la curatela, en la que debe contarse con la voluntad del curatelado, que el curador complementa, y la tutela, en la que no cabe contar con la voluntad, ni siquiera con la opinión, del tutelado cuando la misma no existe, contribuye a clarificar la diferencia entre situaciones sustancialmente diferentes”. Haciendo ver que ante la imposición de la realidad de personas que no pueden ejercer su capacidad, ni siquiera provistas de curador, prescindir de la figura del tutor, para hablar del curador representativo, se trataría de una mera cuestión terminológica, sin mayor trascendencia, defendiendo que la supresión de la distinción tutor, curador, ayudaría a complicar la regulación sustantiva de las figuras. En la búsqueda de argumentos que avalen su posición, plantea que de propugnarse la desaparición de la figura del tutor, como en el caso del Anteproyecto perdería sentido el mantenimiento de esta figura para los menores de edad e, incluso, de la patria potestad “Habría, pues, que prescindir de la tutela también para los menores y cuestionar el actual perfil de la patria potestad, como institución con un componente representativo esencial con respecto a los hijos menores de edad. Una cosa es introducir tanto en la tutela como en la curatela una graduación de su contenido en virtud de las necesidades de la persona protegida, lo que resulta manifiestamente deseable, y otra cosa es renunciar a la diferente protección que una y otra proporcionan en función del grado de modificación de su capacidad al que haya sido preciso someter a una persona”.

No resulta acertado, entendemos, hacer uso de esta comparativa, presuponiendo que la desaparición de la figura del tutor para los mayores de edad conllevaría, también, su desaparición para los menores, probablemente por diversos motivos, pero el que a nosotros nos interesa es que mientras la patria potestad y la tutela en los menores está marcada por un hecho objetivo y común a todos los individuos, su edad, ser menor de 18 años, dato objetivo sobre el que se sostiene el estado de incapaz, igual para todos (sin perjuicio siempre del cada vez mayor protagonismo otorgado a la capacidad natural²³)

23 Es preciso señalar que en el artículo 162-2, núm. 5, destinado a la capacidad de los menores de edad, se refiere expresamente a la capacidad de obrar de los menores de edad. También se refiere a la capacidad de obrar de los menores de edad el artículo 253-1, núm. 2, letra a), relativa a la representación legal de los hijos menores por sus padres, que no procederá cuando los primeros tengan capacidad de obrar, y ello pese a ser menores de edad.

las situaciones que originan el recurso a la tutela o la patria potestad prorrogada es la afectación por una discapacidad, y la previa modificación de la capacidad, lo que no repercute en todos los sujetos por igual, de suerte que establece un elemento diferenciador entre las personas mayores de edad en orden a la discapacidad que pueda o no padecerse, solución que contradice expresamente los mandatos de la Convención. En definitiva, no prejuzgamos la oportunidad de la desaparición de la figura de la tutela para el mayor de edad y su sustitución por la figura del curador representativo, quizás pueda ser este un mero giro terminológico, sino que no compartimos la inclusión en este debate, como argumento para el mantenimiento de la tutela del mayor de edad su equiparación con lo que sucede para los menores de edad.

Si analizamos la cuestión, no ya desde la Exposición de Motivos, sino, sobre el texto de los preceptos propuestos, llama nuestra atención que el primero de los artículos relativo a los principios generales (art. 171-1) en lugar de referirse a las personas con discapacidad, que parece la terminología generalmente aceptada, opte por la denominación personas con facultades disminuidas ¿es una manifestación de una toma de posición, o es nuevamente una mera cuestión terminológica sin trascendencia sustantiva?

La opción por la que apuesta el articulado de la Propuesta es la de unir al juicio de modificación de la capacidad, la asignación de medidas de apoyo estables para *la persona con discapacidad mental o intelectual* que no les permita *salvaguardar sus intereses personales y patrimoniales* (art. 172-1, núm. 1), siempre con la intervención del Ministerio Fiscal, como garante de los intereses de las personas con discapacidad, en todos los procedimientos. Artículo 172-1, número 3 *La provisión de apoyos estables se lleva a cabo mediante la modificación de la capacidad de la persona y la constitución de la curatela o de la tutela.*

En atención a la gran diversidad de situaciones que puede englobar la discapacidad (mentales, intelectuales, físicas o psíquicas, *ex art.* 171-1 núm. 1:) se introduce un sistema de asistencia (jurisdicción voluntaria), que completa el de las medidas de apoyo (juicio contradictorio), de suerte que el primero se destina solo a las personas que pueden tomar sus propias decisiones, aunque se encuentren afectadas por una discapacidad física o psíquica, o cuando su afectación es de carácter no permanente, y que las hace merecedoras de recibir una ayuda en cuestiones personales e, incluso, en la administración de su patrimonio.

Cabe subrayar, como un elemento positivo, la apuesta por la vía de la juris-

dicción voluntaria, que si bien no será factible en todos los casos, por ejemplo, por concurrir intereses contradictorios, resulta lo deseable, en atención a lo previsto en la Convención y resulta continuista con el camino emprendido por nuestro ordenamiento a favor de los mecanismos de jurisdicción voluntaria.

En cuanto a las instituciones de apoyo, el artículo 171-2 prevé para *las personas necesitadas de protección*: la curatela, la tutela, la asistencia, los poderes preventivos, el defensor judicial y la guarda de hecho. Contrasta la redacción de este precepto con el párrafo primero del artículo 250 del Proyecto de Ley que, recordemos, se refería solo a tres mecanismos de apoyo: guarda de hecho, curador y defensor judicial, con la particularidad de situar la regulación de la guarda de hecho antes que la curatela, justo al contrario de la Propuesta.

Para la Propuesta, son consideradas medidas de apoyo estables: la tutela y la curatela; que están destinadas a la persona que por su discapacidad *mental o intelectual no puede por sí sola salvaguardar sus intereses personales y patrimoniales* (art. 172-1, núm. 1). Medidas de apoyo que pueden *asistir o representar a la persona en el ejercicio de la discapacidad*.

La designación del curador o tutor puede ser voluntaria (solución preferente), judicial o automática (en caso de resolución judicial de desamparo, art. 174-1, núm. 1).

Procederá la curatela, art. 175-1 para “la persona con discapacidad mental o intelectual para su propia protección [...] cuando aquella necesite ser asistida en la toma de decisiones que afecten a sus intereses personales, familiares o patrimoniales”, art. 175-2 “tiene por objeto la asistencia del curador para aquellos actos que expresamente impone la sentencia que la haya establecido. En lo no previsto en la misma la persona conserva la capacidad para actuar por sí sola”. El artículo 174-4 se refiere al concurso del curador, haciendo pensar que deba buscarse el consenso, la sintonía entre la voluntad de la persona asistida y lo que el curador considera más acorde con sus intereses personales y patrimoniales, pero ¿qué sucedería cuando el asistido y el curador mantuvieran posiciones discrepantes ante un mismo asunto, cuando el curador entendiera que lo manifestado por la persona a la que apoya es claramente contrario a sus intereses personales o patrimoniales? En estos casos cabría que el curador pidiera autorización al poder judicial para la conclusión del acto para el que, o bien, no llegan a un concurso, o bien, por su complejidad, o por las particularidades de la discapacidad en ese preciso momento, no permitieran alcanzar el concurso (art. 175-5). Prueba de que la actuación del

curador en el proceso volitivo es conjunta con la persona con discapacidad y no representativa de esta, es que incluso en los casos en los que el curador se niegue a actuar, podría la persona sujeta a curatela pedir del juez autorización para realizar el acto por sí solo (art. 175-6). Parece entonces que la curatela está prevista para aquellos supuestos en los que la afectación de la capacidad no impide, con la suficiente asistencia del curador, la formación de la voluntad por la persona con discapacidad, de manera que la decisión sea la que él adopta con el concurso del curador, que permite pensar que es acorde con sus intereses personales o patrimoniales, pero sin sustituirlo, sin representarlo. La labor del curador es de apoyo, solo excepcionalmente, en supuestos particulares, art. 175-5, podría solicitar del juez una autorización *ex profeso* para la conclusión de un acto, pero como una solución puntual.

Cabría concluir que el curador asiste y ayuda a que la persona con discapacidad forme su voluntad, ejerza ella misma su derecho, por lo que nada habría que objetar desde el punto de vista de la Convención, salvo que el nombramiento del curador se ha realizado a través de un proceso judicial de modificación de la capacidad del sujeto en orden a la discapacidad padecida por la persona.

Junto a la curatela se sitúa la tutela, como respuesta para las personas afectadas por una dolencia grave que les imposibilita, no solo a la toma de decisiones por sí mismas, sino también, con la intervención de un curador. Así el artículo 176-2 ordena que “El tutor suple a la persona en los actos mencionados específicamente en la sentencia o en la ley, ostentando su representación de manera estable” no se precisa que la representación sea general, por lo que cabría entender que la sentencia que establece la modificación de la capacidad del sujeto y la intervención del tutor pudiera marcar que el tutor actuara como representante solo en determinados actos y no en todos, buscando el concurso con el tutelado en el resto de supuestos, o incluso dejándolo solo en todo lo que pudiera decidir por sí mismo en orden a su capacidad natural. Y todo ello, sin perjuicio, de la previsión de actuaciones para las que el tutor deberá pedir autorización judicial (art. 176-3).

Frente a las medidas de apoyo estables, curador y tutor, se sitúa un tipo específico de apoyo denominado asistencia. Esta medida se adopta por resolución judicial, en un juicio de jurisdicción voluntaria, solicitado por la propia persona afectada de una *disminución de facultades físicas o psíquicas o por hallarse en situaciones intermitentes de falta de capacidad* (art. 177-1), sin que en estos casos se llegue a modificar su capacidad. Las funciones del asis-

tente son las que expresamente determine la sentencia, art. 177-2 núm. 3, “En el ámbito patrimonial el asistente puede intervenir con la persona asistida en los actos y negocios expresamente señalados por el juez. Asimismo cabe atribuir al asistente funciones de administración de la persona asistida”. La inclusión de esta nueva medida de apoyo en el texto del Código civil, por lo general, resulta muy aplaudida y encuentra similitud con las iniciativas adoptadas en algunos textos civiles de nuestro entorno²⁴.

Como viene siendo ya frecuente, en el desarrollo normativo de las medidas de apoyo ostentan un especial protagonismo las previsiones de carácter voluntario adoptadas sobre las mismas, mecanismos como la autotutela, o la autoprotección. De lo que se trata, es de que el sujeto, mientras disfruta de plenas facultades cognitivas, manifieste en documento público las previsiones relacionadas con la adopción de futuras medidas de apoyo, tales como quién desea que ejerza la medida de apoyo estable, o cómo quiere que se organice ésta... Por ejemplo, puede decidir quién quiere que sea su tutor y si éste debe recibir una retribución por la tarea desempeñada, pese al carácter gratuito establecido en la Propuesta (art. 173-4) para el desempeño de este cargo... todo ello en previsión de una hipotética pérdida de facultades que aconsejen más adelante la adopción de medidas de apoyo (art. 174-2). También puede proyectar, cuando aún no está afectado gravemente por la discapacidad, cómo desea que se resuelva su futuro, pero al margen de la intervención judicial (tutor, curador). En esos casos hará uso de un poder preventivo o, incluso, puede hacer compatible en la escritura pública la figura de la autotutela y el poder preventivo (Art. 174-2, núm. 4 “siendo posible designar un curador o tutor que compatibilice su función con un mandatario preventivo...”).

A las medidas de origen extrajudicial, como los poderes preventivos, se suma la posible determinación de soluciones futuras a través de la aplicación de las reglas adoptadas en el documento regulador del régimen económico matrimonial (art. 171-1, núm. 6).

24 En este punto nos remitimos al estudio de la profesora VIVAS TESÓN, Inmaculada, relativo a la existencia e importancia de otras formas de apoyo a las personas con discapacidad más allá de la tutela y la curatela. Especialmente interesante resulta su análisis del administrador de apoyo del Derecho italiano, o la referencia a otros ordenamientos jurídicos europeos (Francia, Austria, Alemania, Inglaterra) en su obra titulada *Más allá de la capacidad de entender y querer... Un análisis de la figura italiana de la administración de apoyo y una propuesta de reforma del sistema tutitivo español*, Observatorio Estatal de la Discapacidad, Badajoz, 2012 (Premio de la Investigación del Observatorio Estatal de la Discapacidad), esp. pp. 33 a 58.

Asimismo, se prevé la figura del defensor judicial, con un carácter protector, pero con una nueva formulación, tal y como se anunciara en la Exposición de Motivos.

Cabe destacar, el preponderante papel concedido en la Propuesta a la guarda de hecho, en consonancia con el Proyecto de Ley, sometido, pese a su carácter de figura de hecho al control judicial, dado que nada debe escapar de las medidas de salvaguardia de los intereses personales y patrimoniales de la persona con discapacidad, en cumplimiento de los mandatos de la Convención contenidos en el número 4 del artículo 12.

Cabe decir que en este texto, a diferencia de lo que comentábamos para el Proyecto de Ley, quizás resulte más claro diferenciar en qué casos se refiere a todas las personas con discapacidad (mental, intelectual, física o psíquica) y en qué otras circunstancias se refiere únicamente a la discapacidad mental o intelectual, entendida como la falta de capacidad de entender y querer, y las previsiones para uno y otro caso. Pero pudiera ser que el motivo se encuentre en el hecho de que en esta Propuesta no se ha transitado hacia la unificación terminológica, y se sigue manteniendo, en atención a la regulación prevista, la distinción entre personas con discapacidad y personas con la capacidad modificada judicialmente, incluso en algunos preceptos de la Propuesta se mantiene la referencia a los incapacitados.

Por último, es el momento de analizar, aunque sea someramente, algunas de las medidas de protección previstas en la Propuesta para la salvaguardia de las personas con discapacidad frente a las actuaciones de las personas que le prestan su apoyo o asistencia, todo ello en cumplimiento de los mandatos impuestos por la Convención.

Como mecanismos de salvaguardia, de carácter previo, puede subrayarse la imposición de exigencias formales para la adopción de medidas de origen voluntario, que han de contemplarse en escritura pública (art. 174-2, núm. 1).

En el caso de las medidas de apoyo de origen judicial, la garantía de los intereses de la persona con discapacidad proviene precisamente de la intervención del juez, en un procedimiento judicial reglado, con la participación del Ministerio Fiscal.

Así mismo, el deseo del legislador por salvaguardar los intereses de la persona con discapacidad le lleva a adoptar una serie de previsiones legales que faciliten la mejor elección, por parte del juez, de la figura del tutor o curador (art.174-5; 174-10 y ss.)

Una vez constituida la institución de tutela o curatela, el artículo 174-14,

núm. 1, letra e), les impone el deber de “Prestar fianza y realizar inventario”, todo ello, en aras de la mejor protección de los intereses personales y patrimoniales de la persona con discapacidad.

Como ejemplo de medidas de salvaguardia de carácter coetáneo, el artículo 173-1 ordena que quien preste una medida de apoyo debe comportarse siempre con la diligencia de un buen padre de familia, resultando sus actuaciones bajo el control de los tribunales, con la vigilancia del Ministerio Fiscal, debiendo responder por los daños causados por su actuación culpable o negligente.

Precisamente, en previsión de posibles daños, el artículo 173-7 adopta una serie de prohibiciones de actuar, con la única intención de proteger los intereses de la persona que recibe el apoyo en los casos de liberalidades o conflictos de intereses con quien lo presta.

Con carácter posterior, una vez finalizada la medida de apoyo, el artículo 174-14, núm. 1, letra f), considera obligaciones del tutor y el curador “Rendir cuentas de su actuación al cesar en sus funciones”. También, el guardador de hecho (art. 180-4 núm. 2) puede ser requerido por la autoridad judicial para que rinda cuentas de lo actuado al finalizar su labor.

3. Propuesta articulada de reforma del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil para su adecuación al artículo 12 de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad

Procede el turno al examen del texto aprobado por la Subcomisión de Expertos sobre el Procedimiento de Modificación de la Capacidad de Obrar del Real Patronato sobre Discapacidad²⁵, firmado en Madrid, el 13 de junio de 2012²⁶. Interesa esta propuesta, por cuanto recoge el sentir no solo de especialistas en Derecho, muchos y muy cualificados, sino de representantes de destacadas asociaciones que agrupan y defienden los intereses de las personas con discapacidad²⁷.

Prueba de la importancia de esta Propuesta resulta el acomodo que des-

²⁵ El Real Patronato sobre Discapacidad aparece dentro de la Estructura orgánica del Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030. https://administracion.gob.es/pagFront/espanaAdmon/directorioOrganigramas/fichaUnidadOrganica.htm?idUnidOrganica=127958&origenUO=gobiernoEstado&volver=gobiernoEstado#.XxFwkUdS_IU

²⁶ Puede consultarse en: <https://www.notariosyregistradores.com/AULASOCIAL/2013-PropuestaModificacionCCLEC.pdf>

²⁷ AEDIS, FEAPS, IMSERSO, FEAFES, ONCE.

pués encontrará en el Proyecto de Ley de julio de 2020²⁸ que aborda la regulación de la capacidad jurídica, a la luz del artículo 12 de la Convención, en el ordenamiento jurídico español. Así se recoge expresamente en el Dictamen del Consejo de Estado de 11 de abril de 2019²⁹ relativo *al Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad, en el ejercicio de su capacidad jurídica*, texto del Anteproyecto que luego se presenta a la Mesa del Congreso de los Diputados como Proyecto de Ley, del mismo título, con fecha 8 de julio de 2020 y calificado el 14 de julio del mismo año.

Interesa destacar que, tras el análisis del derecho comparado y, en la línea indicada por la Propuesta articulada de la Subcomisión de Expertos sobre el Procedimiento de Modificación de la Capacidad de Obrar del Real Patronato sobre Discapacidad, formulada el 13 de junio de 2012 (“Propuesta de 2012”), el informe del Consejo Fiscal aconseja que el proceso de provisión de apoyos de la persona con discapacidad pueda ser sustanciado en un expediente de jurisdicción voluntaria si no hay oposición, opción que acoge el Anteproyecto que se somete a dictamen.

En la introducción del texto de la Propuesta se justifica la necesidad de modificar la actual regulación prevista sobre la materia en el Código civil y en la Ley de Enjuiciamiento civil, en cuanto resulta incompatible con los mandatos de la Convención. No es posible mantener un sistema, como el actual, en el que para la asignación de un curador que preste apoyo a la persona con discapacidad sea preciso un proceso judicial previo de modificación de su capacidad. Tampoco resulta apropiado el sistema previsto de sustitución de la capacidad, sobre la base de una sentencia que declara la incapacitación total (en algunos casos parcial) del sujeto y el nombramiento de un tutor.

Aboga esta propuesta, en consecuencia, por la desaparición de la distinción capacidad jurídica, capacidad de obrar, en tanto innecesaria, dado que la primera engloba a la segunda, pues a partir del mandato de la Convención ningún mayor de edad podrá ser privado del ejercicio de los derechos de los que resulta indubitadamente titular. Pero paradójicamente, la redacción dada

28 http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas?_pi_ref73_2148295_73_1335437_1335437.next_page=/wc/servidorCGI&CMD=VERLIST&BASE=IW14&PIECE=IWA4&FMT=INITXD1S.fmt&FORM1=INITXLUS.fmt&QUERY=%28I%29.ACIN1.+%26+%28DISCAPACIDAD%29.ALL.+%26+%28%22PROYECTO-DE-LEY%22%29.SINI.&DOCS=1-1

29 <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2019-34>

al artículo 199³⁰ de la Propuesta hace referencia expresa a la capacidad de obrar, en un precepto que entendemos, además de innecesario, resulta contradictorio con la posición de partida expresada en la introducción. Hubiese sido suficiente con afirmar, en sintonía con la Convención, que los mayores de edad disfrutan de plena capacidad jurídica, en todos los ámbitos de la vida, lo que convierte en superfluo e innecesario el artículo 199 de la Propuesta.

Como repuesta a las necesidades de apoyo para “la toma de decisiones que garanticen la validez de sus actos” (art. 199, prf. 2º), el artículo 200 propone un doble sistema, en atención al tipo y a la intensidad de la discapacidad.

1. La persona con discapacidad podrá determinar los apoyos puntuales que precise o verificarlos en instrumento público para su constancia ante terceros, cuando el fedatario determine que le asiste la capacidad natural suficiente a tal fin, debiendo adoptarse en instrumento público cuando se refieran a la capacidad para contratar, realizar declaraciones, asumir obligaciones, actuar frente a la administración, o se trate de actos con consecuencias para terceros.

2. Cuando la persona con discapacidad no pudiese ejercitar su capacidad en los términos establecidos en el apartado anterior, corresponderá a los órganos judiciales competentes la determinación de los apoyos precisos, en función de la relevancia de los actos en que aquellos sean necesarios, y de la intensidad y duración de tales apoyos, a fin de que mediante estos se garantice la eficacia del ejercicio de la capacidad jurídica de las personas que lo requieran. Los órganos jurisdiccionales también deberán establecer las salvaguardas adecuadas y efectivas para impedir abusos.

Pero, ¿cómo resuelve el texto de la Propuesta la situación de las personas cuya discapacidad no les permite, en modo alguno, crear su voluntad? Para estos casos se prevé el apoyo intenso (art. 225), que a la postre no significa más, nuevamente, que un supuesto de sustitución de la capacidad, en concreto se refiere a ella como “un apoyo intenso que determinará su representación” pero sin que se precise, y esta resulta la clave, un proceso judicial previo de modificación de la capacidad. Sí es necesaria la intervención judicial, en un proceso contradictorio, con participación del Ministerio Fiscal, en el que se valore expresamente la situación del sujeto en orden al desarrollo efectivo de su capacidad, pero nunca para excluirla o limitarla, solo para salvaguardarla. Ciertamente es que esta medida se prevé con carácter excepcional y preferentemente para actos o negocios jurídicos concretos, de forma puntual y no generali-

30 Art. 199 de la propuesta “Todas las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica y de obrar en condiciones de igualdad con las demás en todos los aspectos de la vida”.

zada, pero también es cierto que recurre a la sustitución, aunque “para proteger los intereses de la persona que no pueda ejercer su capacidad jurídica mediante otro tipo de apoyos [...] La resolución judicial deberá precisar los términos en los que se llevará a cabo la representación, adoptando las salvaguardas que estime precisas...”. “Para los actos y derechos personalísimos será necesaria resolución independiente y específica”.

Pero la medida de apoyo, del tipo que sea, no puede ser entendida como una restricción a la capacidad jurídica, o la autonomía del individuo, sino como el camino para asegurar el ejercicio de su capacidad (art. 205.2). Llama la atención que asentadas estas premisas, acordes con la Convención y con lo aconsejado por el Comité, sin embargo, se utilicen en el texto propuesto expresiones como “personas que tengan limitado el ejercicio de la capacidad”. Así se incluye, entre otros, en el artículo 626, cuando prevé que para la aceptación de donaciones condicionales a favor de persona con discapacidad se precisa de la intervención de las medidas de apoyo en cuanto “personas que tengan limitado el ejercicio de su capacidad”, idéntica expresión se repite en el artículo 755, en el ámbito de la herencia, en el artículo 1301 para la nulidad de los contratos, en el artículo 1932 para la prescripción... Pudiera ser que se refiera no a una limitación originada en una resolución o una sentencia, sino a la limitación física, psíquica o sensorial que se padezca y la posible consecuencia que produzca sobre la capacidad de cada sujeto. Pero más parece una herencia de un lenguaje y unas fórmulas ya pasadas y que, de acuerdo con el espíritu propugnado en esta Propuesta, deberían desaparecer. Resulta difícil coordinar la expresión utilizada en estos preceptos con los mandatos de la Convención en orden a la imposibilidad de limitar ni la titularidad, ni el disfrute de la capacidad jurídica.

El texto, en línea con la que parece una tendencia muy marcada en estos tiempos, realiza una decidida apuesta por los sistemas de apoyo de origen voluntario, pero a diferencia de otros textos, no parece obligatoria, o no queda muy clara la exigencia de su constitución en escritura pública, instrumento, que en nuestra opinión, resulta esencial, por la seguridad jurídica que ofrece, máxime porque entre su adopción y su posterior aplicación puede haber pasado un periodo de tiempo más o menos largo, en según qué casos, pero en el que el sujeto ya no está en disposición de confirmar, por la discapacidad que le afecta, la existencia del propio documento y su contenido (art. 202).

A la luz de la defensa de las medidas voluntarias se proyecta un sistema en el que las medidas judiciales deberían tener un carácter residual, solo cuando

el sujeto no lo ha previsto libremente, o en los casos en los que pese a su decisión se aconseje la intervención judicial.

Como una novedad, en el ámbito del diseño de las diferentes medidas de apoyo, se presenta la figura del gestor de apoyo, con función de coordinación, que nos parece muy interesante, y que sería el “responsable directa de hacer efectivas y coordinar las medidas de apoyo preciso para acompañar y asistir activamente a la persona apoyada a fin de que ésta pueda adoptar con la máxima autonomía sus propias decisiones” (art. 206).

También le otorga un protagonismo muy destacado este texto a la figura del guardador de hecho, regulado en los artículos 219 a 223.

En cuanto al deber de implementar medidas de salvaguarda de los intereses personales y patrimoniales de la persona con discapacidad frente a las actuaciones de los responsables de las medidas de apoyo, con carácter previo se prevé un conjunto de prescripciones relativas a los operadores que deben intervenir en su proceso de determinación (Notarios, Jueces...), además de establecerse precauciones relacionadas con la elección de la persona más adecuada para prestar el apoyo en cada caso. El artículo 228 contempla la posibilidad de que el juez pueda exigir la prestación de una fianza o la constitución de una garantía. Asimismo, se contempla la publicidad de todo lo relativo a las medidas de apoyo en el Registro Civil.

Con carácter coetáneo, las medidas de apoyo están también sujetas a mecanismos de control para proteger los intereses de las personas con discapacidad, de ahí el sometimiento al control periódico por la autoridad judicial, que puede concluir en el cese de la medida y la exigencia de responsabilidades. Las tareas previstas para cada medida de apoyo deben ser desempeñadas con respeto a la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad (art. 212.1).

También deberán dar cuenta a la finalización del cargo.

4. Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro 2º del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia

Especialmente interesante resulta el examen de las soluciones ofrecidas por el texto del Código Civil Catalán (CCC), en cuanto texto legal vigente, adaptado a los criterios de la Convención y que cuenta con un recorrido temporal estimable³¹. Ciertamente es que se trata del análisis de una norma de una con-

31 BOE núm. 203, de 21 de agosto de 2010.

creta Comunidad Autónoma, sin proyección sobre el territorio de Derecho común, pero no es menos cierto, que la realidad regulada, la capacidad de las personas, y su organización a la luz de los criterios impuestos por la Convención de Nueva York, no debería diferir mucho, al menos no en lo substancial, de lo que debiera ser la futura regulación en el Código civil. Por otro lado, entendemos que la ordenación de una materia como la que nos ocupa debería guardar una necesaria homogeneidad entre todos los territorios del Estado, en aras a la mejor protección de los destinatarios de estas normas y para facilitar las medidas de apoyo y salvaguardia con independencia del territorio del Estado donde se encuentre. A día de hoy, por ejemplo, aunque sea en otro contexto, una persona que recibe una ayuda tras la declaración de la dependencia por una determinada CCAA resulta afectada si cambia su domicilio a otra CCAA del Estado, viéndose obligada a realizar nuevos trámites costosos, fundamentalmente en tiempo, que ya había realizado. Esto es precisamente lo que se debería evitar en la regulación de los intereses de cualquier colectivo vulnerable. El fenómeno de la globalización y la homogeneización a los que tienden actualmente las sociedades, no explica que en zonas tan próximas territorial y culturalmente, como son las diferentes territorios de Derecho común o foral en España, mantengan diferencias en materia de capacidad jurídica³². El propio Preámbulo de la norma catalana pone el acento en la evo-

32 La Memoria que acompaña al Anteproyecto de 2018, en su análisis de impacto, a propósito de la adecuación al orden de distribución de competencias señala “Conforme al Estatuto de Autonomía de Cataluña, corresponde a la Generalitat la competencia exclusiva en materia de Derecho civil, con la excepción de las materias que el artículo 149.1.8ª de la Constitución atribuye en todo caso al Estado. La Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil catalán, relativo a la persona y la familia, regula la capacidad jurídica y las instituciones tutelares.” En esta misma línea se salva lo ordenado por la Autonomía de Galicia “El Estatuto de Autonomía de Galicia atribuye a esta Comunidad Autónoma la conservación, modificación y desarrollo de las instituciones del Derecho civil gallego. Al amparo de este título competencial ha sido dictada la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia cuya Exposición de Motivos indica el propósito de, mediante dicha Ley, desarrollar en todos sus aspectos aquellas instituciones jurídico-privadas que realmente estuvieran vivas en el derecho propio de Galicia. Entre estas instituciones, además de regular en el ámbito de la protección de menores la tutela administrativa y la guarda administrativa, regula la autotutela como mecanismo que permite a cualquier persona mayor de edad, en previsión de una eventual incapacidad proponer en escritura pública la persona o personas, físicas o jurídicas, para que ejerzan el cargo de tutor, nombrar sustitutos de los designados para ejercer la tutela y excluir a determinadas personas para el cargo.” Y por la Autonomía de Aragón “Conforme al Estatuto de Autonomía de

lución padecida por la sociedad en la concepción de la familia y del individuo, destacando la idea de la coincidencia con lo sucedido en los territorios de su entorno.

Pero ninguna de estas consideraciones puede eludir el mérito del legislador catalán que ha actuado responsablemente y ha adaptado su texto a los criterios previstos en la Convención, frente a la actitud, inexcusable, de dejadez del Estado español que durante más de una década ha hecho caso omiso a lo que la Convención impone y el Comité le insta.

¿Cómo se enfrenta el Derecho catalán a la cuestión de la capacidad de las personas con discapacidad?

Desde el Preámbulo de la norma, en el apartado relativo a los Principios, apunta ya algunas cuestiones claves. De una parte, delimita el colectivo de personas a las que va destinadas las medidas sobre discapacidad, entendido como un conjunto de ciudadanos especialmente vulnerables, donde se sitúan “por razón de edad o de disminución psíquica o física”. De otro lado, siguiendo los criterios de la Convención, proclama el máximo respeto a la autonomía de la voluntad de estos mismos sujetos.

Más adelante, también en el Preámbulo, se advierte de que “la principal

Aragón, corresponde a esta Comunidad Autónoma la conservación, modificación y desarrollo del Derecho foral aragonés. La Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la Persona desarrolla las normas sobre capacidad y estado de las personas físicas y de las instituciones civiles para la protección de menores e incapaces contenidas en la Compilación de 1967. En consecuencia, regula la incapacidad e incapacitación y las instituciones tutelares.” <https://ficheros.mjusticia.gob.es/APL%20por%20la%20que%20se%20reforma%20la%20legislaci%C3%B3n%20civil%20y%20procesal%20apoyo%20personas%20discapacidad.pdf>

El Dictamen del Consejo de Estado señala “la reforma proyectada del Código Civil se entiende sin perjuicio de las disposiciones que puedan aprobarse en las comunidades autónomas con derecho civil propio, las cuales tienen aplicación preferente de acuerdo con el artículo 149.1.8ª de la Constitución y los correspondientes estatutos de autonomía, siéndoles de aplicación la proyectada ley con carácter supletorio, conforme a la regla general del artículo 13.2 del Código Civil. En concreto, esas comunidades son Cataluña, cuya Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil catalán, relativo a la persona y la familia, regula la capacidad jurídica y las instituciones tutelares; Galicia, que regula esta materia en la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia; y Aragón, en cuya legislación civil destaca la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la Persona, hoy derogada e integrada en el Código del Derecho Foral de Aragón, aprobado por Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón.” <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2019-34>

característica del título II es que incorpora una gran variedad de instrumentos de protección, que pretenden cubrir el abanico de situaciones en que pueden encontrarse las personas con discapacidad.” Para seguidamente proclamar que “La presente ley mantiene las instituciones de protección tradicionales vinculadas a la incapacitación, pero también regula otras que operan o pueden eventualmente operar al margen de ésta...” Queda al descubierto el mantenimiento en el CCC de la vía de la incapacitación judicial previa, como camino para la obtención de determinadas medidas de protección como el tutor (art. 222-1), curador y el defensor judicial, y ello cuando el mismo texto reconoce que “Este modelo ha sido guiado por la idea de considerar que la incapacitación es un recurso demasiado drástico y, a veces, poco respetuoso de la capacidad natural de la persona protegida”.

Ya en el articulado del CCC destacamos el protagonismo otorgado a los mecanismos de protección de origen voluntario, lo que de manera coherente, se acompaña de la regulación de la figura de los poderes preventivos (art. 222-2), estableciendo su estructura básica. Dedicamos, también, un capítulo a la regulación de la protección patrimonial de la persona discapacitada o dependiente (art. 227, núm. 1 a 9), de la que el Preámbulo comparte la preocupación del legislador por la falta de uso dada a una institución tan notable para la defensa de las necesidades de las personas con discapacidad, haciendo hincapié en un punto muy relevante, del que la regulación en el ámbito del Derecho común debería apropiarse, como es “la idea que este patrimonio no responde de las obligaciones de la persona beneficiario, ni tampoco de las de la persona constituyente o de quien hizo las aportaciones, sino que únicamente queda vinculado por las obligaciones contraídas por el administrador para atender a las necesidades vitales de la persona protegida”. Esto es, constituye un patrimonio autónomo, no solo en atención al destino, a la administración o gestión, sino también, en orden a la responsabilidad, partiendo de que el beneficiario carece de la propiedad de los bienes que constituyen el patrimonio protegido, como tampoco la ostentan ni el constituyente ni el administrador. El artículo 227-2:

1. El patrimonio protegido comporta la afectación de bienes aportados a título gratuito por el constituyente, así como de sus rendimientos y subrogados, a la satisfacción de las necesidades vitales del beneficiario. Se identifica mediante la denominación que consta en la escritura de constitución y es un patrimonio autónomo, sin personalidad jurídica, sobre el cual el constituyente, el administrador y el beneficiario no tienen la propiedad ni ningún otro derecho real.

2. El patrimonio protegido no responde de las obligaciones del beneficiario, ni tampoco de las del constituyente o de quien hizo aportaciones. Sin embargo, las aportaciones efectuadas a un patrimonio protegido después de la fecha del hecho o del acto del que nazca el crédito no perjudican a los acreedores de la persona que las efectuó, si faltan otros recursos para cobrarlo. Tampoco perjudican a los legitimarios.

También previene la figura de la autotutela (art. 222-4) como medio para instituir, entre otros, el consejo de tutela como especial mecanismo de supervisión y participación, de algún modo, en la proyección de las soluciones futuras en caso de pérdida o deterioro sobrevenido de la capacidad, permitiendo la elección del tutor, además de la incorporación de directrices sobre algunos aspectos de su actuación.

Por lo que a la adaptación de la norma a lo prevenido en el artículo 12 de la Convención se refiere, ya vimos como se mantiene el juicio para la incapacitación de la persona con discapacidad, si bien se advierte de que “las referencias del libro segundo a la incapacitación y a la persona incapacitada deben interpretarse de acuerdo con esta convención, en el sentido menos restrictivo posible de la autonomía de la voluntad”. En nuestra opinión, no cabe interpretación posible de un texto posterior a la Convención, a la luz de los criterios de la propia Convención, si este texto incluye la posibilidad de seguir un procedimiento judicial de incapacitación como vía para la determinación de las medidas de apoyo necesarias, por muy excepcional o residual que se considere. La Convención, sostiene, sin lugar a dudas, que la capacidad es igual para todos, y nadie puede ser privado de la misma en atención a la posible discapacidad que padezca. Los procedimientos deben seguirse para que, una vez constatada la discapacidad, se provea a la persona de los mecanismos de apoyo y salvaguarda que precise, esto es, debe tratarse de un proceso de provisión de apoyo, pero de lo que nunca debiera tratarse, si se desea actuar al amparo de la Convención, es de un proceso para la incapacitación o la declaración de la capacidad modificada judicialmente, como fase previa a la adopción de las concretas medidas de apoyo.

El artículo 211-3 CCC se refiere a la regulación de la capacidad de obrar, que se alcanza con la mayoría de edad, pero que se fundamenta en la capacidad natural cuya afectación justificaría el juicio de incapacitación para la limitación de la capacidad de obrar y excluiría la capacidad en el ámbito negocial³³.

33 En el comentario al artículo 211-3, en PUIG BLANES, Francisco de Paula, SOSPEDRA NAVAS, Francisco José (Coords.), *Comentarios al Código civil de Cataluña*, Tomos

Se mantiene la tutela, como figura que sustituye o representa a la persona con discapacidad, que puede tener su origen en un acto voluntario (mortis causa, o inter vivos), o judicial. Sin perjuicio de la enumeración relativa al contenido de la tutela, los artículos 222-35 a 222-47, el último de ellos se refiere a la representación legal que le corresponde al tutor, esto es, la sustitución del tutelado, salvo en los siguientes actos:

- a) Los relativos a los derechos de la personalidad, salvo que las leyes que los regulen establezcan otra cosa
- b) Los que pueda realizar el tutelado de acuerdo con su capacidad natural, en la tutela de menores, los relativos a bienes o servicios propios de su edad, de acuerdo con los usos sociales.
- c) Aquellos en los que exista un conflicto de intereses con el tutelado
- d) Los relativos a los bienes excluidos de la administración de la tutela o, si procede, de la administración patrimonial, de acuerdo con los artículos 222-41 y 222-42.

Además de la tutela se prevé la figura de la curatela que procede, según el artículo 223-1, para “Los incapacitados con relación a los que no se haya considerado adecuada la constitución de la tutela” además de para los pródigos y los menores de edad emancipados... El artículo 223-4 relaciona el contenido de la curatela que conforme al núm. 1 se establece que “no tiene la representación de la persona puesta en curatela” por consiguiente “se limita a completar su capacidad”. No obstante, el artículo 223-6 prevé que “La sentencia de incapacitación puede conferir al curador funciones de administración ordinaria de determinados aspectos del patrimonio de la persona asistida, sin perjuicio de las facultades de esta para hacer los demás actos de esta naturaleza por ella misma”. A la vista de los textos transcritos, tampoco parece ser una solución el recurso a la curatela, como figura preferente a la tutela, como preconizan algunos de los textos analizados, o algunos autores, dado que el curador, en algunos casos de incapacitación parcial, puede venir autorizado por la sentencia de incapacitación para actuar como representante del incapacitado (incapacidad parcial) en los expresos supuestos previstos en la misma.

I y II, segunda edición, Cívitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra, 2013, p. 125 se mantiene “En todo caso y como viene reconociendo la jurisprudencia, el que una persona no haya sido incapacitada no significa sin embargo que automáticamente hayan de ser válidos los actos que realice sin la capacidad natural precisa en cada caso. Es por ello que la ausencia de declaración de incapacidad no es obstáculo para que se pueda estimar inexistente una declaración de voluntad contractual cuando falte en el declarante la razón natural, ya que dicha carencia excluye la voluntad negocial e impide que lo hecho valga como declaración”.

Al defensor judicial se recurrirá en caso de conflicto de intereses entre tutor y tutelado o entre el curador y la persona bajo su curatela. En los casos de personas que deben ser tuteladas, hasta que se constituya la tutela, o en los casos de prodigalidad o incapacitación relativa, hasta que se nombre judicialmente al curador, ante la inactividad de tutores o curadores, y en todos aquellos casos determinados en la ley (art. 224-1).

En línea con otros textos se otorga un protagonismo renovado a la figura de la guarda de hecho, como guardador de una persona que reúne las circunstancias para su incapacitación, cuando no haya sido incapacitada, o cuando habiéndolo sido el tutor o curador no ejerzan sus funciones. Esta figura se regula en el artículo 225, números 1 a 5.

Se crea una figura de nuevo cuño, a la manera de otros ordenamientos extranjeros, cual es la figura de la asistencia, artículo 226, números 1 a 7. Resulta nombrado en un acto de jurisdicción voluntaria (cuando se trata de una delación judicial y no de una delación voluntaria, como sería lo deseable) para “La persona mayor de edad que lo necesite para cuidar de ella misma o de sus bienes, debido a la disminución no incapacitante de sus facultades físicas o psíquicas”.

El desarrollo de las funciones encomendadas a los sujetos que actúan como medidas de apoyo se entiende como un deber (art. 221-2), solo excusables según lo previsto artículo 222-18, y que se realizará, en principio, con carácter gratuito (at. 221-3).

Cabe destacar la incorporación de un capítulo destinado a la autonomía de la persona en el ámbito de su salud, que tiene una especial trascendencia para el caso de las personas con discapacidad en cuanto al seguimiento de determinados tratamientos médicos, internamientos o decisiones sobre el propio cuerpo.

Por último, conjuntamente con la regulación de las medidas de apoyo, el CCC prevé los mecanismos de salvaguardia ante posibles actuaciones inadecuadas o abusivas de quienes prestan apoyo, cabe destacar a modo de ejemplo:

El artículo 222-20 permite al poder judicial imponer el deber de prestar caución antes de dar posesión a la persona que vaya a ejercer un cargo tutelar. Del mismo modo, está prevista la obligación de hacer inventario del patrimonio del tutelado (art. 222-21), además del depósito de valores y objetos preciosos (art. 222-23).

Con carácter coetáneo al desarrollo de la medida de apoyo, el artículo 221-

5, además del deber de rendir cuentas anuales (art. 222-31), prevé la obligación de presentar un informe sobre la situación personal de la persona sujeta a tutela (art. 222-32) lo que permitirá conocer de manera periódica las necesidades y el estado personal del tutelado y alertar de la oportunidad de un cambio en el régimen de tutela para ampliarlo, reducirlo o extinguirlo.

Con carácter final, cuando se cesa en el cargo procede la rendición final de cuentas (para el tutor 222-49,50).

Segunda Parte

Medidas no discriminatorias para la defensa
del patrimonio de las personas con discapacidad

Consideraciones preliminares

En esta segunda parte de la obra, en la que ya conocemos, de un lado, los mandatos de la Convención y las recomendaciones del Comité y, de otro, el sentido del texto que previsiblemente saldrá aprobado tras su paso por el Parlamento, además de varias iniciativas normativas propuestas desde sectores muy diversos e influyentes, nos interesa seguir indagando el porqué de que el legislador español haya permanecido inactivo todos estos años.

Podríamos barajar diferentes hipótesis sobre el origen de este retraso, incluso podríamos recurrir a las explicaciones dadas por el Estado español en los diferentes escritos presentados ante el Comité, en la línea de la supuesta compatibilidad entre la Convención y la actual regulación, lo que dejaría todavía margen para la reforma. Pero nuestra percepción es que los verdaderos motivos o las dificultades que han paralizado este proceso de cambio no se han hecho explícitos en estos textos.

La Convención cuando proclama la igualdad de todas las personas mayores de edad ante la capacidad jurídica, no solo en cuanto a su titularidad, sino, también, a su ejercicio, marca una senda que aboca claramente a la incorporación en el mercado de personas que hasta el momento no están presentes, dado que están representadas o sustituidas por sus tutores, padres con la patria potestad prorrogada, guardadores de hecho... La necesaria incorporación de este colectivo, actualmente excluido del mercado, que actuarían en primera persona, presupone para los Estados, de una parte, la provisión de un nutrido elenco de medidas de apoyo adaptadas a cada sujeto, de suerte que les permita decidir (y no que decida por ellas una persona interpuesta) y, por otra, a la adopción de mecanismos de salvaguardia que eviten o dejen sin efecto situaciones de desigualdad, abuso, daño patrimonial arbitrario... que pudieran padecer. Lo que, en última instancia, conduce a reconsiderar algunas de las normas o inercias del funcionamiento actual del tráfico económico. En consecuencia, las principales razones del retraso bien podrían ser de índole estrictamente económica por lo que al tráfico jurídico pudiera significar la inclusión efectiva de todos los mayores de edad sin distinción.

Si se piensa en clave económica podríamos caer en la tentación de situar la dificultad, únicamente, en el aumento de costes que supondría la transforma-

ción de nuestro ordenamiento en aras a ampliar y personalizar las medidas de apoyo¹. Esto es, ya no se podría recurrir al esquema tradicional estándar que declara la capacidad modificada judicialmente de las personas con discapacidad y las divide entre las que quedan sometidas a tutela o a curatela. Las medidas adoptadas deberían centrarse escrupulosamente en cada caso, con un carácter marcadamente individualizado, concreto y revisable. En esta tarea es imprescindible que el juez esté auxiliado por un conjunto de profesionales de carácter interdisciplinar. Así será preciso contar con personal sanitario, psicólogos, trabajadores sociales, orientadores, educadores... pues se pretende tener un conocimiento del conjunto de circunstancias efectivas que rodean al individuo que ayuden al diseño de las concretas medidas de apoyo necesarias para ese momento, revisables de manera periódica. Todo ello sin perjuicio de la necesidad de reconsiderar todas las resoluciones judiciales ya dictami-

1 Aunque ya vimos como la Memoria que acompaña al Anteproyecto no prevé ningún coste presupuestario adicional. <https://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/actividad-legislativa/normativa/proyectos-real-decreto>

Sobre este particular, llama la atención el Dictamen del Consejo de Estado:

“Por lo que se refiere a los impactos económicos diferentes del presupuestario, en materia de cargas administrativas, en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, así como en la familia y en la infancia, puede valorarse positivamente la justificación de cada uno de ellos. Sin embargo, en relación con el impacto económico presupuestario, este Consejo de Estado echa en falta una mejor acreditación de los cálculos que llevan al ministerio proponente a llegar a la conclusión de que el Anteproyecto sometido a consulta carecerá de impacto presupuestario, al entender que el impacto negativo que la implantación del sistema de apoyos producirá se verá compensado por el impacto positivo de una mayor autorregulación, resultando así un saldo nulo. Hubiera sido deseable una mayor elaboración de esta parte de la memoria, a la vista, además, de las observaciones efectuadas al respecto en los informes del Consejo Económico y Social, del Consejo Fiscal y del Consejo General del Poder Judicial y, muy en particular, en relación con la obligación de revisión periódica cada tres años de las medidas de apoyo (proyectado artículo 266 del CC) y la previsión de realización de pruebas periciales con profesionales del ámbito jurídico, social y sanitario (proyectado artículo 759.2.3 de la LEC). En suma, el Consejo de Estado ha de llamar una vez más la atención sobre la necesidad de analizar con detenimiento el impacto económico y presupuestario vinculado a los proyectos normativos; y ello no solo por las graves consecuencias jurídicas que su ausencia puede conllevar (como pone de manifiesto la jurisprudencia del Tribunal Supremo; por todas, Sentencias de 16 de noviembre de 2011, 5 de julio de 2016 y 7 de mayo de 2018), sino también por la relevancia que para el interés general tiene un correcto análisis del impacto económico asociado a la aprobación de cualquier norma.” <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2019-34>

nadas sobre capacidad modificada judicialmente, por cuanto pueden entrar en contradicción con la Convención. Toda esta ingente tarea incrementará, también, la demanda de participación del Ministerio Fiscal.

Otra posible localización del aumento de costes podría situarse en dos circunstancias de carácter objetivo, que nada tienen que ver con el contenido del Proyecto de Ley, como son, de un lado, el considerable aumento de la esperanza de vida y, de otro, el considerable descenso de la natalidad y, en consecuencia, el alarmante aumento de la edad media de la ciudadanía en España. Estos importantes cambios demográficos podrían conducir a un posible fallo del sistema sobre el que, hasta el momento, se sustenta todo el edificio. Las diferentes redacciones dadas al Código civil han resuelto que los encargados de la tutela o la curatela, las instituciones tuitivas, sean los familiares más próximos, entendiendo esta encomienda como un deber (art. 216 C.c.), al que no pueden renunciar salvo en los casos previstos en la Ley (arts. 239, 251 a 258 C.c.) y cuyo ejercicio es, generalmente, gratuito o con cargo al patrimonio de la persona con discapacidad. A esta solución, adoptada desde antiguo y que tan bien ha venido funcionando hasta ahora, se podría contraponer el cambio tan importante acontecido en los modelos familiares imperantes, entre otras causas por el gran número de divorcios, el aumento de hogares con una sola persona, la reducción del número de hijos, en muchos casos a uno o ninguno..., lo que puede hacer muy compleja, en un periodo no muy lejano, la tarea de encontrar a personas adecuadas en el entorno familiar que puedan llevar a cabo las medidas de apoyo que se adopten en cada caso. De no existir el sujeto previsto por la norma, o no estar en disposición de asumir el cargo, y siempre que no se haya adoptado ninguna otra solución de origen voluntario, por ejemplo, un poder preventivo², haría recaer la tarea sobre la Administración, en tanto en cuanto Estado social y garante del bienestar de sus ciudadanos³. Pero, estas son cuestiones fácticas que van a suponer un aumento de

2 La fórmula actual que hace recaer los cargos sobre los familiares más próximos, de manera obligatoria y gratuita, supone un importante ahorro para el Estado, pero los cambios familiares pueden suponer un peligro en el mantenimiento de esta estructura, quizás también por ello, el interés de potenciar la designación de estos cargos en documentos de autotutela (o autocuratela) o a través de poderes preventivos, donde nuevamente se designa a la persona responsable que debe hacerse cargo, de manera obligatoria y gratuita, o a costa del patrimonio del tutelado, y no de la Administración.

3 Cabría plantearse la previsión de que los costes originados al erario público pudieran repercutirse sobre el patrimonio de la persona que recibe la asistencia, siempre, de acuerdo, con su capacidad económica.

los costes sociales para el Estado, se produzca o no en el articulado del Código civil el cambio previsto en la Convención, porque el origen último está en el envejecimiento de la población, lo que también va a acarrear incrementos en los costes sanitarios, en pensiones...

Sin perjuicio de la importancia de la elevación de costes que pueda suponer todo lo anteriormente expuesto, no es a este tipo de consideraciones económicas a las que nos estamos refiriendo como responsables de la tardía adaptación de nuestro ordenamiento a los mandatos de la Convención.

La cuestión económica a la que nos referimos deviene, en nuestra opinión, del segundo gran mandato que se infiere del artículo 12 de la Convención. Reconocida la plena capacidad de las personas con discapacidad y abierta su participación en el mercado, en cuanto titulares de derecho en pie de igualdad con el resto de ciudadanos, y aun cuando actúen provistas de la pertinente medida de apoyo en cada caso, paralelamente, los Estados deberán adoptar medidas de protección de sus intereses, también, los patrimoniales, lo que sin duda va a afectar al orden económico actual⁴ y a la férrea defensa de la seguridad del tráfico jurídico⁵.

Se trata, nuevamente, de un cambio de paradigma, de un sistema centrado

4 *Ad exemplum*, la Exposición de Motivos que incorpora la *Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos*, elaborada por la Comisión General de Codificación (2009), establece como una de sus finalidades a conseguir con la nueva norma, que “Ante todo, hay que tratar de establecer las reglas que resulten más acordes con las necesidades apremiantemente sentidas en los tiempos que corren, [...] de manera que la suerte de los contratos y las obligaciones resulten aquellas que concuerden mejor con el desarrollo económico”.

5 Como apoyo a la argumentación de cómo la cuestión económica supone un freno importante en la adaptación de nuestro ordenamiento a los principios de la Convención, sirvan las palabras de Rafael de ASÍS quien analizando los problemas para la implementación efectiva de los mandatos de la Convención concluye que “El último tipo de problemas a los que voy a aludir son de índole económico. Y es que entre los argumentos que dificultan la implementación de la Convención pueden destacarse dos que tienen ese carácter. Uno de ellos es el de la seguridad en el tráfico jurídico, esto es, la afirmación que el traslado completo de la Convención al Derecho, y más concretamente el reconocimiento de una igual capacidad jurídica, pondría en peligro el tráfico jurídico. El otro es el de los costes, esto es, la consideración de que es imposible satisfacer la Convención porque no hay recursos económicos que puedan poner en marcha todo el sistema de apoyos que ésta demanda”, en el capítulo de libro “La Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad como marco de interpretación de los derechos fundamentales de la Constitución española”, *op. cit.*, p. 146.

en el tráfico económico, del que quedan excluidas las personas con discapacidad, a otro que se focalice en la persona, en el individuo, sin olvidar ni descartar a ninguno⁶. Pero en esa tarea es imprescindible que el legislador encuentre un equilibrio que auguramos complejo, pero no imposible, cual es, de un lado, que la protección que se prevea para las personas con discapacidad que, en adelante, actuarán en el mercado sin ser sustituidas, no las convierta en un grupo que no encuentre con quien contratar, o que solo lo harían a un mayor precio o en condiciones más gravosas⁷, y, de otro, que no se quiebre el principio de la seguridad en el tráfico jurídico.

Si la adopción, sin ambages, por parte del legislador español de los mandatos de la Convención de Nueva York supone una ampliación de los sujetos que se entienden capaces para actuar libremente en el mercado, y dado que la capacidad patrimonial va unida a la responsabilidad patrimonial⁸, entendemos necesario reconsiderar⁹ los supuestos en lo que este vínculo puede ser re-

6 COLINA GAREA, Rafael, “Algunas consideraciones sobre la defensa de la centralidad de la persona y la autonomía privada en el moderno concepto de Derecho civil”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 10, 2006, pp. 217 a 250. Se trataría de trabajar en la despatrimonialización hacia la personalización del Derecho, en particular del Derecho civil, poniendo en el centro a la persona y a sus intereses. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2238644>

7 En este sentido MARÍN CALERO, Carlos, “Los apoyos a la capacidad jurídica de obrar de todas las personas con discapacidad”, *op. cit.*, p. 8, afirma que “Si las personas con discapacidad quieren integrarse verdaderamente en él, y por supuesto quieren, no pueden permitirse ciertos lujos, porque quedarían expulsadas del mercado; podrían válidamente contratar y no encontrarían con quién hacerlo. No puede obligarse a nadie a que contrate con ellas, y no lo harán si nos excedemos en la protección de sus contratos.” [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/D5A9CCF44B32E65205257C8D00765E1E/\\$FILE/109_1_apoyos_5.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/D5A9CCF44B32E65205257C8D00765E1E/$FILE/109_1_apoyos_5.pdf)

8 En palabras de PARRA LUCÁN, M^a Ángeles, “La atribución de efectos jurídicos a la voluntad supone el reconocimiento del poder de crear relaciones, derechos y deberes jurídicos. En virtud del ejercicio de su autonomía, los sujetos privados asumen obligaciones y deberes jurídicos y hacen nacer derechos cuya eficacia sería exigible con la fuerza de la maquinaria del Estado, si así se solicita por los interesados en el caso de que no cumplan voluntariamente”. *La autonomía privada en el Derecho civil*, Prensas de la Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 2018, p. 11.

9 En el ámbito de la responsabilidad extracontractual, de acuerdo con el artículo 297 del Anteproyecto de 2018: “La persona con discapacidad responderá en todo caso por los daños causados a terceros, sin perjuicio de lo establecido en los artículos 1902 y 1903 en relación a otros posibles responsables”. Artículo para el que el Consejo de Estado en 2019 propone una redacción alternativa “La persona con discapacidad responderá

visado en orden al cumplimiento del deber de protección de las personas con discapacidad impuesto a los Estados por la Convención¹⁰. Por consiguiente, si se reforma el concepto de capacidad esto debería originar en el ordenamiento el mismo efecto que si se lanzara una piedra a un estanque en calma ¿Es esto lo que sucedería de ser aprobado el Proyecto de Ley?

Paradójicamente, la Memoria que acompaña al texto del Anteproyecto que actualmente se tramita en el Congreso de los Diputados como Proyecto de Ley afirma de forma tajante que “se considera que de esta propuesta legislativa no se deriva impacto apreciable ni en la economía ni en la competencia en el mercado”¹¹.

Contrariamente a lo expresado en la Memoria, entendemos que la reforma del Código civil no debería quedar circunscrita a los artículos relativos a la capacidad y la provisión de medidas de apoyo, sino que necesaria e irremediabilmente debería extenderse entre todas las cuestiones reguladas en el Código civil y no solo como una operación de estética, sino como una reforma de fondo de amplio calado¹². Y ello en la línea de la propuesta de modificación,

por los daños causados a otros, de acuerdo con los artículos 1902 y 1903, sin perjuicio de lo establecido en materia de responsabilidad extracontractual respecto a otros posibles responsables”. Redacción que asume como propia el artículo 299 del Anteproyecto de Ley de 2020 y que finalmente adopta el Proyecto de Ley actualmente en tramitación en el Parlamento.

10 En nuestra opinión, solo protegiendo efectivamente el patrimonio de las personas con discapacidad de posibles daños arbitrarios (art. 12.5 Convención) inferidos por su actuación en el mercado podemos decir que estamos defendiendo realmente a la persona con discapacidad y a sus intereses personales, porque, en gran medida, de la integridad de su patrimonio depende verdaderamente el normal desarrollo de su personalidad, de su modo de vida, de su dignidad... pues de quedar arbitrariamente privado de su patrimonio dejaría de depender de su propia autonomía, de sus propias decisiones y pasaría a depender de la solidaridad que con él tuvieran los terceros o de los servicios sociales.

11 <https://ficheros.mjusticia.gob.es/MAIN%20APL%20por%20la%20que%20se%20reforma%20legislaci%C3%B3n%20civil%20y%20procesal%20apoyo%20personas%20discapacidad.pdf>

12 Ciertamente es que en estas líneas nos estamos refiriendo a la capacidad jurídica de la persona con discapacidad en el ámbito contractual, y la necesidad de incluir reformas que permitan protegerlo frente a determinadas actuaciones que pueden inferirle un daño patrimonial arbitrario, pero no es menos cierto, que el reconocimiento pleno de la capacidad se refiere a un espectro de cuestiones muy amplio, también necesitado de medidas de apoyo y protección. Así en el ámbito de la salud, por ejemplo, consentimiento informado para tratamientos médicos, intervenciones, internamiento, la toma de una determinada medicación,

por ejemplo, del artículo 1263.2 C.c.¹³ que ya no podría seguir manteniéndose con su actual redacción y precisaría de cambios siguiendo con su trayectoria histórica de transformación¹⁴.

donación de órganos, gestación, reproducción humana asistida, esterilización, aborto... En otros ámbitos: nacionalidad (arts. 15 y 20 C.c.), vecindad civil (art. 21 C.c.)... En cuanto al derecho de familia: derecho de visita del hijo con discapacidad (art. 94 C.c.), reconocimiento de hijos por la persona con discapacidad (art. 121 C.c.), reconocimiento de hijos con discapacidad (art. 124 C.c.), impugnación de la paternidad (art. 137 C.c.), ejercicio de la patria potestad cuando uno de los progenitores ha sido declarado incapacitado (art. 156 C.c.); patria potestad de hijos con discapacidad y la patria potestad prorrogada (art. 171 C.c.)... Ámbito matrimonial: consentimiento matrimonial (art. 56 C.c.), capitulaciones matrimoniales (art. 1330 C.c., artículo, por ejemplo, que en el Proyecto de Ley se aboga por su supresión)...

13 El Proyecto de Ley por la que se reforma la regulación en materia de discapacidad (2020), propone la siguiente redacción:

«Los menores de edad no emancipados podrán celebrar aquellos contratos que las leyes les permitan realizar por sí mismos o con asistencia de sus representantes y los relativos a bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales.

Las personas con discapacidad que cuenten con medidas de apoyo podrán contratar sin más limitaciones que las derivadas de ellas.»

En esta ocasión se apuesta por una regulación en positivo de la capacidad.

14 El seguimiento del artículo 1263 C.c. desde su inicial redacción resulta especialmente revelador del camino que ahora se debería seguir recorriendo:

Artículo 1263 C.c. (redacción dada en 1889): “No pueden prestar consentimiento:

- 1.º Los menores no emancipados.
- 2.º Los locos o dementes y los sordomudos que no sepan escribir.
- 3.º Las mujeres casadas en los casos expresados por la ley.”

Artículo 1263 C.c. (redacción dada por la Ley 14/1975): “No pueden prestar consentimiento.

- 1.º Los menores no emancipados
- 2.º Los locos o dementes y los sordomudos que no sepan escribir.”

Desaparece del grupo de personas no aptas para prestar el consentimiento las mujeres casadas en los casos expresados por la ley.

Artículo 1263 C.c. (redacción dada por la Ley Orgánica 1/1996): “No pueden prestar consentimiento.

- 1.º Los menores no emancipados
- 2.º Los incapacitados”

Hasta 1996 permanece en el Código civil la referencia a los locos, dementes, sordomudos, esto se sostenía en cuanto guardaba concordancia con la redacción del art. 199 y ss. pero estos artículos se modificaron en 1983, desapareciendo estas expresiones y, en cambio, no se modificó el artículo 1263.2 hasta 1996. La sordomudez o la locura o demencia no

Resulta lo más razonable que de forma paralela a la adaptación de los ordenamientos a las nuevas normas en materia de capacidad se modifiquen, también, las medidas de protección del patrimonio de las personas con discapacidad en atención a su incorporación al mercado¹⁵. Ambos cambios tienen que producirse necesariamente al unísono, pues ya no sería posible que la voluntad de la persona con discapacidad fuera sustituida, solo puede ser ella quien cree la voluntad, aun cuando precise de medidas de apoyo. Pese a que de la lectura del texto del Proyecto de Ley y por el número de artículos afectados pareciera que la reforma del Código civil propuesta es muy ambiciosa, sin embargo, no lo es en el fondo, como expresamente reconoce el Dictamen del Consejo de Estado¹⁶ y eso que la reforma prevista del artículo

son causas por sí solas de incapacitación, en atención a lo previsto en el art. 199 y ss., sin embargo, es a este colectivo a quien se le niega la capacidad para contratar.

Artículo 1263 C.c. (la última de las reformas, producidas por la Ley 26/2015): “No pueden prestar consentimiento:

1.º Los menores no emancipados, salvo en aquellos contratos que las leyes les permitan realizar por sí mismos o con asistencia de sus representantes, y los relativos a bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales.

2.º Los que tienen su capacidad modificada judicialmente, en los términos señalados por la resolución judicial.”

Desparece la referencia a los incapacitados y se sustituye por la de personas con la capacidad modificada judicialmente.

15 La igualdad propugnada por el artículo 12 de la Convención de todos los sujetos mayores de edad ante la capacidad jurídica, sin posibilidad de distinción en orden a la titularidad y ejercicio de los derechos, la erradicación de posturas paternalistas tendentes a la sustitución de la voluntad de la persona con discapacidad, sin perjuicio de las medidas de apoyo que le pudiera corresponder, no está exenta de consecuencias, en el sentido de que el ejercicio de la autonomía de la voluntad origina responsabilidad sobre el patrimonio del sujeto por lo que él mismo ha actuado. Si todos por igual tienen capacidad, todos por igual pueden contratar y todos por igual comprometen su patrimonio según lo actuado. Frente a esto la Convención prevé, de un lado, la adopción de medidas de apoyo al tiempo de la toma de decisiones que garanticen una mejor intervención en el mercado, si fuera necesario y, por otro, las medidas de salvaguardia sobre su patrimonio por los posibles daños arbitrarios que le hubiese podido inferir esa participación.

16 De acuerdo con el Dictamen del Consejo de Estado, es cierto que este Proyecto supone “la mayor reforma en el CC en lo que al número de artículos afectados se refiere (cerca de doscientos). Sin embargo, la modificación, en cuanto al fondo, no implica la magnitud que su extensión sugiere. Puede indicarse, a modo de ejemplo, que el régimen de la mayoría de edad y la emancipación sobre el que apenas se introduce un mínimo cambio (la sustitución del curador por el defensor judicial), se mantiene idéntico, pero

1263 C.c. ha de actuar “de manera transversal a toda la regulación civil, que debe adaptarse al cambio de paradigma que impone la Convención”¹⁷, si bien los cambios en materia de contratos en el desarrollo de la autonomía de la voluntad por personas con discapacidad, en opinión del Consejo de Estado, y también en la nuestra, se quedan en meros ajustes a la regulación sobre la discapacidad sin entrar en el fondo del asunto: una oportunidad desaprovechada.

Estas medidas de protección impuestas por la Convención podrían ser interpretadas como una nueva deriva hacia soluciones paternalistas que anulan la autonomía de la voluntad de las personas con discapacidad, pero en nuestra opinión, nada más lejos de la realidad, pues las medidas de salvaguardia, coetáneas y posteriores, responden precisamente a una decisión previa, como es la defensa del ejercicio del poder de decisión por las propias personas con discapacidad, prescindiendo de las figuras de representación o sustitución de su voluntad, en consecuencia, estamos en la senda de la defensa y extensión del libre desarrollo de la autonomía de la voluntad, antes que en su restricción o eliminación. La defensa del orden económico y la responsabilidad patrimonial no deberían ser un freno, según PARRA LUCÁN, para que los poderes públicos adopten medidas que protejan a quienes presentan una situación de partida diferente, susceptible de tener en consideración, de suerte que se trate de promover la igualdad efectiva, aunque ello sea a costa de restringir otros derechos.

No se trata tanto de limitar la voluntad por razones de un interés general como de proteger a los individuos de los abusos que derivan de la desigualdad, del ejercicio abu-

pasa de estar regulado en el título XI (artículos 314 a 324) a estarlo en el nuevo título X (artículos 238 a 247). Son también muchos los artículos que mantienen en lo esencial su contenido y que simplemente cambian de numeración o se adaptan a la regulación específica de la tutela y se refieren solo a menores; o a la de la curatela y se ciñen a las personas con discapacidad (v. gr. modificados artículos 201 a 207, 209 a 215, 218 a 222, 236 y 237, 278 y 279). Otras modificaciones consisten en la agrupación del contenido de varias disposiciones en una única: así ocurre en relación con el régimen de extinción de tutela y curatela –proyectados artículos 231 y 232 y 290 y 291– o en materia de excusas y remoción –revisados artículos 276 y 277–. Por otro lado, muchas otras modificaciones en disposiciones del Código Civil son meros ajustes a la nueva regulación (así los previstos, entre otros, en los artículos 9.6, 10.8, 21.3, 22.2, 81, 82.2, 112, 124, 125, 137, 443, 742, 756, 822, 996, 1041, 1057, 1060, 1163, 1387, 1393, 1459, 1548 y 1765).” <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2019-34>

17 <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2019-34>

sivo de una superioridad económica o estructural, tanto en las relaciones personales y familiares como en las relaciones contractuales y patrimoniales¹⁸.

La Convención proclama un sistema de participación en igualdad de condiciones provisto de un sistema de garantías para las personas con discapacidad, relacionadas unas con las medidas de apoyo, y otras con la salvaguardia en orden a la posible actuación indebida de los prestadores del apoyo o de los avatares que produzcan un empobrecimiento arbitrario del patrimonio. Solo así, entendemos factible la plena integración, pues solo así resulta protegido el interés superior de las personas más vulnerables, el interés superior del sujeto con discapacidad¹⁹.

La obligación de los Estados de proteger el patrimonio de las personas con discapacidad requiere de un desarrollo normativo que cumpla con la defensa del interés de la persona con discapacidad y la defensa de su patrimonio, pero sin necesidad de que se llegue a anular la posibilidad de cometer errores al tiempo de contratar, equivocaciones que, pese al daño patrimonial, siempre que no supongan un daño excesivo. Las personas con discapacidad tienen derecho, también, a equivocarse, como cualquier otro sujeto cuando contrata²⁰.

18 PARRA LUCÁN, María Ángeles, *La autonomía privada en el Derecho civil*, op. cit., p. 61.

19 GARCÍA ALGUACIL, María José, “El mayor interés del discapacitado como límite a la autonomía de la voluntad”, PARRA LUCÁN, María Ángeles, *Derecho y autonomía privada: una visión comparada e interdisciplinar*, Comares Granada, 2017, pp. 95 a 110, esp. pp. 95 y 96.

20 MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, Jesús A., “La ineficacia de los actos jurídicos patrimoniales realizados por una persona con discapacidad a la luz de la Convención internacional sobre derechos de las personas con discapacidad”, en PEREÑA VICENTE, Montserrat (Dir.), *La voluntad de la persona protegida. Oportunidades, riesgos y salvaguardias*, Dykinson, Madrid, 2018, pp. 495 a 510, esp. p. 497 “Claro está, la adopción de una solución como la propuesta comporta la asunción, a su vez, de una serie de riesgos derivados de posibles decisiones erróneas. Error del que, por otra parte, tampoco están exentas las personas sin discapacidad: el error forma parte de la vida y la concepción del ser humano como libre conlleva la toma de decisiones, muchas de ellas equivocadas. Con ello, pretendemos señalar que, si bien es obvio que el reconocimiento de la autonomía de las personas con discapacidad puede generar una serie de decisiones que les causen, a ellas mismas, perjuicios de diversa consideración, sin embargo, esta posibilidad es consustancial al reconocimiento de su dignidad como persona”. No obstante, en nuestra opinión hay que considerar esta cuestión desde el mandato previsto en la Convención, de un lado las medidas de salvaguardia por posibles actuaciones de los que prestan el apoyo (art. 12.4), y las medidas de protección previstas ante daños arbitrarios en el patrimonio (art. 12.5).

Como hemos dicho, la incorporación al mercado, en primera persona, de los sujetos con discapacidad obliga al legislador a hacer muchas más reformas que las estrictamente relacionadas con la capacidad jurídica y las medidas de apoyo. Desde nuestro punto de vista, una de las materias que debería revisarse a la luz de los mandatos de la Convención, en cuanto al deber de protección de los intereses de las personas con discapacidad, son las normas relativas a la ineficacia de los contratos, pues si todos los mayores de edad pueden desarrollar de forma libre e igual su capacidad jurídica, esto significa, *a priori*, la validez de lo actuado, cuestión diferente, es si lo actuado pudiera resultar posteriormente ineficaz, consecuencia de la aplicación del deber de salvaguardia a las personas con discapacidad y a su patrimonio impuesto a los Estados por la Convención. Son diversas las propuestas que pueden considerarse de manera excluyentes unas de otras, o de forma cumulativa. Así tendremos ocasión de analizar la posibilidad de trabajar en la línea de conferir una interpretación más amplia a los actuales supuestos de impugnación de los contratos: error, dolo, violencia o intimidación en caso de intervenir una persona con discapacidad (1261 C.c.). Además, se podría proponer el aumento de los supuestos de rescisión por lesión en atención a la intervención de una persona con discapacidad. Otra opción sería proponer la inclusión de nuevos motivos de ineficacia de los contratos, como la influencia indebida, la ventaja injusta... Por su parte, el Proyecto de Ley de reforma realiza algunas adaptaciones en el Código civil en materia de rescisión y anulabilidad de los contratos, pero, en nuestra opinión, resultan claramente insuficientes o, más exactamente, desenfocadas si al mandato del artículo 12.5 de la Convención nos referimos.

II

Medidas de protección del patrimonio de las personas con discapacidad

Como ya tuvimos oportunidad de mantener en la primera parte de esta obra, entre el colectivo de personas con discapacidad que merecen ser protegidas en sus actuaciones de carácter patrimonial deben entenderse incluidas, según la Convención, cualquier persona que, por el motivo que fuera, durante el proceso de formación de la voluntad viere afectada su capacidad jurídica a causa de una discapacidad. Y no importa que la causa sea permanente o recurrente, se deba a razones físicas o psíquicas, esté o no reconocida médica, administrativa o judicialmente..., lo importante, es que la norma protege, frente a los daños patrimoniales arbitrarios, a quien en el libre desarrollo de la autonomía de su voluntad se encuentra afectado por una discapacidad.

De acuerdo, también con la Convención, el consentimiento prestado por una persona con discapacidad no difiere del de cualquier otra persona, por cuanto todos los mayores de edad disfrutan de idéntica capacidad jurídica. De manera que si una persona con discapacidad celebra un contrato, cabe presumir que *nace sano, están en regla todos los elementos esenciales y los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico*¹. La discapacidad no puede tener un sentido restrictivo en la interpretación de la capacidad de los contratantes y en la validez de lo contratado.

Esto no está reñido con que los ordenamientos deban adoptar medidas en aras a la protección del patrimonio de la persona con discapacidad, y de la propia persona, medidas que no pueden responder, en ningún caso, a criterios discriminatorios. Como solución a esta disyuntiva, proponemos la regulación de una solución, en forma de privilegio, que se integraría como un supuesto especial de rescisión por lesión², sobre la base de dos elementos estrictamente objetivos: la existencia del daño (como en toda medida de res-

1 DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *Fundamentos de Derecho civil Patrimonial*, Cívitas, Madrid, 2012, pp. 601 602.

2 MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, Jesús A., “La ineficacia de los actos jurídicos patrimoniales realizados por una persona con discapacidad a la luz de la Convención internacional sobre derechos de las personas con discapacidad”, *op. cit.*, pp. 505 y ss.

cisión) y la concurrencia de discapacidad, entendido este requisito como *una circunstancia extrínseca, normativamente sobrevenida*³.

La adopción de especiales medidas de protección para lo actuado por las personas con discapacidad en el mercado no debe parecernos una primicia, ya en otros campos, como el de los consumidores, hemos normalizado las decisiones legislativas que ponen freno a las disfunciones que el mercado puede generar en su maniobra de actuación del más fuerte sobre el más débil, sin que ello haya quebrado el sistema y sin que la protección del débil se realice sobre premisas discriminatorias. Por su impacto mediático, se nos ocurre señalar las últimas sentencias de los tribunales de justicia europeos en materia de gastos y cláusulas hipotecarias en defensa de los usuarios de los servicios bancarios. Se trataría de establecer una serie de normas que salvaguarden los intereses de las personas con discapacidad en su actuación en el mercado, también, cuando contratan con otros particulares, esto es, pretendemos plantear soluciones, también, para los casos en los que no resulten aplicables los mecanismos de protección propios de los consumidores y usuarios, la contratación en masa, los contratos de adhesión... Si bien, como ya vimos, se alzan voces críticas que advierten de que la especial protección a este colectivo puede volverse en su contra, en el sentido de que dejarían de encontrar personas dispuestas a contratar con ellos, reduciéndose por tanto la oferta y, en consecuencia, aumentando el precio y empeorando las condiciones de los bienes o servicios a contratar, este sería el coste de interferir en el principio *pacta sunt servanda*⁴.

Frente a la pluralidad de situaciones ante las que nos podríamos encontrar de acuerdo con la nueva realidad prevista en la Convención (las personas discapacitadas son titulares y disfrutan del ejercicio de su capacidad jurídica), y nuestra propuesta de un nuevo mecanismo de protección, en forma de privilegio, que sería un supuesto específico de rescisión por lesión, nos parece útil comenzar con un breve esquema de escenarios probables, sin perjuicio de que seguidamente desarrollemos más detenidamente los asuntos que consideremos más interesantes y añadamos otros posibles supuestos.

Partiendo siempre de un daño cierto, ocasionado en el patrimonio de una persona con discapacidad tras la celebración de un negocio en el desarrollo de

3 DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *Fundamentos de Derecho civil Patrimonial*, op. cit., pp. 601 602.

4 GÓMEZ CALLE, Esther, *Desequilibrio contractual y tutela del contratante débil*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, p. 23.

la autonomía de su voluntad (artículo 12 de la Convención) ¿qué diversidad de situaciones podemos encontrarnos?⁵

PRIMERO: Las situaciones en las que actúa una persona con discapacidad sobre la que no se haya realizado ningún pronunciamiento previo sobre su discapacidad, cuando de lo actuado se infiera un daño patrimonial ¿qué efectos tendría sobre la eficacia de lo actuado?

– En principio no habría que señalar ninguna particularidad, dado que se trata de una persona mayor de edad, con capacidad jurídica, de donde se presume la capacidad natural del sujeto⁶ y, por ende, la validez de lo actuado.

– Esto no impide que se valore la posible incidencia de las causas generales de nulidad y anulabilidad, pero sin especial consideración a la discapacidad, sino como en cualquier otro contrato y fundado en la imposibilidad de que el ordenamiento ampare y proteja este tipo de relaciones con independencia de las características de los contratantes.

– Caso de que no prospere la vía general de la nulidad o la anulabilidad, y probado el daño, en nuestra opinión, se debería poder acudir a la rescisión por lesión específicamente prevista para las personas con discapacidad (figura que proponemos de *lege ferenda*), probando un segundo dato objetivo, además del daño, la discapacidad de uno de los intervinientes (desmontada la presunción de capacidad natural). El supuesto propuesto de rescisión por lesión se sustenta, únicamente, sobre exigencias objetivas, ajenas, en todo caso, a lo relativo a la formación del propio contrato. Sobre este asunto volveremos más adelante para su tratamiento pormenorizado.

SEGUNDO: Operaciones realizadas por una persona con discapacidad, que pese a tener reconocida la discapacidad, no se le asigne en la sentencia medidas de apoyo, bien por lo leve que resulta la afección, bien porque se considere que lo mejor para su evolución y desarrollo es que pueda actuar por sí sola. Ahora bien, que se valore en la sentencia la posibilidad de actuar en

5 Quedan fuera del planteamiento propuesto: las actuaciones de orden no contractual, las contractuales de carácter gratuito, además de las contractuales de carácter oneroso de las que no se infiera un desequilibrio de las prestaciones.

6 RAMOS CHAPARRO, Enrique, *La persona y su capacidad civil*, op. cit., p. 361 “En caso de duda, se debe presumir la capacidad natural” sin perjuicio de que aún en supuestos de falta absoluta de capacidad natural, los actos realizados que les resulten favorables o ventajosos serán válidos, ex artículo 1163 C.c. También, MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, Jesús A., “La ineficacia de los actos jurídicos patrimoniales realizados por una persona con discapacidad a la luz de la Convención internacional sobre derechos de las personas con discapacidad”, op. cit., p. 501.

solitario, sin medidas de apoyo, no justifica dejar desprotegida a esta persona frente a actuaciones dañinas para su patrimonio. La solución en estos supuestos no difiere de la descrita en el punto precedente al que nos remitimos.

TERCERO. Actuaciones de la persona con discapacidad provistas de medidas de apoyo, que, sin embargo, intervienen en el mercado sin contar con las medidas de apoyo ¿qué efectos produce?

- Como punto de partida, siempre, la presunción de capacidad natural y por ende la validez y eficacia de lo actuado. No olvidemos que el consentimiento en todo caso lo presta la persona con discapacidad (exista o no medidas de apoyo, que no sustituyen ni representan), por lo que descartamos la vía de la nulidad por falta de actuación de la medida de apoyo.

- Pero si procediera actuar sobre la eficacia del acuerdo, habría que diferenciar dos escenarios:

Uno, si la falta de actuación del prestador de la medida de apoyo no le resulta imputable, esto es, si ha sido la persona con discapacidad quien ha prescindido de su intervención. En este caso, entendemos debe actuarse como en los dos apartados anteriores añadiendo a la valoración de las causas de impugnación o lesión la responsabilidad que haya podido asumir, según cada caso, la persona con discapacidad cuando deja fuera, voluntariamente, la actuación de las medidas de apoyo.

Dos, la falta de intervención de la persona que presta la medida de apoyo, que deja desasistida a la persona con discapacidad, es culposa, o incluso dolosa: en estos casos la responsabilidad del daño ocasionado en el patrimonio de la persona con discapacidad será exigible a la persona a la que correspondiendo prestar la medida de apoyo no la prestó.

CUARTO: Persona con discapacidad que interviene provista de medida de apoyo y acorde con los criterios que la medida de apoyo le aconseja, pero aun así se generan daños en su patrimonio.

- En principio, validez de lo actuado, sin perjuicio de que pueda ser revisado por los mecanismos normales de nulidad y anulabilidad. De manera subsidiaria, también, por el especial de la rescisión por lesión del patrimonio de la persona con discapacidad (como en las hipótesis anteriores).

- Como excepción, en los casos en los que la persona que preste la medida de apoyo resulte ser el inductor del consentimiento en un ejercicio de influencia indebida, la responsabilidad de reparar el daño recae prioritariamente sobre el prestador de las medidas de apoyo. A la luz del artículo 12.4 de la Convención, esta vía específica de actuación debe contemplarse por los di-

ferentes Estados como medida necesaria de salvaguardia de las personas con discapacidad que actúan conjuntamente con la medida de apoyo. También, cuando se contrate con un tercero, para beneficio exclusivo del prestador de la medida de apoyo, por ejemplo, constitución de una hipoteca entre la persona con discapacidad y un tercero para garantizar una deuda del prestador de la medida de apoyo. En estos casos la falta de eficacia de lo actuado se determina sobre la base de la ausencia de una verdadera formación libre y consciente de la voluntad expresada, además del daño patrimonial padecido.

QUINTO: La persona con discapacidad interviene conjuntamente con la persona que presta la medida de apoyo, pero aquella actúa expresamente en contra de lo que esta le indica:

- El contrato sería igualmente válido, pues quien presta el consentimiento, la voluntad que se ejercita, es siempre la de la persona con discapacidad, por lo que lo único que cabría es recurrir a los supuestos generales de nulidad y anulabilidad y al privilegiado de la rescisión por lesión. Con la particularidad de que en este caso ya no puede entenderse que el tercero actúe de buena fe, pues es conocedor de cómo la persona con quien contrata cuenta con medidas de apoyo y actúa en contra de los criterios que esta le indica como más favorables. No cabe, en consecuencia, pretender imputar la responsabilidad al prestador de las medidas de apoyo, ni por parte de la persona con discapacidad, ni por el tercero con el que contrata.

- Por otro lado, la legislación, en estos casos debería proveer que el prestador de la medida de apoyo, en atención a la repercusión que esta operación pueda tener sobre el patrimonio de la persona con discapacidad, informe al juez y al Ministerio Fiscal para que actúen sin dilación en defensa del patrimonio de la persona con discapacidad.

1. La posible nulidad o anulabilidad de lo contratado

Cabría pensar que la primera de las soluciones posibles para encauzar la defensa del patrimonio de las personas con discapacidad, una vez que estas puedan intervenir en el mercado sin sustitutos ni representantes de su voluntad, pasaría por impugnar *a posteriori* lo actuado alegando nulidad o anulabilidad, fundamentado, precisamente, en la prueba del influjo que la discapacidad haya podido tener en el momento de la formación y prestación del consentimiento. Incluso se podría proponer trabajar en la línea de conceder un tratamiento singularizado dentro de los supuestos de impugnación de

los contratos actualmente recogidos en el artículo 1261 C.c., desgranando del precepto general normas particulares para los casos de intervención de una persona con discapacidad, o directamente alegando la nulidad por falta de consentimiento.

La Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos elaborada por la Comisión General de Codificación (2009) bien pudiera ser un ejemplo de lo dicho. Así el contenido propuesto para el artículo 1297:

1. Los contratos celebrados por personas que carezcan de la capacidad de obrar necesaria podrán ser anulados por sus representantes legales, por aquéllos a quienes les corresponda prestar su asistencia o por ellas mismas cuando adquieran dicha capacidad o por sus herederos.
2. Asimismo, podrán ser anulados los contratos celebrados por quienes por cualquier causa, aunque sea transitoria, carezca de la capacidad para entender su alcance o para querer sus consecuencias.

Cierto es que esta propuesta puede ser considerada, prácticamente, como coetánea a la ratificación del Convenio sobre las personas con discapacidad en abril de 2008, sin que en ese momento, año 2009, se hubiese abordado debidamente el proceso de adaptación de la Convención o se conociesen las indicaciones del Comité, que llegaron años más tarde (la primera en 2011).

También, la Propuesta de Código civil presentada en 2018 por la Asociación de Profesores de Derecho civil continúa en la misma línea, si bien, esto se explica porque en la citada propuesta, como ya vimos, se mantiene el proceso de modificación de la capacidad judicialmente y la figura del tutor como sustituto, de manera proporcional y subsidiaria, de las personas con discapacidad⁷.

⁷ Artículo 527-16. Defecto en la capacidad de obrar:

1. Los contratos celebrados por personas que carecen de la capacidad de obrar necesaria pueden ser anulados por sus representantes legales, por aquéllos a quienes les corresponde prestar su asistencia, por ellas mismas cuando adquieren o recuperan dicha capacidad, o por sus herederos.
2. También pueden ser anulados los contratos celebrados sin la autorización judicial exigida por quienes desempeñan cualquier cargo de guarda o protección, o la patria potestad, o por quienes tengan atribuida judicialmente la administración de bienes gananciales.
3. Asimismo, pueden ser anulados los contratos celebrados por quienes por cualquier causa, aunque sea transitoria, carecen de la capacidad para entender su alcance o para querer sus consecuencias
4. La anulación por esta causa puede ejercerse, o el contrato confirmarse, en los términos previstos en la subsección anterior.

Si analizamos ambas propuestas a la luz de todo lo defendido hasta ahora, solo cabe descartarlas, por ser contraproducentes para los fines de la Convención y claramente discriminatorias, además de por sustentarse en el proceso de modificación judicial de la capacidad y la figura de la tutela. No se trabaja en estas propuestas normativas en la línea de potenciar la igualdad, por el contrario, en sus planteamientos subyace la idea de conceder a las normas de nulidad o anulabilidad de los contratos un sentido diferente en atención a si una de las partes contratantes padece una discapacidad o no.

Si el punto de partida de la Convención es que la persona con discapacidad cuando alcanza la mayoría de edad ostenta el ejercicio de la capacidad jurídica sin límite ni exclusión (más allá de las generales previstas en las Leyes), habría que reconocer la validez y eficacia de lo actuado y lo que procedería, en caso de duda sobre la validez, pero como en los demás supuestos, sea o no una persona con discapacidad la que participa, es examinar si concurre algún vicio de nulidad o de anulabilidad, insistimos, pero sin que la discapacidad sea un elemento diferenciador. Solo así se cumple con la previsión de la Convención cuando plantea la necesidad de un trato igualitario y la imposibilidad de soluciones discriminatorias.

Cabría establecer una posible similitud con lo sucedido al tiempo de la reforma del artículo 1263 en el año 1975, extrapolando las consecuencias de la inclusión de la mujer casada al mercado, con el cambio que se augura para las personas con discapacidad, que solo puede hacerse por la vía de la aplicación de las normas habituales de protección, sin perjuicio, en el caso de las personas con discapacidad, de las particularidades propuestas para la defensa de su patrimonio⁸. De acuerdo con la Exposición de Motivos de la Ley 14/1975,

5. La prescripción comienza, sin perjuicio de la legitimación concedida a los representantes legales y a quienes corresponde prestar su asistencia, desde que se adquiere o recupera la capacidad necesaria, y en su defecto desde la muerte”.

8 Si bien es cierto que se podría entablar un paralelismo entre las reformas ya efectuadas en el artículo 1263 del Código civil, por lo que se refiere al trato dispensado a la mujer casada (año 1975) y a los sordomudos (año 1996), hasta llegar a nuestros días, a la necesidad de exclusión de los que tienen la capacidad modificada judicialmente (año 2015). La diferencia entre este último supuesto y los dos anteriores, es que la incorporación de la mujer casada y de los sordomudos como personas que sí pueden prestar consentimiento por sí mismo no vino acompañada de ninguna reforma adicional del Código civil que salvaguardara su posición en el mercado, se modificaron solo los preceptos que podrían entrar en contradicción, para otorgar una redacción homogénea, así sucedió en la reforma de 1975 con los artículos 1301, 1316... C.c., sin necesidad de incluir paralelamente

de 2 de mayo, sobre reforma de determinados artículos del Código civil y del Código de comercio sobre la situación jurídica de la mujer casada y los derechos y deberes de los cónyuges⁹ “Y el temido hecho de que tales pactos pudieran ocultar una falta de libertad a una voluntad viciada, es corregible, sin necesidad de prohibir los pactos, acudiendo a las reglas generales que salvaguardan la autenticidad de la voluntad en los contratos.”

A este mismo paralelismo recurre el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en su periodo de sesiones de 31 de marzo a 11 de abril de 2014:

El artículo 12, párrafo 5, obliga a los Estados parte a adoptar medidas, con inclusión de medidas legislativas, administrativas y judiciales y otras medidas prácticas, para garantizar los derechos de las personas con discapacidad en lo que respecta a las cuestiones financieras y económicas, en igualdad de condiciones con las demás. Tradicionalmente se ha negado a las personas con discapacidad el acceso a las finanzas y la propiedad sobre la base del modelo médico de la discapacidad. Este criterio de negar a las personas con discapacidad la capacidad jurídica para las cuestiones financieras debe sustituirse por el apoyo para ejercer la capacidad jurídica, de acuerdo con el artículo 12, párrafo 3. De la misma manera que no se puede utilizar el género como base para discriminar en las esferas de las finanzas y la propiedad, tampoco se puede usar la discapacidad.

Por otro lado, el análisis de la validez en orden a la nulidad o anulabilidad del contrato celebrado por una persona con discapacidad, en nuestra opinión, no queda excluido, *a priori*, por el hecho de la presencia de la medida de apoyo en el proceso de formación del consentimiento. No olvidemos que con el nuevo modelo diseñado por la Convención, quien presta el consentimiento es siempre la persona con discapacidad, con independencia de los supuestos en los que deba o no intervenir el apoyo, y eso no debe determinar la posibilidad de revisión *a posteriori*, que entendemos será siempre posible conforme a los criterios generales, como para todos los contratantes. Queremos decir con ello, que cuando una persona mayor de edad actúa, sus actos son revisables si se dan las premisas para ello, sería injusto que, sin más, se excluyera de esta revisión a los contratos que se han celebrado por una persona con discapacidad por el mero hecho de que hubiese intervenido la persona que presta el

soluciones privilegiadas de protección. Por el contrario, para el caso de las personas con discapacidad sí se precisan, en nuestra opinión, además de la adaptación de los artículos del Código civil a la nueva realidad, la adopción de especiales medidas de protección en forma de privilegio.

9 BOE núm. 197, de 05 de mayo de 1975.

apoyo con ella ¿es que el error, el dolo, la violencia o la intimidación no puede afectar al que presta el consentimiento y a quién le sirve de apoyo? Cosa diferente, es que se pueda exigir la responsabilidad a la persona que presta el apoyo, si por su falta de diligencia incurrió ella también en el vicio y no supo guiar debidamente a la persona con discapacidad a la que apoya, o porque fuera ella la inductora del vicio o el error en su provecho o en el de un tercero. El segundo de los motivos sería, porque, en ocasiones, la persona con discapacidad auxiliada de la medida de apoyo, puede prestar un consentimiento no acorde con lo que le aconseja quien le presta apoyo, toda vez que las medidas de apoyo no sustituyen ni representan a la persona con discapacidad. Pudiera suceder que la persona con discapacidad tenga decidido el sentido de su voluntad de manera libre, cierta e indubitada, pero que no alcance a valorar las exactas consecuencias patrimoniales negativas que le acarrea, pese a las advertencias de quien presta el apoyo y sin que se le pueda pedir a éste ninguna responsabilidad.

Cumple recordar, que en el análisis de posibles causas de nulidad o anulabilidad no es necesario probar el daño, únicamente el vicio en el consentimiento, sin perjuicio de que la existencia del daño se pueda utilizar como un indicio de la presencia del vicio, pero en ningún caso es un elemento esencial para que prospere una demanda por nulidad o anulabilidad¹⁰.

El Proyecto de Ley de 2020 propone la reforma de la actual redacción dada a los artículos 1301, 1302, 1304 y 1314 C.c., donde se ajusta a la nueva terminología, haciendo referencia a la persona con discapacidad en lugar de al incapacitado o a la incapacidad de quien actúa, o fija, como en el artículo 1301, que el plazo de cuatro años previsto es de caducidad..., cambios que si bien son plausibles dejan pasar la oportunidad de una reforma de mayor calado en la órbita de lo que venimos justificando de acuerdo con la Convención.

2. Supuesto especial de rescisión por lesión

La solución, que de *lege ferenda* proponemos, es la inclusión de un nuevo supuesto de rescisión por lesión que proteja la integridad patrimonial de las personas con discapacidad frente a daños arbitrarios.

Como justificación a esta propuesta, debemos señalar que hemos hecho

10 Artículo 1300 C.c. “Los contratos en que concurran los requisitos que expresa el artículo 1.261 pueden ser anulados, aunque no haya lesión para los contratantes, siempre que adolezcan de alguno de los vicios que los invalidan con arreglo a la ley.”

uso de la premisa que nos acompaña a lo largo de todo el trabajo: partiendo de que la persona con discapacidad es titular de capacidad jurídica, a partir de ese momento va a intervenir en el mercado “en primera persona” sin mecanismos de sustitución o representación. La misma norma que garantiza el ejercicio de la autonomía de la voluntad en igualdad de condiciones (12.2 Convención) ordena la regulación de medidas de apoyo (12.3) y de salvaguardia frente a las posibles actuaciones inadecuadas de quienes prestan las medidas de apoyo (12.4), y frente a posibles exclusiones de derechos o daños arbitrarios sobre el patrimonio de la persona con discapacidad (12.5). Si nos centramos en el último de los mandatos, resulta compelido nuestro ordenamiento a ofrecer un mecanismo que propicie la debida defensa en el mercado de la persona con discapacidad y de su patrimonio, y la mejor forma de defensa posible nos ha parecido que sea la rescisión por lesión.

En la búsqueda de la solución que resultara más adecuada, la lectura del capítulo de libro de MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS¹¹ nos resultó muy reveladora, pues daba forma a muchas de nuestras preocupaciones. Por ese motivo, sin perjuicio de la remisión a su completa lectura, haremos uso de algunos de sus argumentos, la mayoría para sumarnos a ellos y, en alguna ocasión, también, para discrepar de los mismos.

Lo primero que cabría destacar, es como la fórmula de la rescisión¹² por

11 MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, Jesús A., “La ineficacia de los actos jurídicos patrimoniales realizados por una persona con discapacidad a la luz de la Convención internacional sobre derechos de las personas con discapacidad”, *op. cit.*, pp. 505-506 “Aunque podría argumentarse que la prueba de la rescisión se antoja un objetivo más complejo –la acreditación de la cuantía del perjuicio–, que dificultaría la protección efectiva de las personas con discapacidad en tales casos, no cabe duda que se trata de una solución más adecuada al reconocimiento efectivo de la autonomía de estas personas. Si la tendencia es a la equiparación con los capaces y a la no discriminación, entonces no se justifica, como solución general, la aplicación de la anulabilidad, la cual comporta el reconocimiento explícito de una voluntad defectuosa o incompleta. Puede resultar un tanto contradictorio aplicar generalmente la anulabilidad y, a su vez, proclamar la autonomía, igualdad y no discriminación. Es obvio que se puede producir distorsiones en algunos casos, pero se trata de un precio que, quizás, haya que pagar para alcanzar los objetivos mencionados. Por lo demás, tampoco debemos pensar que estas disposiciones van a ser muy comunes. En muchos casos, se habrá establecido un régimen de apoyo que minimizará este efecto no deseado.”

12 Rescisión entendida como “una modalidad de ineficacia funcional que afecta a un negocio válidamente formado que produce un perjuicio económico injusto”. LINACERO DE LA FUENTE, María, *Ineficacia y rescisión del negocio jurídico. La ventaja injusta*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 31.

lesión, adoptada como mecanismo de defensa del patrimonio de las personas con discapacidad arbitrariamente dañado, solo es acorde con los planteamientos de la Convención si lo valoramos como una medida privilegiada¹³ que se sustenta sobre dos elementos estrictamente objetivos: la prueba del daño y la prueba de la discapacidad¹⁴.

Entiende MESSÍA¹⁵, y nosotros con él, que si el modo de configurar el supuesto de hecho de la rescisión por lesión en el caso de las personas con discapacidad incorpora la discapacidad como un elemento subjetivo, nuevamente estaríamos incurriendo en el trato no igualitario del que rehúye la Convención. De este modo, en repuesta a quienes así lo proponen sustenta que

parece existir una contradicción en el hecho de que, por una parte se elimine la anulabilidad para lograr la igualdad y no discriminación, y por otra, se adopte la solución de la rescisión basada en la discapacidad para establecer una protección, en este caso privilegiada [...] Se puede sostener que esta discriminación, por ser positiva, es admisible. Pero no parece aceptable decir que ello se hace en aras de su igualdad, cuando de la exigencia de que el perjuicio resulte de la discapacidad se deduce claramente la diferencia. En ese sentido, la solución propuesta presenta la contradicción resultante de que no se conoce con precisión si la ineficacia procede de un factor estructural del

13 MARÍN CALERO, Carlos, “Los apoyos a la capacidad jurídica de obrar de todas las personas con discapacidad”, *op. cit.*

[http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/D5A9CCF44B32E65205257C8D00765E1E/\\$FILE/109_1_apoyos_5.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/D5A9CCF44B32E65205257C8D00765E1E/$FILE/109_1_apoyos_5.pdf) “proponemos sustituir el tradicional mecanismo de protección de la anulabilidad de los contratos perjudiciales a la persona con discapacidad por el de la rescisión por lesión [...] Anular el contrato por falta de consentimiento de la persona con discapacidad me parece lo contrario de reconocerle capacidad de obrar; la rescisión, por el contrario, es un beneficio, una discriminación positiva, un privilegio que la sociedad le otorga”.

14 MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, Jesús A., “La ineficacia de los actos jurídicos patrimoniales realizados por una persona con discapacidad a la luz de la Convención internacional sobre derechos de las personas con discapacidad”, *op. cit.*, p. 507, “Pensemos, por ejemplo, en el artículo 1291.1º: la posibilidad de rescindir el contrato viene dada por el hecho de que el mismo se haya celebrado por el tutor y que se produzca el perjuicio en la cuantía señalada. Así, se trata de requerimientos de naturaleza objetiva, que en modo alguno conllevan la prueba de requisito subjetivo alguno. En este sentido, la exigencia de la concurrencia de discapacidad debe simplificarse al máximo, configurándose como una exigencia, a poder ser, objetivada”.

15 MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, Jesús A., “La ineficacia de los actos jurídicos patrimoniales realizados por una persona con discapacidad a la luz de la Convención internacional sobre derechos de las personas con discapacidad”, *op. cit.*, p. 506.

acto celebrado, cual es el defecto de capacidad, o de otro de naturaleza funcional o finalista, como la posterior producción de un perjuicio, o de los dos, como parece que se exige¹⁶.

Frente a esta fórmula, coincidimos con quienes proponen la necesidad de idear un supuesto de rescisión, como solución privilegiada, para remediar los casos de daños en el patrimonio de la persona con discapacidad, pero sobre la base de elementos exclusivamente objetivos, no sobre la prueba de la posible incidencia de la discapacidad al tiempo de la formación y prestación del consentimiento, además del conocimiento y aprovechamiento por la otra parte. No parece que sea esta la mejor manera de dar cumplimiento al mandato impuesto a los Estados por la Convención, quienes deben velar por la protección de la persona con discapacidad, por su integridad física y patrimonial sin adoptar medidas discriminatorias.

De acuerdo con MESSÍA¹⁷, si la defensa de los intereses patrimoniales de la persona con discapacidad se protege por la vía de la rescisión por lesión:

entendemos que no es necesario reforzar el régimen de la ineficacia de los actos. En el supuesto de que se aprecie un perjuicio o lesión para la persona con discapacidad, se puede abogar por la creación de un nuevo supuesto de rescisión, pero sin necesidad de mayores exigencias para su aplicación. De esta forma, no se confunden figuras, no se establecen mayores exigencias ni se adoptan soluciones discriminatorias. Es decir, en consonancia con lo que se ha defendido desde hace algún tiempo, se puede generar un nuevo supuesto de rescisión, en el que la determinación del perjuicio se realice mediante la exigencia de que traiga causa de la discapacidad. Ahora bien, ello no puede suponer, en modo alguno, una nueva y mayor exigencia, mediante la acreditación de un componente subjetivo que no se plantea en otros supuestos de rescisión.

En este sentido, consideramos que la solución pasa por la consideración del concepto legal de discapacidad, de tal manera que la sola determinación de los requerimientos establecidos por la legislación vigente al respecto sirva, por sí, para determinar la concurrencia de esta situación y, a partir de ahí, comprobar ya la existencia de perjuicio habilitante de la rescisión. Es decir, no es admisible el empleo de un concepto genérico o metalegal de discapacidad, pues ello comportaría la concurrencia de un ele-

16 En la misma línea, y manera muy interesante, MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, Jesús A., “La ineficacia de los actos jurídicos patrimoniales realizados por una persona con discapacidad a la luz de la Convención internacional sobre derechos de las personas con discapacidad”, *op. cit.*, pp. 506 y 507.

17 MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, Jesús A., “La ineficacia de los actos jurídicos patrimoniales realizados por una persona con discapacidad a la luz de la Convención internacional sobre derechos de las personas con discapacidad”, *op. cit.*, p. 507.

mento subjetivo y la consiguiente prueba del mismo, lo que conlleva una mayor exigencia y dificultad en la aplicación de esta clase de ineficacia.

¿En qué diferimos, entonces, del planteamiento de MESSÍA? Pues justo cuando al final de su reflexión mantiene que

la inclusión del nuevo supuesto referente a las personas con discapacidad hace, lógicamente, referencia a aquellos casos de personas que no han sido incapacitadas, pues en dicho caso, la solución pasaría por la intervención del tutor, lo que plantearía otro tipo de solución. Pues bien, la aplicación de la rescisión a los actos onerosos de personas con discapacidad supone una modificación del espíritu del CC de enorme calado, que permitiría la opción desechada por el artículo 1291 del CC.

Parece que repentinamente hubiéramos dejado de compartir, o que no lo hubiéramos hecho tampoco antes, la realidad que debiera ser el punto de partida. Esto es, de acuerdo con el título de su estudio, se trataba de teorizar sobre una solución a la luz de la Convención, en consecuencia, resultaría imposible, por principio, la figura de la incapacitación a la que hace referencia. Tampoco encajaría la figura del tutor, dado que se descartan las medidas que supongan sustitución o representación de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad. La titularidad y el ejercicio de la capacidad jurídica corresponde siempre a la persona con discapacidad (art. 12.2 Convención). La situación privilegiada proviene de que probado el daño, y la discapacidad (como hecho objetivo), pueda solicitar la rescisión por lesión. Esto no quiere decir que todos los casos sean iguales y en todos ellos prospere la pretensión buscada por la persona con discapacidad. La otra parte con quien contrató, por ejemplo, puede defenderse alegando el carácter subsidiario de esta medida, y que en consecuencia deben explorarse todas las vías previas, como la nulidad o anulabilidad de lo actuado o la búsqueda de otros posibles responsables. Tampoco evita que pueda probar que el tipo de discapacidad o el grado de la misma es irrelevante por lo que no puede beneficiarse de esta solución privilegiada, aunque la discapacidad resulte probada. Incluso desmontar la existencia del daño alegando la inclusión en el acuerdo de prestaciones de contenido no estrictamente económico¹⁸. Pero no vemos, como afirma MESSÍA, que en el

18 Pensemos en un contrato de transmisión de un bien a un precio inferior al del mercado, pero donde se incorporan cláusulas por las que el adquirente queda obligado, además de al pago del precio, a la realización de prestaciones carentes de valor económico, acompañamiento humano, cariño, consejo..., pero igualmente interesantes y queridas por su destinatario al tiempo de contratar. A la manera de lo prevenido en el artículo 1088 de

caso de las discapacidades más graves, que por lo general deben estar ya reconocidas y contar con medidas de apoyo, sean directamente excluidas de los presupuestos de rescisión por lesión. Pensemos en los supuestos en los que la persona con discapacidad prescinde del apoyo o ignora los criterios ofrecidos por quien lo presta, estos acuerdos, en principio, son válidos, por cuanto a quien corresponde el ejercicio de su voluntad y el consentimiento es a la persona con discapacidad, pero todos los casos que esa actuación no se considere imputable a la persona que presta el apoyo o a la persona con discapacidad, permitirían la rescisión por lesión. Distinto sería que la medida de apoyo sea considerada la responsable última del daño por su forma negligente o dolosa de actuación, u omitir su intervención... En definitiva, las circunstancias de cada caso, como siempre, determinará el resultado de la acción iniciada, pero por principio, de acuerdo con nuestro planteamiento, los daños patrimoniales arbitrarios que la persona con discapacidad padece, pueden ser atacados, si se dan los requisitos, por la vía de la rescisión por lesión como una solución privilegiada de protección.

Desde nuestro punto de vista la única diferencia en el ámbito de la ineficacia de los contratos, a modo de privilegio, deviene del tratamiento a otorgar al especial supuesto de rescisión por lesión. Esta previsión legal que proponemos, *lege ferenda*, da respuesta a un eventual daño patrimonial arbitrario (art. 12.5), entendido arbitrario como que no responde, según el Diccionario de la RAE, ni a la ley, ni a la razón.

Volvemos a coincidir con MESSÍA cuando defiende que la adopción de esta medida privilegiada no tiene por qué generar un desequilibrio excesivo en el mercado, entre otros motivos por su carácter subsidiario, tal y como en la actualidad se desprende del artículo 1294 C.c.¹⁹.

la *Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos* elaborado por la Comisión General de Codificación (2009) “[...] La prestación, aunque no tenga contenido económico, ha de satisfacer un interés legítimo del acreedor”.

19 Coincidimos con MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, Jesús A., “La ineficacia de los actos jurídicos patrimoniales realizados por una persona con discapacidad a la luz de la Convención internacional sobre derechos de las personas con discapacidad”, *op. cit.*, p. 507, en que no podemos entender que este privilegio desequilibre, en exceso, el mercado “De cualquier forma, la opción de la rescisión del contrato no supondría una alteración sustancial en el régimen existente, sobre la base de su subsidiariedad. En efecto, en virtud del artículo 1294 del CC, la acción rescisoria solamente podrá ejercitarse cuando el perjudicado carezca de otro recurso procesal para obtener su reparación. Solución esta lógica, puesto que se está haciendo referencia a un contrato válido, que solamente de forma so-

A lo que añadimos, siguiendo lo ordenado en el Código civil catalán, la solución dada por el artículo 621-47, número 2, que en aras al mantenimiento de los contratos, se prevé que pueda evitarse la rescisión, si la parte demandada está dispuesta al pago, en dinero, del valor total de la prestación, con los intereses legales, a partir de la conclusión del contrato. De suerte que se mantiene el contrato una vez reequilibrado²⁰. De manera parcial, es también la solución que ofrece el Código civil en el artículo 1077.

La apuesta por la adaptación del contrato, y su mantenimiento, resulta interesante, por lo que tiene de favorable para la seguridad del tráfico jurídico, propuesta que defendemos no solo cuando lo solicita el demandado (solución catalana), también cuando la persona con discapacidad que padece el daño lo pide, pudiendo ser una imposición, en particular, si se demuestra que la otra parte no actuó conforme a la buena fe. El contenido del contrato quedaría alterado, pero al menos permanecería vivo.

Es cierto que la propuesta de rescisión por lesión planteada extiende su campo de actuación entre todos los hipotéticos terceros con los que pueda contratar la persona con discapacidad. Pero si lo que perseguimos es un cambio de paradigma que llegue, también, al ámbito de lo económico y lo social, habría que romper muchas de las estructuras a las que estamos familiarizados. La obligación de tutelar, en el sentido de proteger los intereses de la persona con discapacidad recae, por el momento, casi en exclusiva en su tutor, curador, guardador de hecho..., pero en la nueva proyección dada a las personas con discapacidad por la Convención y su apertura a la participación en primera persona en el mercado, extiende esta obligación a todos los operadores, más allá de las personas que le prestan apoyo, todos los participantes resultan obligados a compartir el deber de protección, son responsables de hacer comprensible el acto o negocio y las consecuencias del mismo. Los Notarios

brevemente y por la causación de un perjuicio, deviene en una posición de ineficacia, lo que incide en la necesidad de su conservación, cuando no concurra tal circunstancia, en aras de la seguridad del tráfico. En tal caso, si la propuesta de reforma exige que el perjuicio tenga como causa la discapacidad, en muchos casos el perjudicado debería ejercitar, en primer lugar, la acción de nulidad del contrato. De esta forma, la rescisión se configura como un nuevo recurso que aumenta, exclusivamente, las posibilidades de protección de las personas con discapacidad y de reparación de los perjuicios que puedan sufrir.”

20 En la misma línea de mantenimiento del contrato en caso de reequilibrio por parte del demandado se expresan la Propuesta de la Comisión General de Codificación, año 2009, artículo 1311 y la Propuesta de la Asociación de Profesores de Derecho civil, año 2018, artículo 527-22, número 2.

tienen una larga experiencia en esta tarea, pero no están solos, también los funcionarios públicos asumen este deber en los distintos órdenes en los que desarrollen su labor. Pero en los sucesivos, este deber ha de extenderse a todos los ámbitos, porque en adelante en todos los ámbitos ha de actuar la persona con discapacidad sin ser sustituida (tutores) así que, por sorprendente que nos parezca, todos resultan obligados, también el tendero, que debería estar atento a colaborar con la persona que desea comprar, para asegurarse de que sabe lo que quiere y lo que le conviene a sus necesidades. También el dentista, cuando celebra un contrato para la prestación de un servicio odontológico, debería colaborar en la mejor comprensión del paciente del contenido de las prestaciones a recibir, si se trata de un tratamiento de carácter médico o estético, de su duración..., pero sobre todo, de que conozca y entienda las consecuencias patrimoniales exactas. En este cambio de paradigma quedamos todos implicados, por lo que una desatención de ese deber de actuar conforme a la buena fe, a la honestidad y a los buenos usos y costumbres del tráfico jurídico, deber que por otro lado ya existe, artículo 1255 C.c., bien puede ser sancionado por el ordenamiento jurídico, pese al impacto que esto pueda tener en la tan traída defensa de la seguridad del tráfico jurídico²¹.

Como refuerzo a la propuesta de inclusión de la rescisión por lesión en caso de personas con discapacidad, planteamos, aunque simplemente quede esbozado, la idoneidad de incluir en el futuro Código civil la tradicional figura de la rescisión por lesión *ultra dimidium*²² donde, únicamente, sería necesario probar un elemento objetivo, el daño, exento de consideraciones de otra índole²³ en un esfuerzo de adaptación de nuestro ordenamiento a solu-

21 Llegados a este punto nos surge la posible conexión que este deber pudiera guardar con la publicidad que sobre las personas y su posible discapacidad se realizara desde el Registro Civil, al tiempo que este planteamiento choca con el derecho a la intimidad del individuo, nuevamente se hace necesario la búsqueda de un delicado equilibrio entre las cuestiones atinentes al sujeto y a la seguridad del mercado.

22 Cabe señalar que ni la Propuesta de la Comisión General de Codificación (año 2009) ni la Propuesta de la Asociación de Profesores de Derecho civil (2018) lo incluyen en sus textos. Sin embargo, nuestra tradición jurídica no parece estar tan alejada de este tipo de preceptos. Resulta interesante recordar el artículo de DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, “La rescisión por lesión en el Derecho Navarro”, *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 3, 1987, pp. 13-26, para comprender, al hilo del análisis histórico que realiza, que cerca se encuentre esta figura, también, del Derecho común.

23 Parece que esta posibilidad se convierte cada vez en algo más complejo, si atendemos a la tendencia a subjetivizar el fenómeno de la rescisión, en esa línea la última re-

ciones más modernas contrarias a posiciones de abuso o desequilibrio. Con la inclusión de esta medida se conseguiría una protección general para todos los contratantes, sin distinción, solo en atención al daño padecido superior al 50%. Como solución privilegiada, la cuantía del daño a probar podría situarse en el 25%, en los casos de persona con discapacidad, entendido la prueba de la discapacidad como requisito de carácter objetivo que forma parte de la configuración del supuesto de hecho de la norma.

En todo este desarrollo de posibles medidas privilegiadas para la protección del patrimonio de las personas con discapacidad cabría plantearse si, finalmente, no termina por entrar por la ventana la misma situación a la que antes hemos cerrado el paso por la puerta. Si el punto de partida es que la persona con discapacidad cuenta con la misma capacidad jurídica que cualquier otro mayor de edad, esto significa que en el libre ejercicio de la autonomía de su voluntad puede prestar su consentimiento y comprometer su patrimonio, sin que las medidas de apoyo establecidas puedan ser un mecanismo de sustitución o representación, se cierra la puerta a que sean otros quienes decidan por la persona con discapacidad y su patrimonio. Pero si al mismo tiempo se pretende garantizar que no se produzcan daños arbitrarios sobre el patrimonio de la persona con discapacidad, en atención a lo por ella actuado, ello supone la adopción de una serie de medidas que, aunque en beneficio de los intereses de la persona con discapacidad, pasan por intervenir sobre lo por ella libremente actuado para negarle, luego, su eficacia. Podría surgir la duda razonable de si no sería más fácil entablar el control para evitar posibles daños patrimoniales desde un inicio, esto es, manteniendo las actuales figuras de sustitución o representación. La respuesta por nuestra parte es negativa, no solo porque esta última propuesta es contraria a lo ordenado por la Con-

forma del Código Civil catalán, que incluye en el ámbito de la rescisión la ventaja injusta, donde además de la prueba del daño, como elemento objetivo, habría que probar un doble elemento subjetivo, la debilidad de una parte y el aprovechamiento de esta debilidad por la otra. En el caso del Derecho Navarro, la rescisión por lesión enorme ya obligaba a la prueba del daño (50%), elemento objetivo, además de la prueba de un único elemento subjetivo, la situación de apremiante necesidad o inexperiencia. La duda es si en el caso de la rescisión por lesión enormísima (dos tercios) también es necesaria la concurrencia del elemento subjetivo, o basta simplemente con la prueba del elemento objetivo, el daño; estableciendo la diferencia entre ambas acciones por rescisión más allá de los plazos de prescripción de las mismas. Esta última posición la defiende DÍEZ ARGAL, Wenceslao, *La rescisión por lesión en el Fuero de Navarra*, Diputación Foral de Navarra, I. P. de Viana, 1984.

vencción, derecho obligatorio en España, sino porque la existencia de medidas privilegiadas a las que hemos hecho referencia en este punto como propuesta de *lege ferenda* no han de actuar en todo caso, solo cuando se produzca el daño (arbitrario y cuantificado), que no tiene por qué producirse en todos los casos, y además, se establece conjuntamente la posibilidad de no rescindir el acuerdo, y en su lugar, reequilibrar las prestaciones.

El actual Proyecto de Ley para la reforma del Código civil propone cambios en cuanto a la rescisión en los artículos 1291 y 1299²⁴, pero, en modo alguno coincidentes con lo expresado hasta ahora.

3. Otras formas de ineficacia contractual

a. *La ventaja injusta*

En los últimos años se sitúa con mucha fuerza la figura de la ventaja injusta como uno de los mecanismos de impugnación que debiera incorporar el legislador en la próxima reforma del Código civil, así la propuesta de la Comisión General de Codificación de 2009. La cuestión es que, aunque valorada como una medida positiva y deseable²⁵, es importante decir, que como en el caso de los supuestos previstos en el vigente artículo 1261 C.c., no supone, o no debería suponer un mecanismo especial de protección de las personas con discapacidad, sino una vía más de protección que afecta a todos los sujetos mayores de edad, de hecho, no aparece la discapacidad de forma expresa en la descripción del supuesto en los diferentes textos que hemos barajado.

Una de las cuestiones que plantea esta figura es la duda acerca de su mejor

24 Se da nueva redacción al ordinal 1.º del artículo 1291, con el siguiente tenor:

“1.º Los contratos que hubieran podido celebrar sin autorización judicial los tutores, los apoderados y mandatarios preventivos o los curadores con facultades de representación siempre que las personas a quienes representen hayan sufrido lesión en más de la cuarta parte del valor de las cosas que hubiesen sido objeto de aquellos.”

Se sustituye el segundo párrafo del artículo 1299 por el que figura a continuación:

“Para los menores sujetos a tutela, para las personas con discapacidad provistas de medidas de apoyo que establezcan facultades de representación y para los ausentes, los cuatro años no empezarán a computarse hasta que se extinga la tutela, la medida representativa de apoyo o cese la situación de ausencia legal.”

25 Para un detallado estudio de los detractores y partidarios de esta medida puede consultarse el estudio efectuado por GÓMEZ CALLE, Esther, *Desequilibrio contractual y tutela del contratante débil*, op. cit.

ubicación²⁶. Bien, como una causa de anulabilidad de los contratos, que se unirían a las ya previstas (error, dolo, violencia e intimidación), pero con una particularidad, la exigencia de la prueba de un daño objetivo. Bien, conjuntamente con la rescisión por lesión, en el que además del elemento objetivo, la lesión patrimonial, habría que probar un doble elemento subjetivo, la prueba de la debilidad al tiempo de contratar de una de las partes, unida a la prueba del aprovechamiento por la otra parte.

Realmente es una tarea compleja, por cuanto la ventaja injusta parece compartir caracteres de ambas figuras, si nos centramos en el papel que ocupa la labor desempeñada por quien se beneficia, nos situaría en posiciones cercanas a los vicios del consentimiento, mientras que si nos centramos en la valoración del daño que padece la parte más débil, nos situaría más próximos a la rescisión.

Cabrían otras vías, por ejemplo, que se configuraran como una causa de ineficacia independiente, no adscrita ni a las causas de anulabilidad (pues ha de probarse un daño), ni a las de rescisión (pues ha de probarse el doble elemento subjetivo), sino como en el BGB, que se situara en el ámbito de las actuaciones contrarias a las buenas costumbres. Pero este es un debate que excede de nuestro planteamiento²⁷, lo que nos interesa, es que se sitúe donde se sitúe, la ventaja injusta es una causa de protección para todos los contratantes, sean o no personas con discapacidad, y como nueva medida que aumenta la salvaguardia, también para las personas con discapacidad, debe ser bienvenida, dado que un contrato celebrado en estos términos, en el que una parte conscientemente se aprovecha de la debilidad de la otra para

26 La propuesta de la Comisión General de Codificación la sitúa dentro del Capítulo destinado a regular la nulidad y anulación de los contratos, en un precepto propio, el artículo 1301, que se ubica después de los destinados al error (art. 1298), violencia o intimidación (art. 1299), dolo (art. 1300). También es objeto de trato diferenciado, entre las causas de anulación de los contratos, en la Propuesta efectuada por la Asociación de Profesores de Derecho civil, artículo 527-9, bajo la nomenclatura de *ventajismo*. Sin embargo, el Código civil catalán lo ubica conjuntamente, en una misma subsección, con la figura de la rescisión por daño superior a la mitad, artículo 621-45.

27 *Apud thema vid.* LINACERO DE LA FUENTE, María, *Ineficacia y rescisión del negocio jurídico. La ventaja injusta*, op. cit. GINÉS CASTELLET, Nuria, “La ventaja o explotación injusta en el futuro? Derecho contractual”, *InDret*, Núm. 4-2016, pp. 1 a 58, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5740617>

GÓMEZ CALLE, Esther, *Desequilibrio contractual y tutela del contratante débil*, op. cit., pp. 154 y ss.

conseguir un beneficio injustificado, no merece ser objeto de protección por el ordenamiento jurídico.

En el texto del Código civil catalán se opta por la incorporación de la figura de la ventaja injusta conjuntamente con la rescisión por lesión²⁸, configurando el supuesto de hecho de la norma con un elemento objetivo, la prueba del daño: el beneficio excesivo o la ventaja manifiestamente injusta; y con la prueba de un doble elemento subjetivo, de una parte, la situación de debilidad, como elemento que influye en el momento de la conclusión del contrato, y otra, el aprovechamiento de esta situación por la otra parte.

Así el legislador catalán regula la ventaja injusta en el artículo 621-45, número primero, dentro del Libro sexto, en el Capítulo dedicado a los contratos con finalidad transmisiva, en su Sección primera relativo al contrato de compraventa²⁹, en la Subsección sexta sobre ventaja injusta y lesión en más de la mitad, si bien el propio precepto aclara que se trata de una medida aplicable no solo al contrato de compraventa sino a todos los de carácter oneroso:

El contrato de compraventa y los otros de carácter oneroso pueden rescindirse si, en el momento de la conclusión del contrato, una de las partes dependía de la otra o mantenía con ella una relación especial de confianza, estaba en una situación de vulnerabilidad económica o de necesidad imperiosa, era incapaz de prever las consecuencias de sus actos, manifiestamente ignorante o manifiestamente carente de experiencia, y la otra parte conocía o debía conocer esta situación, se aprovechó de ello y obtuvo un beneficio excesivo o una ventaja manifiestamente injusta.

28 También LINACERO DE LA FUENTE María, *Ineficacia y rescisión del negocio jurídico. La ventaja injusta*, op. cit. comparte la ubicación de la norma en sede de rescisión, y propone, de *lege ferenda*, un texto, el artículo 1291 Bis, que incorpora la cuantificación del daño:

Son rescindibles los contratos onerosos a solicitud de la parte que haya sufrido una lesión objetivamente cuantificada en más de la cuarta parte del valor de la prestación estimada al tiempo de la celebración del contrato, siempre que dicha desproporción sea debida a la situación de dependencia, extraordinarias dificultades económicas, necesidad apremiante, inexperiencia, debilidad psíquica o incapacidad de comprender de una de las partes que la otra aprovecha injustamente para obtener, para sí o para un tercero, una ventaja patrimonial desproporcionada.

Contraria a esta ubicación se pronuncia GÓMEZ CALLE, que defiende la idoneidad de situarlo entre los vicios del consentimiento, vid. GÓMEZ CALLE, Esther, *Desequilibrio contractual y tutela del contratante débil*, op. cit., p. 155.

29 Sobre el mejor enclave de esta medida en el Código civil catalán, puede consultarse el estudio que sobre el texto del Proyecto realiza GINÉS CASTELLET, Nuria, “La ventaja o explotación injusta en el futuro? Derecho contractual”, op. cit.

Cabría sostener que la prueba de cómo la discapacidad interfiere en la formación del consentimiento, por la dificultad, en ese momento, de prever las consecuencias de sus actos ofrecería un camino para la defensa del patrimonio de la persona con discapacidad, pero no olvidemos, que esta cuestión supondría la utilización de la discapacidad como un elemento que hace incapaz a la persona, que la diferencia en cuanto al uso de su capacidad jurídica al tiempo de contratar, pretensión contraria a lo propugnado por la Convención. No decimos que la ventaja injusta no sea un mecanismo necesario de defensa, y que interese su incorporación en nuestro ordenamiento jurídico, sino que no puede ser interpretado como la solución específica al problema que planteamos en este trabajo, la protección del patrimonio de las personas con discapacidad antes daños arbitrarios, sino como una protección general para quien resulte la parte más débil en el mercado.

En el Derecho foral navarro (Leyes 499 a 506) la solución es diferente, dentro, también, de la figura de la rescisión se regulan los supuestos de lesión enorme y enormísima, exigiéndose en el primero de los casos un requisito subjetivo, que se une al requisito objetivo del daño, una situación de apremiante necesidad o inexperiencia. En palabras de GÓMEZ CALLE³⁰

Hay, no obstante, en este punto una nota que diferencia la Compilación de buena parte de esas otras regulaciones: únicamente atiende a las circunstancias del perjudicado y se omite cualquier referencia a la actitud del otro contratante, a si conocía o debía haber conocido la situación de aquél, o a si explotó, abusó o aprovechó de ella.

Al hilo de la idea de que la declaración de la ineficacia de lo actuado en caso de ventaja injusta protege al más débil, se nos ocurre, nuevamente, la asociación de ideas con quienes contraponen a las propuestas de defensa del patrimonio de las personas con discapacidad la quiebra en la seguridad en el tráfico jurídico y el aumento de costes en la contratación. Esta medida que ahora analizamos, de índole general, ha sido adoptada en ordenamientos como el navarro, el catalán, el alemán, el suizo, el italiano, el francés..., además de en normas o propuestas unificadoras de las leyes de contratación europeas e internacionales, y nada nos lleva a concluir que se haya quebrado el sistema como consecuencia de la defensa del más débil, antes bien, podría decirse que resulta reforzado, por cuanto priman principios, también fundamentales, como la buena fe, la moral, la honestidad...

³⁰ GÓMEZ CALLE, Esther, *Desequilibrio contractual y tutela del contratante débil*, op. cit., p. 47.

El Proyecto de Ley de 2020 guarda silencio sobre este particular³¹.

b. La influencia indebida

La literalidad del artículo 12.4 de la Convención obliga a los Estados a proteger de manera expresa a las personas con discapacidad de la influencia indebida, en este sentido ordena que “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...”, debiendo establecerse los instrumentos que propicien la ineficacia de lo actuado. La figura de la influencia indebida debe estar, entonces, contemplada en nuestro ordenamiento, bien de manera específica, como norma propia de control al que se somete la labor de quienes ejercen medidas de apoyo, o como una disposición general en el ámbito de los supuestos de anulabilidad, pero con especial mención a la intervención de quienes prestan medidas de apoyo. En cualquier caso, debe otorgarse una especial atención a la relación previa que une a las partes antes de la celebración del negocio y si esa relación de influencia de una parte sobre la otra subyace en la celebración del negocio.

Podría caerse en la tentación de entender que una vez que el legislador hubiera incluido la figura de la ventaja injusta estaría satisfecha por completo la obligación del número 4 del artículo 12 de la Convención, pero conviene advertir que, si bien, la influencia indebida y la ventaja injusta pueden guardar una estrecha relación, no todos los casos de influencia indebida conforman un supuesto de ventaja injusta³². La influencia indebida puede producirse sin necesidad de que exista un desequilibrio de prestaciones que aporte a una de las partes un beneficio excesivo, basta con el mero hecho de contratar. La influencia indebida es una figura que participa de la naturaleza de los vicios de la voluntad y que permitiría la anulabilidad de lo acordado sin necesidad de probar el daño, lo que nos aleja del terreno de la rescisión. Por otro lado, la ventaja injusta no precisa de una relación previa entre las partes, como sí necesita la influencia indebida³³.

31 Salvo que, de manera muy forzada, pudiera verse incluida la figura de la ventaja injusta en el término abuso al que hace referencia el propuesto artículo 270 del Proyecto de Ley.

32 Sobre esta cuestión puede consultarse la obra de GÓMEZ CALLE, Esther, *Desequilibrio contractual y tutela del contratante débil*, op. cit., pp. 69 y ss. donde analiza la diferencia en el Derecho inglés entre la influencia indebida y los convenios desproporcionados.

33 GÓMEZ CALLE, Esther, *Desequilibrio contractual y tutela del contratante débil*, op. cit., p. 87.

Si atendemos a los presupuestos de la Convención, es un deber ineludible para los Estados prever normas de protección de la persona y del patrimonio de los sujetos con discapacidad, como vía de protección de las propias personas con discapacidad, y el deber de salvaguardia frente a la influencia indebida es un mandato expreso. De suerte, que en aras al cumplimiento de lo ordenado en la Convención, en la reforma que la norma prevea de los preceptos del Código civil, necesariamente debe incluir la figura de la influencia indebida, como actuación inadecuada de los prestadores de las medidas de apoyo que incide en el libre ejercicio de la voluntad, no se trata tanto de que anulen la voluntad, como de que aprovechándose de la confianza, de la dependencia, que la persona con discapacidad tiene en ellos, hace un uso inadecuado de su cargo que incide en la formación libre y transparente de la voluntad de la persona con discapacidad³⁴.

Puede suceder que la voluntad haya sido manifestada con aparente libertad y conocimiento, sin embargo, no se deba a un ejercicio real de formación del consentimiento, sino a la captación de la voluntad por quienes se encuentran más próximos a la persona con discapacidad, o porque la persona con discapacidad ha puesto su confianza en las personas más próximas a las que corresponde su cuidado, de manera que se limita a seguir sus indicaciones, entendiendo, que si ella se lo indica será lo mejor, sin valorar nada más.

Sirva de ejemplo la regulación que el Derecho Foral Navarro³⁵ realiza en su Ley 21, sobre la que la Exposición de Motivos de la norma justifica:

Con una nueva denominación, «Del ejercicio de los derechos y de las declaraciones de voluntad», el título III describe su contenido mediante una variación de su orden sistemático. Destaca dentro del mismo la distinción entre «nulidad, anulabilidad y rescisión» y «vicios de la voluntad», mediante su tratamiento desde el punto de vista de la

34 GÓMEZ CALLE, Esther, *Desequilibrio contractual y tutela del contratante débil*, op. cit., p. 169 “Efectivamente, en estas relaciones la parte que deposita su confianza en la otra se fía de estay de sus indicaciones o consejos a la horade consentir el contrato y su contenido, de modo que se abandona en buena medida al criterio ajeno y no ejercita su propio juicio independiente [...] La confianza afecta, por tanto, no a la libertad de decidir, sino a la toma de una decisión consciente.”

35 Ley 1/1973 de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra (BOE núm. 57, de 07 de marzo de 1973), actualizada en diferentes ocasiones. Los textos transcritos se deben a la reforma introducida la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo (BOE núm. 137, de 08 de junio de 2019) que entró en vigor el 16 de octubre de 2019.

capacidad en la ley 19, y desde la perspectiva del vicio invalidante de la voluntad, en la ley 20, a las que se añade, ley 21, una modalidad tendente a la protección de situaciones de vulnerabilidad o dependencia –influencia indebida y abuso de influencia–, que se presentan sociológicamente de forma mayoritaria por razón del envejecimiento de la población, pero que no se limitan exclusivamente a esos supuestos y resultan aplicables a cualesquiera otros de dependencia fáctica.”

“Ley 21. La influencia indebida. Son anulables las declaraciones de voluntad realizadas en beneficio de quien, teniendo bajo su dependencia al otorgante, aprovecha esa situación para conseguir, para él u otros, una ventaja que de otro modo no hubiera obtenido. Abuso de influencia.

Asimismo son anulables las realizadas por la influencia abusiva de otro que aprovecha la confianza en él depositada, la debilidad mental o la angustia del declarante, con obtención de un beneficio.

La clave de esta previsión está en que la ventaja o el beneficio no requiere que devenga de un desequilibrio económico entre las prestaciones, esto es, el desequilibrio económico no forma parte del supuesto de hecho, aunque nada impide que también se pueda dar, sino que se desprende del simple hecho de contratar. Unido a la existencia de una relación previa entre las partes.

Quizás por ello, la última redacción dada al artículo 250 del Proyecto de Ley añade la advertencia de que “No podrán ejercer ninguna de las instituciones jurídicas de apoyo quienes, en virtud de una relación contractual, presten servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga a la persona que precisa el apoyo”. Se echa en falta, como señala el Consejo de Estado, que esta previsión se completara con “la inclusión de las prohibiciones que, respecto a los cargos tutelares, se establecen en el vigente artículo 221 del C.c.” (226 del Proyecto de Ley) y que en la regulación prevista para el curador, el guardador de hecho y el defensor judicial no se contempla, pese a que en, ocasiones, el curador pueda llevar a cabo su apoyo con carácter representativo³⁶. Si bien,

36 En este sentido se manifiesta el Consejo de Estado. El vigente artículo 221 C.c. establece una serie de prohibiciones a quienes ejercen el cargo de tutor, posteriormente, el contenido de este precepto desapareció en la redacción ofrecida por el Anteproyecto de septiembre de 2018. En el Dictamen del Consejo de Estado de diciembre de 2019 se advierte de la necesidad de reconsiderar la reincorporación del contenido de este precepto en la previsión de la definitiva reforma del Código civil toda vez que “la supresión de tales prohibiciones que operan a favor del tutelado y que evitan abusos y fraudes en el ejercicio de la función de tutor”. Finalmente, las prohibiciones del actual 221 C.c. se incorporan en el Anteproyecto de julio de 2020 y en el posterior Proyecto presentado a la mesa del congreso (art. 226), pero sólo en lo relativo al cago de tutor, que ahora solo se ejerce en caso de menores de edad no emancipados, pero no para personas con discapacidad, para quien no

de manera particular, para el contrato de compraventa de acuerdo con la prohibición de adquirir por sí o por persona interpuesta, se modifica el número primero “Los que desempeñen el cargo de tutor o funciones de apoyo, los bienes de la persona o personas a quienes representen”.

También para el contrato de arrendamiento, se sustituye la actual redacción del artículo 1548 por

Los progenitores o tutores, respecto de los bienes de los menores, y los administradores de bienes que no tengan poder especial, no podrán dar en arrendamiento las cosas por término que exceda de seis años.

El curador de la persona con discapacidad con facultades de representación se ajustará a lo dispuesto en la resolución que establezca las medidas de apoyo.

Cumpliendo con los mandatos de la Convención, el proyectado artículo 270 prevé:

La autoridad judicial establecerá en la resolución que constituya la curatela o en otra posterior las medidas de control que estime oportunas para garantizar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona que precisa el apoyo, así como para evitar los abusos, los conflictos de intereses y la influencia indebida. También podrá exigir en cualquier momento al curador que, en el ámbito de sus funciones, informe sobre la situación personal o patrimonial de aquella.

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

c. La resolución por causas sobrevenidas

En el deseo de proteger el patrimonio de la persona con discapacidad ante posibles daños arbitrarios, cabría plantearse el supuesto en el que los sujetos contratan sin ninguna cuestión objeto de particular consideración, y con posterioridad, aún vigente el vínculo contractual a una de las partes le sobreviene una discapacidad o un empeoramiento de su salud, que hace innecesario e inútil el contrato celebrado y cuyo cumplimiento puede reportarle un considerable daño patrimonial, por cuanto se ha producido una importante alte-

se prevé, en ningún caso el tutor. Y es, nuevamente, el Consejo de Estado quien reivindica, y nosotros con él, la importancia de incorporar este tipo de prohibiciones, también, para el caso de las medidas de apoyo, especialmente si se trata de un curador con funciones representativas.

ración de las bases del contrato. En esta ocasión, cabría no solo considerar como sujeto de especial trato las personas con discapacidad intelectual, sino a todo tipo de persona con discapacidad, también de carácter física o sensorial y, en definitiva, a todos los contratantes, padezcan o no una discapacidad del tipo que sea.

Pero para el caso de las personas con discapacidad, y la obligación impuesta a los Estados de defensa de su patrimonio frente a daños arbitrarios, resultaría de gran interés la regulación de una figura que tuviera en consideración los supuestos de alteración extraordinarias de las bases del contrato, diferente de los casos de ineficacia por circunstancias originarias (nulidad, anulabilidad y rescisión). Estamos pensando, como ya se indicara, en un contrato celebrado por una persona que más tarde, vigente aún el contrato, resulta afectada por una discapacidad, o se agrava su enfermedad, que determina que el cumplimiento de la prestación debida ya no pueda interesarle o le resulte especialmente dañino para su patrimonio³⁷. Si como propone la Comisión General de Codificación (2009), en su artículo 1213, relativo a la alteración de las circunstancias básicas del contrato³⁸, saliera adelante se podría evitar el daño en estas situaciones:

Si las circunstancias que sirvieron de base al contrato hubieren cambiado de forma extraordinaria e imprevisible durante su ejecución de manera que ésta se haya hecho excesivamente onerosa para una de las partes o se haya frustrado el fin del contrato, el contratante al que, atendidas las circunstancias del caso y especialmente la distribución contractual o legal del riesgo, no le sea razonablemente exigible que permanezca sujeto al contrato, podrá pretender su revisión, y si ésta no es posible o no puede imponerse a una de las partes, podrá aquél pedir su resolución.

37 Con el ánimo de conferir una mayor protección patrimonial a las personas con discapacidad, cabría replantearse si además del daño entendido estrictamente como valor económico de las prestaciones podría también comprobar otras circunstancias previstas en el contrato que pudieran generar, igualmente, desequilibrio. Así GÓMEZ CALLE, Esther, *Desequilibrio contractual y tutela del contratante débil*, op. cit., p. 109, GINÉS CASTELLET, “La ventaja o explotación injusta en el futuro? Derecho contractual”, op. cit., pp. 20 y ss. con especial a atención a la cita realizada a BOSCH CAPDEVILA. Cabría la posibilidad de valorar el desequilibrio también en los casos de indeterminación de las prestaciones correspondientes a una de las partes, o en caso de concesión de un plazo de cumplimiento muy extendido en el tiempo...

38 También la Propuesta de la Asociación de Profesores de Derecho civil (2018) incluye un precepto relativo, el artículo 526-5, relativo a la *Alteración extraordinaria de las circunstancias básicas del contrato*.

La pretensión de resolución solo podrá ser estimada cuando no quepa obtener de la propuesta o propuestas de revisión ofrecidas por cada una de las partes una solución que restaure la reciprocidad de intereses del contrato.

d. Otras medidas

Aglutinamos aquí otra serie de medidas que consideramos igualmente interesantes en la defensa del patrimonio de las personas con discapacidad, a las que haremos referencia de manera somera:

Como primera consideración, entendemos preciso que el legislador, en la defensa del patrimonio de las personas con discapacidad, reconsidere los supuestos de contratos gratuitos que estas puedan realizar, toda vez que las donaciones efectuadas excedan de las simples liberalidades de uso, y resulte probado el daño que genera en el patrimonio, entendido no como el normal empobrecimiento que un acto de carácter gratuito origina en el patrimonio de quien lo realiza, sino como el impacto negativo que este acto puede generar en el normal desarrollo de la vida presente y futura de la persona con discapacidad.

Nuevamente, recurriríamos a la vía de la adopción de soluciones privilegiadas, que sobre elementos objetivos, la prueba del daño que afecta a la estabilidad patrimonial y la discapacidad de quien lo realiza, habiliten mecanismos que permitan revocar estas actuaciones³⁹. Este tipo de revocación puede adoptarse, en la línea de otras ya existentes, en el ámbito de la regulación del contrato de donación, pero redactadas en atención a todos los posibles actos de disposición de carácter gratuito *inter vivos* en los que participe una persona con discapacidad. Como sabemos, el contrato de donación no resulta la única fórmula de empobrecimiento del patrimonio del discapacitado en el que se contrae una obligación sin contraprestación, también habría que estar muy atentos a supuestos de renuncia de derechos adquiridos, la cesión de créditos, la asunción de deudas, la novación de acuerdos, la admisión de

39 Solución *de lege ferenda* que iría en la línea de lo que sucede hasta ahora en el Código, DIEZ PICAZO, Fundamentos de Derecho civil patrimonial I, *op. cit.*, p. 57 “Aun cuando las gratuidades pueden obedecer a impulsos morales o religiosos o a impulsos sociales, que pueden resultar plausibles, no son actos genuinamente económicos, lo que explica el disfavor con el que el ordenamiento contempla, en muchas ocasiones, las donaciones, como ocurre cuando limita los bienes que se pueden donar (cfr.: arts. 634 y 635), exige una capacidad especial o impide a las mimas especiales requisitos de forma (cfr.: arts. 632 y 633).”

cláusulas penales anormales, la prestación del consentimiento para la intromisión en la vida privada, o para la explotación de su imagen...

En segundo lugar, conviene llamar la atención sobre todos aquellos supuestos en los que el daño no se deriva del desequilibrio objetivo entre las prestaciones propias de la operación a rescindir, sino del efecto que la obligación contraída conforme a los valores de mercado puede generar en la estabilidad patrimonial de la persona con discapacidad. Cuando el daño sobre el patrimonio se deriva del simple hecho de contratar sin que exista justificación alguna para su ineficacia. Un ejemplo sería cuando la persona con discapacidad contrata a precio de mercado un bien o servicio, sin que se desprenda, en apariencia, daño alguno, pues cumple con el exacto equilibrio entre las prestaciones, sin embargo, el daño sí se ocasiona sobre el patrimonio de la persona con discapacidad cuando el servicio contratado es superfluo, innecesario, de nula utilidad o cuando sus cualidades y prestaciones sobrepasan su nivel de vida... poniendo el cumplimiento de la obligación comprometida en peligro la estabilidad futura del patrimonio de la persona con discapacidad. También aquí debería hacerse presente el deber de los Estados de proteger a la persona con discapacidad y a su patrimonio (art. 12.5 Convención).

Podría contestarse que este exceso de celo del legislador nos retrotraería a posturas excesivamente paternalistas, justo lo que la Convención pretende superar, pero en nuestra opinión, esta, y otras formas de protección no serían más que el resultado de aplicar la orden dada por la propia Convención: el deber de salvaguardia estableciendo mecanismos de garantía sobre el patrimonio.

Descartada en estos supuestos la aplicación de la ventaja injusta, dado el equilibrio entre las prestaciones, y por ende, también, la rescisión, por falta de lesión en la propia operación, desaconsejada, también, la vía de la nulidad o anulabilidad caso de que hubiera que aplicarla de forma diferente en atención a la discapacidad y cuando no cupiera encontrar ningún tipo de reproche en la actuación de la otra parte, no hay abuso de situación, ni influencia indebida, ni mala fe, solo nos queda comenzar a desgranar otras posibles soluciones ofrecidas por otras normas en orden a la ineficacia de lo actuado, por ejemplo, en el ámbito de la defensa de los consumidores y usuarios, la venta a distancia,... pero cuando todas estas otras vías, también, fracasen, nos abocaríamos a considerar esta actuación, que tan negativamente afecta al patrimonio de la persona con discapacidad, como una equivocación cometida en su libre actuación en el mercado, entendida como un riesgo cierto que acecha a todos

los que en él intervienen, sin distinción. Se trataría de una actuación, que pese al daño patrimonial ocasionado en la persona con discapacidad, carecería de posibilidad de revisión.

Sin embargo, en el deseo que nos guía de encontrar vías de solución a los posibles daños patrimoniales en caso de personas con discapacidad, sin incurrir en medidas discriminatorias, se nos ocurre que el camino esté, nuevamente, en una proposición *de lege ferenda*, en el futuro tratamiento dado a la figura de la prodigalidad.

Quizás en la regulación proyectada de esta figura se ha desaprovechado una oportunidad de defender los intereses de las personas con discapacidad, en particular de aquellas que su grado de discapacidad no es de tal magnitud como para que le corresponda la asignación de una medida de apoyo. La cuestión es que la declaración de pródigo no se sustenta en el hecho de la discapacidad, de ser así, sería una solución discriminatoria, sino únicamente en hechos objetivos, una conducta que se caracteriza por “la habitualidad en la disipación de los bienes propios, malgastándolos de forma desordenada” a la que se le añade un segundo requisito “cuando se ponga en riesgo el derecho de alimentos de parientes” ¿no cabría también plantearse (*de lege ferenda*) la posibilidad de declarar pródigo a quien fruto de una conducta desordenada ponga en riesgo el propio alimento, si ese riesgo se sustenta en un hecho objetivo, la existencia de una discapacidad, en los casos en que la misma no sea merecedora de un curador o un defensor judicial? De este modo, la persona que padece una discapacidad relativa a la capacidad jurídica pero no de una entidad tal que precise de un curador, podría estar protegido por un asistente, si previamente sus actuaciones evidencian un riesgo para su propia subsistencia, de manera que la resolución judicial nombre al asistente y determine “los actos que este no puede realizar sin el consentimiento de quien deba asistirle” (art. 300 Proyecto de Ley), no en valde, las normas que regulan la curatela son de aplicación supletoria para el caso que resulten compatibles con la función patrimonial del asistente (art. 301 Proyecto de Ley).

De la misma manera que hasta la reforma de 1983 la declaración de prodigalidad defendía expectativas hereditarias de los legitimarios⁴⁰, que luego

40 Artículo 222 C.c., redacción original 1889, “Solo pueden pedir la declaración de que habla el artículo anterior el cónyuge y los herederos forzosos del pródigo...”

Artículo 294 C.c., redacción dada por la Leu 13/1983, de 24 de octubre, “Podrán pedir la declaración de prodigalidad el cónyuge, los descendientes o ascendientes que perciban alimentos del presunto pródigo...”

fue sustituida por el derecho de alimentos, bien podría añadirse ahora la declaración de prodigalidad cuando la conducta desordenada de quien presenta una discapacidad, que afecte a la capacidad jurídica, aunque no como para justificar el nombramiento de un curador, pueda, sin embargo, ser declarado pródigo si su conducta pone en peligro el patrimonio que ha de garantizar su subsistencia, sobre la valoración de un hecho objetivo, la discapacidad en el ámbito de la capacidad jurídica.

El inicial texto proyectado en el Anteproyecto de 2018 establecía como supuesto de hecho para la declaración de la prodigalidad, art. 298, “la 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”, sin condicionarlo a ningún otro elemento, redacción en la que quizás hubiera tenido cabida nuestra propuesta. Sin embargo, el texto del Proyecto de Ley, en respuesta a las indicaciones del Consejo de Estado incluye el inciso final, que conecta la declaración de prodigalidad, además de a lo ya dicho, a la puesta en peligro del derecho de alimentos de parientes (art. 300 Proyecto). Así en consideración del Consejo de Estado “La situación de prodigalidad no equivale a la mera conducta patrimonial desordenada, sino que se refiere que, simultáneamente, a través de dicho comportamiento se ponga en peligro otro bien jurídico protegido” ¿por qué no incluir también la puesta en peligro del patrimonio de la persona con discapacidad si ello atenta contra su propia subsistencia?

La propuesta, a modo de solución privilegiada, consiste en que ante actuaciones de este tipo, que no merecen reproche legal, pero que dañan el patrimonio de las personas con discapacidad poniendo en riesgo su propia subsistencia, permitan la declaración de prodigalidad, acción que podría iniciar la propia persona afectada, los familiares más próximos, con independencia de que tengan derecho o no a recibir alimentos y el Ministerio Fiscal, en todo caso.

El supuesto de hecho frente al que actuar, serían los casos en los que la persona con discapacidad con su conducta daña injustificadamente su patrimonio, poniendo en peligro, no solo, el derecho de alimentos de quien estuviera en disposición de reclamarlo, sino también cuando pone en peligro su propia estabilidad patrimonial, circunstancia que se estudiará de manera particularizada en atención a las necesidades de cada persona. De este modo, la sentencia que declare la prodigalidad establecerá qué actos no puede realizar el declarado pródigo sin el consentimiento de quien le asista. Conviene,

además, que esta resolución sea llevada al Registro Civil y al Registro de la Propiedad, entre otros.

La solución a este tipo de actuación vendría, en consecuencia, de la mano de la declaración de prodigalidad, figura necesitada de una importante transformación y a la que debiera corresponder un destacado protagonismo en la futura regulación de esta materia.

En tercer lugar, conviene llamar la atención sobre las actuaciones celebradas de manera consciente por la persona con discapacidad que, si bien, conoce el desequilibrio de las prestaciones que asume al prestar su consentimiento, conoce los daños que este consentimiento prestado le puede causar, sin embargo, siente que no puede dejar de prestar el consentimiento porque entiende que es el único camino para mantener, por ejemplo, la atención o los cuidados de la persona con la que contrata. Podría pensarse que el sujeto contrata en lo que para él sería un estado de necesidad, seguir manteniendo el *statu quo* que le propicia cuidados, estabilidad, atención, cariño... También podría darse este ejemplo en el terreno de los pactos matrimoniales. En esta ocasión el sujeto con discapacidad obra más motivado por un estado de necesidad de mantener la situación de afecto y cuidado que le propicia una persona, que desde la ignorancia o la influencia indebida, como hemos dicho, el sujeto es consciente del daño y actúa pese a él. Este supuesto estaría próximo a las situaciones de dependencia, pero a diferencia de estas, no precisa de que la parte beneficiada realice una influencia indebida sobre la persona con discapacidad. Cabría valorar el supuesto entre los posibles vicios del consentimiento, como situación de error, toda vez que el supuesto de miedo reverencial ha sido descartado de nuestro ordenamiento.

Cosa distinta sería que el sujeto siendo consciente del desequilibrio, lo acepte y lo quiera sin que quepa apreciar ninguna distorsión en la formación y expresión de su voluntad, lo realiza conscientemente en respuesta a la atención recibida de la persona con quien contrata, como agradecimiento o reconocimiento al cariño, al cuidado, a la atención recibida, de manera libre, consciente..., qué duda cabe que este supuesto debe ser mantenido, sin perjuicio de que, como los del párrafo precedente, si causaren un considerable daño a su patrimonio pudieran ser considerados como actuaciones que propiciarían el inicio de un procedimiento, por ejemplo, de declaración de prodigalidad tal y como hemos ideado esa figura, y que no se corresponde con lo previsto en el actual Proyecto de Ley.

En definitiva, son muchas las situaciones a las que nos enfrenta la adapta-

ción al mandato contenido en el artículo 12.2 de la Convención y el reconocimiento de la plena capacidad jurídica, de titularidad y ejercicio, de todas las personas mayores de edad. Pero como ya hemos intentado justificar, esta disposición no está sola, se completa con el deber de los Estados de protección a la persona y al patrimonio de los sujetos con discapacidad (12.5 Convención), por lo que entendemos trascendental reconsiderar la modificación proyectada para el Código civil, centrada, fundamentalmente, en la capacidad jurídica y las medidas de apoyo, pero que ignora, en gran medida, el impacto real que el ejercicio directo de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad va a suponer en el mercado y el cambio de paradigma que este aspecto también reclama.

Bibliografia

- AADV, *Propuesta articulada de reforma del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil para su adecuación al artículo 12 de la Convención Internacional de los derechos de las personas con discapacidad*, 2012. <https://www.notariosyregistradores.com/AULASOCIAL/2013-PropuestaModificacionC-CLEC.pdf>
- ALCAÍN MARTÍNEZ, Esperanza (Dir.), *La Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad. De los derechos a los hechos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015. http://www.fderechoydiscapacidad.es/wp-content/uploads/2016/12/Derechos_a_hechos.pdf
- ÁLVAREZ LATA, Natalia y SEOANE, José Antonio, “El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad. Una revisión de los modelos de representación y guarda a la luz de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad”, *Revista Derecho Privado y Constitución*, núm. 24, 2010, pp. 11 a 66. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3359884>
- ASÍS, Rafael de, “La Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad como marco de interpretación de los derechos fundamentales de la Constitución española”, en PÉREZ BUENO, Luis Cayo y LORENZO, Rafael de (Dirs.), *La Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad -2006/2016: Una década de vigencia*, Cinca, Madrid, 2016, pp. 129 a 148.
- *Clínica Jurídica sobre Discapacidad del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III*, titulado “Avances y retrocesos de la Convención con respecto al examen a España del 2011. https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CRPD/Shared%20Documents/ESP/INT_CRPD_NHS_ESP_33292_S.pdf
- ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, *Propuesta de Código civil*, Tecnos, Madrid, 2018.
- CABELLO DE ALBA, Federico, “Alternativa desde el punto de vista notarial a la incapacitación a la luz de la Convención”, en ALCAÍN, MARTÍNEZ, Esperanza (Dir.), *La Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad. De los derechos a los hechos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015. http://www.fderechoydiscapacidad.es/wp-content/uploads/2016/12/Derechos_a_hechos.pdf
- CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, José Luis, *El artículo 12 de la Convención de Derechos de personas con discapacidad*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2019.
- COLINA GAREA, Rafael, “Algunas consideraciones sobre la defensa de la centralidad de la persona y la autonomía privada en el moderno concepto de Derecho civil”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Co-*

- ruña, núm. 10, 2006, pp. 217 a 250. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2238644>
- COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN, *Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2009.
- CUENCA GÓMEZ, Patricia, “El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad: principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española”, *REDUR*, núm. 10, 2012, pp. 61 a 94. <https://www.unirioja.es/dptos/dd/redur/numero10/cuenca.pdf>
- DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, “La rescisión por lesión en el Derecho Navarro”, *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 3, 1987, pp. 13-26.
- DÍEZ ARGAL, Wenceslao, *La rescisión por lesión en el Fuero de Navarra*, Diputación Foral de Navarra, I. P. de Viana, 1984
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *Fundamentos de Derecho civil Patrimonial*, Cívitas, Madrid, 2012
- GANZANMÜLLER ROIG, Carlos, “Grandes cuestiones pendientes en el ordenamiento español para acompasarse a los mandatos de la Convención. Acceso a la justicia”, en ALCAÍN MARTÍNEZ, Esperanza (Dir.), *La Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad. De los derechos a los hechos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015. http://www.fderechoydiscapacidad.es/wp-content/uploads/2016/12/Derechos_a_hechos.pdf
- GARCÍA ALGUACIL, M^a José, “El mayor interés del discapacitado como límite a la autonomía de la voluntad”, PARRA LUCÁN, M^o ÁNGELES, *Derecho y autonomía privada: una visión comparada e interdisciplinar*, Comares, Granada, 2017, pp. 95 a 110.
- GINÉS CASTELLET, Nuria, “La ventaja o explotación injusta en el ¿futuro? Derecho contractual”, *InDret*, núm. 4-2016, pp. 1 a 58. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5740617>
- GÓMEZ CALLE, Esther, *Desequilibrio contractual y tutela del contratante débil*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018.
- LECIÑENA IBARRA, Ascensión “La guarda de hecho y el sistema de apoyos en el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad: consideraciones sobre una posible reforma”, en ALCAÍN, MARTÍNEZ, Esperanza (Dir.), *La Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad. De los derechos a los hechos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015. http://www.fderechoydiscapacidad.es/wp-content/uploads/2016/12/Derechos_a_hechos.pdf

- LINACERO DE LA FUENTE, María, *Ineficacia y rescisión del negocio jurídico. La ventaja injusta*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019
- LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, Isidoro, “Comparecencia de una persona con discapacidad ante el Notario”, *Anuario Iberoamericano de Derecho notarial*, núm. 4-5, años 2015-2016, pp. 43 a 122. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=45996>
- MARÍN CALERO, Carlos, “Los apoyos a la capacidad jurídica de obrar de todas las personas con discapacidad”, pp 1 a 21. [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/D5A9CCF44B32E65205257C8D00765E1E/\\$FILE/109_1_apoyos_5.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/D5A9CCF44B32E65205257C8D00765E1E/$FILE/109_1_apoyos_5.pdf)
- MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, Jesús A., “La ineficacia de los actos jurídicos patrimoniales realizados por una persona con discapacidad a la luz de la Convención internacional sobre derechos de las personas con discapacidad”, en PEREÑA VICENTE, Montserrat (Dir.), *La voluntad de la persona protegida. Oportunidades, riesgos y salvaguardias*, Dykinson, Madrid, 2018, pp. 495 a 510.
- PALACIOS, Agustina, *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, CERMI, Madrid, 2008. <https://www.cermi.es/sites/default/files/docs/coleccion/Elmodelosocialdediscapacidad.pdf>
- PARRA LUCÁN, M^a Ángeles, *La autonomía privada en el Derecho civil*, Prensas de la Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 2018.
- *Derecho y autonomía privada: una visión comparada e interdisciplinar*, Comares Granada, 2017.
- PEREÑA VICENTE, Montserrat (Dir.), *La voluntad de la persona protegida. Oportunidades, riesgos y salvaguardias*, Dykinson, Madrid, 2018.
- PÉREZ BUENO, Luis Cayo y LORENZO, Rafael de (Dirs.), *La Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad -2006/2016: Una década de vigencia*, Cinca, Madrid, 2016
- PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, Carmen, “La Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad y el sistema español de modificación de la capacidad de obrar”, *Revista de Derecho Privado y Constitución*, 2009, pp. 335 a 368. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3150316>
- PETIT, Carlos, *Un Código civil perfecto y bien calculado. El Proyecto de 1821 en la historia de la codificación*, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2019.
- PUIG BLANES, Francisco de Paula, SOSPEDRA NAVAS, Francisco José (Coords.), *Comentarios al Código civil de Cataluña*, Tomos I y II, segunda edición, Cívitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra, 2013.

RAMOS CHAPARRO, Enrique, *La persona y su capacidad civil*, Tecnos, Madrid, 1995.

SÁNCHEZ-VENTURA MORER, Inés, “Reflexión acerca una posible compatibilidad entre los mecanismos sustitutivos de la capacidad de obrar y el Art. 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, ALCAÍN, MARTÍNEZ, Esperanza (Dir.), *La Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad. De los derechos a los hechos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015. http://www.fderechoydiscapacidad.es/wp-content/uploads/2016/12/Derechos_a_hechos.pdf

VIVAS TESÓN, Inmaculada, *Más allá de la capacidad de entender y querer... Un análisis de la figura italiana de la administración de apoyo y una propuesta de reforma del sistema tuitivo español*, Observatorio Estatal de la Discapacidad, Badajoz, 2012.

Textos Legales

Por orden de aparición en el texto

Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006.

Proyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. BOCG de 17 de julio de 2020.

Constitución española. BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.

Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, publicado en el BOE núm. 96, de 21 de abril de 2008.

Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948.

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

Declaración de los Derechos del Retrasado Mental, Adoptada por la Asamblea General de la ONU, Resolución 2856 (XXVI), de 20 de diciembre de 1971.

Declaración de los Derechos de los Impedidos, adoptada por la Asamblea General de la ONU, en Resolución 3447 (XXX), de 9 de diciembre de 1975.

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código civil, Gaceta de Madrid número 206, de 25 de julio de 1889

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento civil, BOE núm. 7, de 8 de enero de 2000.

Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, BOE núm. 277, de 19 de noviembre de 2003.

Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, BOE núm. 180, de 29 de julio de 2015.

Ley 4/2017, de 28 de junio, de modificación de Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, BOE núm. 154, de 29 de junio de 2017.

Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, BOE núm. 175, de 22 de julio de 2011.

Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, BOE núm. 119, de 29 de abril de 2020.

Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratos y otros Acuerdos Internacionales, BOE núm. 288, de 28 de noviembre de 2014.

Ley de 13 de diciembre de 1943 sobre la fijación de la mayoría de edad civil, BOE de 15 de diciembre de 1943.

- Ley de 24 de abril de 1958 por la que se modifican determinados artículos del Código civil, BOE núm. 99, de 25 de abril de 1958.
- Ley 14/1975, de 2 de mayo, sobre reforma de determinados artículos del Código civil y del Código de Comercio sobre la situación jurídica de la mujer casada y los derechos y deberes de los cónyuges, BOE núm. 107, de 5 de mayo de 1975.
- Real Decreto-Ley 33/1978, de 16 de noviembre, sobre mayoría de edad, BOE núm. 275, de 17 de noviembre de 1978.
- Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, BOE núm. 119, de 19 de mayo de 1981.
- Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento civil en materia de adopción, BOE núm. 275, de 17 de noviembre de 1987.
- Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996.
- Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional, BOE núm. 312, de 29 de diciembre de 2007.
- Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, y de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código civil, de la Ley de Enjuiciamiento civil de la normativa tributaria con esta finalidad, BOE núm. 73, de 26 de marzo de 2009.
- Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, BOE núm. 184, de 2 de agosto de 2011.
- Real Decreto 1276/2011, de 16 de septiembre, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, BOE núm. 224, de 17 de septiembre de 2011.
- Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, BOE núm. 289, de 3 de diciembre de 2013.
- Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código penal, BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015.
- Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, BOE núm. 158, de 3 de julio de 2015.

Ley Orgánica 1/2017, de 13 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, para garantizar la participación de las personas con discapacidad sin exclusiones, BOE núm. 303, de 14 de diciembre de 2017.

Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, para la modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad, BOE núm. 294, de 6 de diciembre de 2018.

Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro 2º del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, BOE núm. 203, de 21 de septiembre de 2010.