

## Capítulo 4

# **LA REFORMA INTRODUCIDA POR LA LEY 8/2021 EN MATERIA DE DISCAPACIDAD Y CUESTIONES PRÁCTICAS MÁS CONTROVERTIDAS**

*Jesús Martín Fuster*

Universidad de Málaga (España)

## **I. INTRODUCCIÓN**

### **1. Planteamiento**

Se trata en este capítulo una de las reformas más importantes que ha sufrido el ordenamiento jurídico español, como es la producida por la *Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica*.

Para esta cuestión, se realizará en primer lugar un breve recorrido por las principales novedades y características que se instauran con esta nueva normativa, con el fin de que cualquiera que se aproxime a este tema pueda conocer el estado actual de esta materia y las novedades que se introducen en nuestro ordenamiento jurídico, sirviendo de base a lo que se tratará a continuación. Así, una vez expuesta estas ideas, se pretende con este trabajo poner de relieve algunas de las cuestiones y controversias que más problemas están dando en la práctica diaria, donde han surgido muchas dudas con motivo de las implicaciones que conlleva esta nueva normativa.

Estas controversias se basan principalmente en conocer hasta qué punto debe primar la voluntad del sujeto en el establecimiento de las medidas de apoyo, siendo dicha voluntad uno de los principales pilares sobre el que se configura esta nueva normativa, conllevando asimismo cuestionarse la referencia a la capacidad de estos sujetos y su posible control. En adición a esto, otro de los problemas que merece la pena analizar, y

que con mayor frecuencia acontecen en la práctica en este ámbito, es el tema de cómo se puede probar la existencia de la guarda de hecho, institución que se consagra como suficiente y que se convierte de este modo en una de las figuras más frecuentes en la operativa práctica diaria.

Para ello, es importante examinar, además de los pronunciamientos emitido por la doctrina científica en este campo, cómo se está pronunciando nuestro Tribunal Supremo al resolver las cuestiones que se le están planteando. Se examinarán para ello las resoluciones de dicho Tribunal que ha emitido en esta corta vida que tiene la vigencia de la nueva normativa. Y no sólo es importante detenerse en las sentencias dictadas, que por ahora no son numerosas, sino que tiene relevancia los pronunciamientos que realiza este órgano mediante Autos, ya que en los mismos también se va reafirmando e indicando cierta posiciones e interpretaciones, que sin duda entendemos de interés conocer.

Se intentará exponer estos casos controvertidos y hacer algunas reflexiones sobre las respuestas que se han estado dando a los mismos, avanzando en este momento que son cuestiones de cierta complejidad que no tienen una respuesta de fácil solución, y que sólo el tiempo dirá cómo se va desarrollando y aclarando estas cuestiones.

Esta complejidad deriva de que son asuntos que afectan de lleno a las vidas de las personas afectadas por algún tipo de discapacidad, pero no sólo a ellas, sino a sus familiares y seres cercanos a los que también les afecta toda esta nueva reforma. Debido a la inmensa multitud de supuestos que pueden darse con todo tipo de enfermedades, deficiencias, o dificultades personales de la índole que sea, no es de extrañar que esta nueva normativa haya sido muy polémica, conllevando el halago y la crítica por partes iguales dentro incluso de los sectores afectados por la misma.

Por todo ello, entendemos que merece la pena hacer estas consideraciones y poner el foco en los problemas que conlleva esta normativa.

## **2. NUEVO MARCO NORMATIVO**

Como se ha indicado, es importante conocer la novedad que produce esta normativa introducida por la Ley 8/2021, suponiendo una de las reformas de mayor calado en España, produciendo un gran cambio no sólo a nivel jurídico, sino social, al configurarse de manera novedosa la figura de los sujetos con discapacidad, tradicionalmente denominados sujetos incapacitados o con la capacidad judicialmente modificada. La idea de esta normativa, inspirada por la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, es de proteger la dignidad y libertad de estos sujetos con discapacidad, dotándoles de la máxima autonomía posible.

Como consecuencia de ello, parte de nuevas ideas que modifican significativamente el modo de entender esta materia y los conceptos relacionados con ella, como es la desaparición de la denominada «capacidad de obrar» en los sujetos mayores de edad, considerándose que todas las personas mayores de edad gozan igualdad en este sentido<sup>1</sup>, si bien pueden necesitar de «medidas de apoyo» para ejercer con esa igualdad su capacidad

---

1. Como indica el Preámbulo de la Ley 8/2021, se adapta el ordenamiento a lo dispuesto en el art.12 de la Convención de Nueva York de 2006 donde se proclama que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.

jurídica. Desaparece así la figura del tutor para los sujetos mayores de edad, siendo estos sustituidos por prestadores de apoyo en las modalidades que ahora se verá, cuyas facultades serán determinadas según el caso concreto, pudiendo ir desde la simple asistencia personal hasta las facultades de representación plena, si bien la Ley recoge que este último supuesto será excepcional.

En lo referente a los modos en que pueden prestarse los apoyos, se aprecia una importante desjudicialización, no siendo ya necesario tener que acudir a la autoridad judicial en todo caso, como ocurría con el régimen anterior, destacando ahora la figura del «guardador de hecho», institución renovada que ha ganado protagonismo dejando de ser una situación transitoria y no deseable, deviniendo en una figura plenamente válida y funcional.

En general esta reforma da una mayor preferencia a las medidas de naturaleza voluntaria, quedando las judiciales en un segundo plano como medidas subsidiarias. Esto se debe a que uno de los mayores pilares en que se basa esta reforma es en el respeto a la voluntad de estos sujetos con discapacidad<sup>2</sup>, hasta el punto de entenderse que no se debe obrar en base a un hipotético «interés superior» de la persona con discapacidad, sino según su voluntad, deseos y preferencias.

Sobre esto último referido, determinante resulta lo dictado por la Observación General n°1 (2014) del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (ONU): «21. Cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad y las preferencias de una persona, la determinación del «interés superior» debe ser sustituida por la «mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias». Ello respeta los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, de conformidad con el artículo 12, párrafo 4. El principio del «interés superior» no es una salvaguardia que cumpla con el artículo 12 en relación con los adultos. El paradigma de «la voluntad y las preferencias» debe reemplazar al del «interés superior» para que las personas con discapacidad disfruten del derecho a la capacidad jurídica en condiciones de igualdad con los demás».

Como se puede comprobar, son cambios importantes en este ámbito que provoca que los diferentes operadores jurídicos tengan que adaptarse a las nuevas directrices legales, cuestión que no es fácil siempre de llevar a la práctica, como examinaremos a lo largo de este capítulo.

## **II. TIPOLOGÍAS DE MEDIDAS DE APOYO**

Conviene hacer unas breves menciones a cómo se configura con la nueva normativa las medidas de apoyo, y conocer cuáles son las directrices que se marcan.

Así, en primer lugar, frente a la concepción formalista y judicial existente en el régimen anterior, la nueva regulación ha optado por dar preferencia a las medidas voluntarias que haya fijado el propio sujeto afectado, sin necesidad de acudir a ningún procedimiento judicial, dotando además de sustantividad propia a la «guarda de hecho», de gran

---

2. Aunque hay que recordar que ya con el *Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social*, se reconocía en su art.6 el respeto a la autonomía de las personas con discapacidad.

trascendencia práctica. Esto conlleva, como se mencionó anteriormente, una importante desjudicialización en la materia, que se refleja de modo claro en el art. 255.4 CC, donde se recoge que «Solo en defecto o por insuficiencia de estas medidas de naturaleza voluntaria, y a falta de guarda de hecho que suponga apoyo suficiente, podrá la autoridad judicial adoptar otras supletorias o complementarias».

De este modo, estas medidas pueden consistir:

## 1. MEDIDAS VOLUNTARIAS

Estas medidas son las establecidas por la propia persona con discapacidad, cuyo sentido es el de reforzar la autonomía personal, permitiendo que el sujeto afectado decida cómo quiere ser asistido. Hay que recordar que las medidas adoptadas por la autoridad judicial son medidas subsidiarias, tendentes a responder a una situación de desamparo.

— Primera medida voluntaria: Una primera modalidad sería a través del establecimiento de las medidas de apoyo relativas a su persona o bienes a través de una escritura pública ante Notario, en previsión o apreciación de la concurrencia de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás (art. 255 CC). En estos casos no interviene en su constitución la autoridad judicial, dependiendo su configuración libremente del sujeto que otorga dicha escritura.

Con dicha escritura el sujeto interesado establecerá todo lo concerniente a la medida de apoyo deseada, pudiendo establecer un poder de representación en los asuntos que considere oportuno, y podrá determinar todo el régimen jurídico al que se someterá dicho prestador de apoyo, teniendo una amplia facultad de configuración. De hecho, la existencia de este poder de representación es lo que, con algo más de detalle, se regula en los artículos 256 a 261, pudiendo configurarse propiamente como un poder preventivo —cuyos efectos comenzará cuando se dé la situación de necesidad que se haya expresado— o como un poder con cláusula de subsistencia —con efectos desde su otorgamiento, y subsistiendo su eficacia tras la situación de necesidad de apoyo—.

— Segunda medida voluntaria: Autocuratela (art. 271 CC). Se establece que en previsión de la concurrencia de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, cualquier persona mayor de edad o emancipada podrá proponer en escritura pública el nombramiento o la exclusión de una o varias personas determinadas para el ejercicio de la función de curador, pudiendo asimismo establecer disposiciones sobre el funcionamiento y contenido de la curatela.

Aquí la especialidad respecto del caso anterior es que interviene la autoridad judicial, quien será la que establezca la curatela, si bien atendiendo en todo caso a las instrucciones e indicaciones dejadas por el sujeto afectado, vinculando las mismas al juez, salvo dos excepciones que prevé la ley: que existan circunstancias graves desconocidas por la persona que las estableció o alteración de las causas expresadas por ella o que presumiblemente tuvo en cuenta en sus disposiciones (art. 272).

## 2. GUARDA DE HECHO

Aparte de estas medidas voluntarias, como hemos mencionado anteriormente, ha ganado protagonismo la «guarda de hecho». Es de destacar lo argumentado en el preám-

bulo de la Ley 8/2021, donde se indica que *«se transforma en una propia institución jurídica de apoyo, al dejar de ser una situación provisional cuando se manifiesta como suficiente y adecuada para la salvaguarda de los derechos de la persona con discapacidad. La realidad demuestra que en muchos supuestos la persona con discapacidad está adecuadamente asistida o apoyada en la toma de decisiones y el ejercicio de su capacidad jurídica por un guardador de hecho —generalmente un familiar, pues la familia sigue siendo en nuestra sociedad el grupo básico de solidaridad y apoyo entre las personas que la componen, especialmente en lo que atañe a sus miembros más vulnerables—, que no precisa de una investidura judicial formal que la persona con discapacidad tampoco desea.»*.

La guarda de hecho es una medida de apoyo informal, caracterizada por ser una situación fáctica de apoyo asumida al margen de las formalidades legales, pudiendo con esta nueva legislación ser permanente y suficiente para prestar los apoyos necesarios, sin tener que recurrir a otras medidas voluntarias o judiciales cuando esta guarda de hecho se manifieste como suficiente y adecuada para la salvaguarda de los derechos de la persona con discapacidad.

Para permitir su funcionamiento en todos aquellos asuntos que sean necesario, se contempla en el CC la posibilidad de que actúe con funciones de representación del discapacitado en casos en que excepcionalmente sea necesario, debiendo actuarse de conformidad con la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, si bien en estos casos se requiere la previa autorización judicial para ese acto en concreto (art. 264 CC).

No obstante, existen excepciones a esta autorización judicial, que tendrán lugar cuando el guardador solicite una prestación económica a favor de la persona con discapacidad, siempre que esta no suponga un cambio significativo en la forma de vida de la persona, o realice actos jurídicos sobre bienes de esta que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar.

Aun siendo un cargo informal, se prevé igualmente un control judicial de dicho cargo, estableciéndose en el art. 265 que se podrá requerir al guardador en cualquier momento, de oficio, a solicitud del Ministerio Fiscal o a instancia de cualquier interesado, para que informe de su actuación, y establecer las salvaguardias que estime necesarias, así como para que el guardador rinda cuentas de su actuación en cualquier momento.

### **3. MEDIDAS JUDICIALES**

En defecto de este tipo de medidas voluntarias o del guardador de hecho, o siendo estas insuficientes, procederá el nombramiento de un «curador» por la autoridad judicial. Este nombramiento responde a los principios de necesidad, proporcionalidad, y subsidiariedad.

De este modo, el alcance y extensión de la curatela se define de forma individualizada, siendo la autoridad judicial quien determina los actos para los que la persona requiere asistencia del curador según a sus concretas necesidades de apoyo. Normalmente se buscará la asistencia de la persona discapacitada en aquellos asuntos personales o patrimoniales que lo necesiten, pudiendo establecerse funciones representativas, pero siendo estas excepcionales.

En estos casos, están legitimados para promover el procedimiento de apoyo la propia persona interesada, su cónyuge no separado de hecho o legalmente o quien se encuentre

en una situación de hecho asimilable, su descendiente, ascendiente o hermano, así como el Ministerio Fiscal (art. 42 bis a) LJV, art. 757 LEC). Se establece además que cualquier persona está facultada para poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos que puedan determinar la necesidad de medidas de apoyos, recogiendo el «deber» de ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal por parte de las autoridades y funcionarios públicos que, por razón de sus cargos, conocieran la existencia de dichos hechos (art. 42 bis a) LJV).

En estos procedimientos judiciales el órgano judicial nombrará a un prestador de apoyo entre las personas y con los criterios que se fijan en el art. 276 del CC, estableciéndose un orden de prelación a seguir salvo que el juez determine otra cosa una vez oído a la persona que precise apoyos, o, en caso de no resultar clara su voluntad, cuando el juez lo estime más idóneo.

Y por último respecto de los prestadores de apoyo fijados judicialmente, hacer mención al defensor judicial. Este nombramiento está previsto generalmente para los casos de necesidad transitoria de prestación de apoyos, como cuando la persona encargada de prestar apoyo no pueda hacerlo, o si existe conflicto de intereses, o en aquellos supuestos en donde la persona con discapacidad requiera el establecimiento de medidas de apoyo de carácter ocasional, aunque sea recurrente (art. 295 CC).

### **III. CUESTIONES CONTROVERTIDAS**

#### **1. ¿SE PUEDEN IMPONER MEDIDAS EN CONTRA DE LA VOLUNTAD DEL SUJETO AFECTADO?**

Una de las principales cuestiones que más controversias está creando es si en todo caso hay que respetar la voluntad del sujeto con discapacidad, o si se pueden imponer medidas aun en contra de la voluntad del sujeto afectado.

Esto tiene una gran trascendencia práctica, por la multitud de supuestos que se dan y los conflictos que se pueden generar. Con la nueva legislación se ha producido un cambio importante orientado a respetar la voluntad del sujeto afectado y dotarle de mayor autonomía reduciendo la intervención en la medida de lo posible, hecho que se refleja en algunas sentencias nuevas donde Tribunales acogen y dan preferencia a la voluntad del sujeto afectado. A pesar de ello, esto no siempre es así ni es tan fácil de determinar a priori.

Una de las principales sentencias de mayor relevancia que tratan este asunto es la Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 08.09.2021 (RJ 4002).

En dicho supuesto se pretendía el establecimiento de medidas de apoyo a favor de un sujeto que se oponía a las mismas. En el supuesto dicho sujeto tenía síndrome de Diógenes, con trastorno de conducta que le lleva a recoger y acumular basura de forma obsesiva, al tiempo que abandona su cuidado personal de higiene y alimentación.

Como expuso dicho Tribunal, la principal cuestión a considerar en estos casos es la posible colisión que puede existir con la directriz legal de que en la provisión de las medidas de apoyo y en su ejecución se debe atender en todo caso a la voluntad, deseos

y preferencias del interesado<sup>3</sup>. Siguiendo estrictamente esta directriz, que es la que opera en la Ley 8/2021, pudiera parecer que en ningún caso se pueden establecer estas medidas de apoyo si el sujeto interesado se opone a las mismas, porque su voluntad debe primar en todo caso.

No obstante, esta no ha sido la interpretación que ha seguido el Tribunal Supremo, dictaminando finalmente la procedencia de su imposición a pesar de la oposición del sujeto afectado. Entiende el TS que la propia ley da respuesta a esta cuestión, al permitirse *acudir a un juicio contradictorio si el sujeto se opone a la medida de apoyo en un expediente de jurisdicción voluntaria, lo que presupone que ese juicio pueda concluir con la adopción de las medidas, aun en contra de la voluntad del interesado.*

Y señala lo siguiente, de gran importancia, que nos permitimos recoger literalmente por su trascendencia, siendo uno de los principales argumentos reiterados en posteriores resoluciones del propio Tribunal Supremo para resolver las cuestiones en contra de la voluntad del sujeto afectado:

*«El empleo del verbo «atender», seguido de «en todo caso», subraya que el juzgado no puede dejar de recabar y tener en cuenta (siempre y en la medida que sea posible) la voluntad de la persona con discapacidad destinataria de los apoyos, así como sus deseos y preferencias, pero no determina que haya que seguir siempre el dictado de la voluntad, deseos y preferencias manifestados por el afectado. El texto legal emplea un término polisémico que comprende, en lo que ahora interesa, un doble significado, el de «tener en cuenta o en consideración algo» y no solo el de «satisfacer un deseo, ruego o mandato».*

*Si bien, ordinariamente, atender al querer y parecer del interesado supone dar cumplimiento a él, en algún caso, como ocurre en el que es objeto de recurso, puede que no sea así, si existe una causa que lo justifique. El tribunal es consciente de que no cabe precisar de antemano en qué casos estará justificado, pues hay que atender a las singularidades de cada caso. Y el presente, objeto de recurso, es muy significativo, pues la voluntad contraria del interesado, como ocurre con frecuencia en algunos trastornos psíquicos y mentales, es consecuencia del propio trastorno que lleva asociado la falta de conciencia de enfermedad. En casos como el presente, en que existe una clara necesidad asistencial cuya ausencia está provocando un grave deterioro personal, una degradación que le impide el ejercicio de sus derechos y las necesarias relaciones con las personas de su entorno, principalmente sus vecinos, está justificada la adopción de las medidas asistenciales (proporcionadas a las necesidades y respetando la máxima autonomía de la persona),*

*No intervenir en estos casos, bajo la excusa del respeto a la voluntad manifestada en contra de la persona afectada, sería una crueldad social».*

En este extracto se observa la interpretación que sigue el Alto Tribunal, aunque entendemos que, el hecho de que «atender» la voluntad no signifique cumplir con ella en todo caso «si existe una causa que lo justifique», puede ser peligroso según los casos, ya

---

3. Refiere literalmente: *«el principal escollo que presenta la validación de estas medidas a la luz del nuevo régimen de provisión judicial de apoyos, es la directriz legal de que en la provisión de las medidas y en su ejecución se cuente en todo caso con la voluntad, deseos y preferencias del interesado».*

que puede parecer que se vuelve de nuevo al principio del «interés superior del discapaz», idea que se entiende superada con esta nueva regulación<sup>4</sup>.

## 2. ¿SE PUEDE NOMBRAR PRESTADOR DE APOYO A SUJETO DISTINTO DEL DESEADO POR EL SUJETO DISCAPACITADO?

En sentido similar a la cuestión anterior, una vez se ha determinado que cabe imponer medidas de apoyo en contra de la voluntad del sujeto afectado cuando haya razones que lo justifiquen, podríamos plantearnos si, a la hora de designar al prestador de apoyo, habrá que estar en todo caso a la voluntad, deseos y preferencias del sujeto con discapacidad, o, por el contrario, se puede atribuir dicha función a personas distintas de las deseadas por éste.

En este caso, a diferencia del anterior, tenemos que recordar que el Código Civil sí que regula esta cuestión de forma expresa, al menos respecto de la autotutela, indicando en el art. 272 que en su primer párrafo que la propuesta de nombramiento y demás disposiciones voluntarias que fije el interesado vincularán a la autoridad judicial al constituir la tutela. Ahora bien, se contiene una excepción en el apartado segundo si existen circunstancias graves desconocidas por la persona que las estableció o alteración de las causas expresadas por ella o que presumiblemente tuvo en cuenta en sus disposiciones.

Parece así preverse legalmente en estos casos una total vinculación de lo dictado por el sujeto, salvo esas dos excepciones, que si se examinan vienen a ser supuestos en donde igualmente se quiere dar importancia a la voluntad reflejada, sólo que por acaecer determinadas circunstancias se entiende o presume legalmente que el deseo del sujeto no era ese.

Así, en el primer caso, se establece cuando concurren circunstancias graves desconocidas por la persona que las estableció. Se trata aquí de una especie de vicios del consentimiento, de modo que de haber conocido el sujeto afectado dichas circunstancias, no hubiese dictado tal disposición. Lógicamente, para que prospere dicha excepción, se debe de tratar de supuestos especialmente «graves» —calificativo exigido por el propio artículo— que presupongan en todo caso que el sujeto interesado hubiese tenido una voluntad contraria, ya que, de no ser así, se deberá dar preferencia a dicha voluntad manifestada.

El segundo supuesto previsto hace referencia a cuando se «alteren» las causas expresadas o que tuvo en cuenta el interesado al dictar esas disposiciones. Igualmente hace alusión a que lo que realmente quiso el disponente no concurre ya en el momento de adoptar la decisión, motivo por el cual no tendría ya sentido dar cumplimiento a ello.

---

4. Aunque cierto sector entiende que esta idea del interés de la persona discapacitada debe permanecer. Así, Ginés (*Cuestiones*, 2022): «*Aun así, pese a la omisión manifiesta del interés de la persona con discapacidad como estándar de intervención y de actuación en relación con las medidas de apoyo que en su caso pudieran adoptarse, un sector de la doctrina que no es minoritario aboga por entender que no debería obviarse absolutamente el factor del interés superior, y que quizá la mejor opción pase por partir de y respetar la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, pero en la medida de lo posible y si el estándar no aplica (...) o —incluso, aunque es menos defendido— su aplicación puede conllevar un efecto dañino hasta tal punto que pueda ponerse en riesgo la propia autonomía y dignidad de la persona, habría que tomar en consideración el interés de la persona protegida, o es que acaso la sociedad va a permitir sin inmutarse que una persona se haga daño a sí misma con una decisión cuya trascendencia no puede medir, precisamente por su discapacidad.*»

Posiblemente se está pensando en el supuesto en que se nombra prestador de apoyo al cónyuge, y con posterioridad, cuando surge esa situación de necesidad, el sujeto afectado se encuentra ya separado o divorciado de dicha persona.

Parece así, como se ha indicado, que según lo dictado por la normativa siempre lo que prevalece es la voluntad expresada o presunta del sujeto interesado.

Por parte del Tribunal Supremo, se han dictado algunas sentencias donde se pone de relieve esto que se acaba de exponer, y se defiende la prevalencia de la voluntad manifestada.

Así, en la Sentencia del TS de 19.10.2021 (RJ 4847) esgrime dicha preferencia atendiendo a lo dictado por la Ley 8/2021, debiendo respetarse la voluntad expresada y casando la sentencia de apelación, argumentando el Tribunal que *«en el caso presente, no se dan las causas legales previstas para prescindir del criterio preferente de la voluntad de la demandada, ya que no concurren circunstancias graves desconocidas por la misma, o variación de las contempladas al fijar la persona que le prestará apoyos, ya que D.<sup>a</sup> Virginia convivía y sigue conviviendo con su hija D.<sup>a</sup> Virginia, que es la persona que le asiste en sus necesidades conforme a sus propios deseos notarialmente expresados, que deben ser respetados, toda vez que, dentro del marco de la esfera de disposición de las personas, se comprende la elección de la que, en atención a su disponibilidad, cercanía, empatía, afecto o solicitud, desempeñe el cargo de curadora»*.

De modo similar se dictamina en la STS de 02.11.2021 (RJ 4958), en donde se argumenta igualmente la preferencia de la voluntad del sujeto afectado sin que concurren las causas que permiten prescindir de dicha voluntad. Se argumenta en el supuesto concreto que el hecho de que la persona designada como prestadora de apoyo no haya sabido gestionar debidamente un burofax recibido de una arrendataria, sin que haya causado perjuicio patrimonial, *«no reúne la entidad suficiente, como sostiene el Ministerio Fiscal, para ser calificada como una circunstancia sobrevenida de entidad grave que acredite la necesidad de prescindir de la preferente la voluntad de la demandada, principio sobre el que se edifica el sistema de apoyos para que la persona con discapacidad pueda ejercitar su capacidad jurídica en sus condiciones de igualdad»*.

A pesar de que esto pueda parecer claro en este punto, lo cierto es que la cuestión no es del todo pacífica a la vista de las resoluciones del propio Tribunal Supremo. Y es que siendo una legislación reciente en la que no abundan las resoluciones del Alto Tribunal, resulta de trascendencia prestar atención lo dictado no sólo a través de las sentencias, sino a través de los autos que emite inadmitiendo los recursos de casación, que ayudan igualmente a entender y seguir la interpretación otorgada por el TS sobre esta materia.

Piénsese que las sentencias suelen darse en los supuestos donde entiende existente un interés casacional, no siendo numerosos los casos que pasan este filtro. Pero si se examinan los autos, se puede observar cómo otros casos son inadmitidos y se recogen en ellos los argumentos por las que entiende el TS que no se debe respetar la voluntad del sujeto afectado.

Uno de los primeros casos tras la entrada en vigor lo encontramos en el Auto del TS 01.12.2021 (JUR 384173). En ella la parte recurrente alude a que la afectada había nombrado tutora a sus hijas, voluntad que no había sido respetada. Sin embargo, alude el TS que se está eludiendo lo probado y recogido en las instancias anteriores, donde se en-

tendía existente un conflicto de intereses entre las hijas y la madre<sup>5</sup>, por lo que entendía correctamente realizada la designación como tutora —ahora prestadora de apoyos— a una fundación.

Para reforzar esta idea, alude a lo dictado por la STS de 08.09.2021 (RJ 4002) antes recogida, según la cual *«Si bien, ordinariamente, atender al querer y parecer del interesado supone dar cumplimiento a él, en algún caso, como ocurre en el que es objeto de recurso, puede que no sea así, si existe una causa que lo justifique»*.

Resulta llamativo este auto, puesto que a pesar de que en las sentencias anteriores se aludía a que no se daban los presupuestos previstos legalmente para prescindir del criterio manifestado por la voluntad del sujeto discapacitado, en este caso sí que se adopta una resolución en sentido contrario sin que concurra ninguna de las dos causas previstas legalmente en el art. 272 del CC, ya que acabó el Tribunal alegando la existencia de un conflicto de intereses entre la persona con discapacidad y las hijas propuestas, no siendo esta causa una de las señales en el 272 ya que no se trata de que existan hechos graves que desconozca la discapacitada, ni existe alteración de causa alguna.

Es cierto que el art. 275 al tratar sobre el nombramiento del curador señala en su apartado tercero, punto 2º, que la autoridad judicial no podrá nombrar curador, salvo circunstancias excepcionales debidamente motivadas, a quien tenga conflictos de intereses con la persona que precise apoyos. No obstante, dicho artículo está previsto con carácter general para el nombramiento de cualquier curador, por lo que cabe plantearse si dicho artículo es aplicable para los casos de autocratela. Entendemos dudosa dicha aplicación, puesto que entendemos que el art. 272 es el específico para los casos de autocratela, siendo las dos causas previstas para no cumplir la voluntad del afectado excepciones, que como tales deben interpretarse restrictivamente.

Y ello es así volviendo a la idea anterior. Si se entiende que el sujeto voluntariamente, a pesar de conocer posibles causas de conflicto de intereses, quiere y desea que tales sujetos sean los que les preste apoyo, debe cumplirse su voluntad. Sobre todo, piénsese en casos como el presente en que se trata de los familiares más íntimos y cercanos que

---

5.

*«Elude, de esta forma, la parte recurrente que la sentencia de la sala de apelación, tras examinar nuevamente la prueba practicada, y confirmando las determinaciones de la sentencia de primera instancia y a la que se remite, concluye: primero, que concurre en el presente caso un grave conflicto de intereses, manifestado en el procedimiento que la declaró la nulidad del contrato de compraventa de cuadros otorgado por las hijas de la Sra. Marta, haciendo uso del poder que les otorgó su madre, por el que vendieron determinados cuadros al marido de una de las hijas, y por el que se sigue procedimiento de ejecución de sentencia; segundo, que el cambio de la domiciliación de la pensión de la Sra. Marta ( iniciado el procedimiento, sin ponerlo en conocimiento del tribunal, y haciendo uso de un poder que había sido revocado), a una cuenta de la que es cotitular la Sra. Marta y sus hijas, cuando ellas no administraban los ingresos de la pensión, pone en duda la ausencia de otros intereses en la actuación de las hijas que la de beneficiar a su madre; y tercero, por todo ello, procede designar como tutora a la fundación Aldaba, pues aunque la madre expresó su deseo de que fueran tutoras sus hijas, hay que tener en cuenta el momento en que se hizo esa manifestación, en la que su capacidad se había visto disminuida, y en el que las hijas se habían vuelto a ocupar del cuidado de su madre, lo que durante un periodo de tiempo no ocurrió, por lo que procede mantener la designación de la Fundación que mantendrá un criterio objetivo en su actuación, dentro de los conflictos de intereses que se producen en la familia, sin perjuicio de que las hijas puedan seguir participando de forma activa en el cuidado de su madre»*.

una persona puede tener como son sus hijas, siendo comprensible que aunque haya podido existir algún problema en el pasado, la persona desee que sean estas hijas las que la sigan cuidando y prestando los apoyos que necesite. Lo contrario supondría volver a la idea de actuar en «interés superior» del discapacitado, esto es, aunque no sea lo que el sujeto quiere, se le impone otra solución distinta debido a que la autoridad judicial entiende que es lo «ideal» y más conveniente para dicho sujeto.

Esta idea paternalista del interés superior se debería entender superada con la nueva reforma como hemos mencionado anteriormente, y argumentaba el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU. No obstante, de los exámenes de las resoluciones del TS pudiera parecer que no se quiere desterrar esta idea, siendo todavía el criterio a seguir.

Esto se puede observar de manera clara en el Auto del TS 25.01.2023 (JUR 41736), en donde se recurría en casación por infracción de la Ley 8/2021 al no haberse tenido en cuenta la expresa voluntad del recurrente, al imponerle la curatela con la Agencia Madrileña para la Tutela de Adultos de la Comunidad de Madrid, en lugar de que sea ejercitada por su madre, siendo la persona que venía ejerciendo de hecho dicha curatela desde que le diagnosticaron las enfermedades.

Ante ello, argumenta el Tribunal una serie de hechos probados según los cuales relata la enfermedad que padece la recurrente, de la cual considera que tanto ésta como la madre no son conscientes de la gravedad de la situación en que se encuentra, entendiendo la inidoneidad de la madre para prestar dichos apoyos<sup>6</sup>.

Y, lo que es decisivo sobre lo aquí planteado, concluye señalando:

*«Igualmente, en la sentencia 589/2021, de 8 de septiembre (RJ 2021, 4002) , tras la entrada en vigor de la nueva ley, hemos proclamado que «la provisión judicial de apoyos debe ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad, ha de respetar la máxima autonomía de la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica y debe atenderse en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias», con los matices que se explica a continuación.*

---

6. Recoge así *«Elude de esta forma, la parte recurrente que la sentencia impugnada, tras examinar nuevamente la prueba practicada y confirmando las determinaciones de la sentencia de primera instancia a la que se remite, concluye: primero, que la Sra. Clara padece una patología psíquica diagnosticada como retraso psicomotor leve, trastorno esquizofreniforme y trastorno de inestabilidad emocional de todo impulso, tratándose de una patología crónica e irreversible que le afecta de modo grave a su capacidad, y causa de varios incidentes en el vecindario (como provocar intencionalmente un fuego en la puerta de su vecina de enfrente, o a amenazar a otra vecina, entre otros extremos); segundo, que ciertamente la ahora recurrente es autónoma para las actividades básicas de la vida diaria, pero carece de autonomía suficiente para llevar una vida independiente, desprendiéndose del dictamen de los profesionales que necesita de supervisión para unas condiciones de vida seguras en su domicilio; tercero, que asimismo ha resultado acreditada la falta de conciencia por la recurrente de la enfermedad que padece, así como el abandono de los tratamientos médicos y farmacológicos; cuarto, que la Sra. Clara carece de apoyos familiares, no mantiene relación alguna con su padre, habida cuenta de los malos tratos recibidos, y tiene una relación muy conflictiva con su progenitora con episodios de violencia doméstica; y quinto que, asimismo, la madre de la Sra. Clara no tiene verdadera conciencia de la gravedad de la situación de su hija, habiendo manifestado que no cree que requiera de medidas de apoyo, y que tendría suficiente con la ayuda que la presta, razones que determinan la inidoneidad de la madre para la curatela y, en cambio, se determina la idoneidad del nombramiento de la AMTA».*

*Con respecto a la autotutela, antes de la precitada reforma por Ley 8/2021, esta Sala ya se había manifestado en el sentido del carácter vinculante de la designación de tutor llevada a efecto por el interesado para proveer necesidades futuras, de la que únicamente se podría prescindir, mediante una resolución judicial con motivación reforzada, en beneficio de la persona con discapacidad [...].*

Como se puede observar, dicho Tribunal acaba equiparando el régimen nuevo con el anterior, aplicando de manera directa las mismas consideraciones y aludiendo directamente a la aplicación del principio de actuar según el interés superior de la persona discapacitada, al reconocer expresamente que se puede prescindir de la voluntad reflejada en la autotutela cuando se motive en beneficio de la persona con discapacidad. Esto, reiteramos, no es lo que dicta la nueva legislación, siendo una interpretación y aplicación de la nueva normativa que la puede dejar vacío de contenido, en cuanto que finalmente se acaba actuando de forma similar a como se venía haciendo con la anterior normativa.

Y en relación con esta cuestión, cabe también plantearse qué ocurriría si vigente un procedimiento judicial de provisión de apoyos, la persona interesada constituye un poder notarial en el que nombra como apoderados y prestadores de apoyos a un sujeto o varios determinados.

Ni el Código Civil ni la Ley de Enjuiciamiento Civil da respuesta a esta cuestión. Según las reglas generales que instaura esta nueva normativa, como hemos referido, se entienden que las medidas judiciales deben ser en todo caso subsidiarias frente a las medidas voluntarias que el sujeto haya querido establecer. Así, en un caso como el presente, podría entenderse que procede el sobreseimiento del procedimiento y su archivo al quedar ya fijado vía voluntaria, sin que el juez pudiese no atender a dicha voluntad, salvo que se pueda demostrar que dicho poder —que no olvidemos que se ha hecho bajo el control notarial— no se ha constituido válidamente por algún motivo.

A pesar de estas consideraciones, nos encontramos con un asunto resuelto por el Tribunal Supremo en su Auto de 12.01.2022 (JUR 43356), en donde se plantea un caso similar. En este supuesto, constante el procedimiento de adopción de apoyos, se otorga un poder notarial en el que instituye como apoderados generales a sus dos hijos Marino y Berta, sin designar a su otra hija, Yolanda, que es la que se proponía como tutora en el procedimiento.

No obstante, no se acepta la admisión al recurso de casación al entenderse que procede la tutela de Yolanda impuesta, ya que esta fue *quién tomó la iniciativa de regular la situación de sus padres ante la situación de dependencia en la que se encontraban, solicitando las pertinentes ayudas y, posteriormente, ingresándolos en una residencia, habiéndose acreditado su rendición de cuentas presentada como tutora de su madre, así como la desestimación por de la solicitud formulada para ser removida de su cargo, como tutora de su madre; segundo, que el patrimonio de don Leandro y su esposa es de carácter ganancial, por lo que siendo curadora del patrimonio de su madre, resulta adecuado que ejerza también el cargo de tutor de su padre, sin que resulte acreditada ninguna causa de inhabilidad o incapacidad para el desempeño del cargo; y tercero, que el poder otorgado por don Leandro, constante el procedimiento para adopción de apoyos, pese al archivo del procedimiento penal por falsedad de documento, no puede ser interpretado como una voluntad inequívoca y expresa de rechazo a que fuera la apelada la tutora.*

Obsérvese además cómo se intentó atacar la validez de dicho poder vía penal sin resultado de éxito. Pero aún así, el Tribunal Supremo, acogiendo las bases de su Sentencia de 08.09.2021 (RJ 4002) ya referida sobre el significado de «atender» la voluntad, en-

tiende que es Yolanda la más idónea para dicho cargo, a pesar del poder otorgado por el sujeto afectado a favor de sus otros dos hijos.

### **3. ¿EN QUÉ CONSISTEN LAS MEDIDAS DE APOYO?**

Relacionado con la cuestión anterior, cabe preguntarse en qué consisten las medidas de apoyo que menciona y reitera esta Ley 8/2021, sin que se dé ninguna definición legal sobre las mismas. Es una cuestión importante de determinar, porque es lo que se va a ofrecer a los sujetos discapacitados, ya sea impuesta por ellos mismos mediante medidas de naturaleza voluntaria, ya sea impuesta por la autoridad judicial en contra de su voluntad, como acabamos de ver.

El texto articulado de la Ley 8/2021 no da ninguna respuesta sobre en qué consisten estas medidas o cuáles pueden ser, limitándose a decir que son aquellas que pueda necesitar esa persona para el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás. Aunque una mayor descripción la encontramos en el Preámbulo de dicha normativa, donde se señala que *«apoyo que, tal y como la ya citada Observación General de 2014 recuerda, es un término amplio que engloba todo tipo de actuaciones: desde el acompañamiento amistoso, la ayuda técnica en la comunicación de declaraciones de voluntad, la ruptura de barreras arquitectónicas y de todo tipo, el consejo, o incluso la toma de decisiones delegadas por la persona con discapacidad. Cabe añadir, incluso, que en situaciones donde el apoyo no pueda darse de otro modo y solo ante esa situación de imposibilidad, este pueda concretarse en la representación en la toma de decisiones. (...) Es también relevante que, a diferencia de lo que hacían los códigos decimonónicos, más preocupados por los intereses patrimoniales de la persona que por la protección integral de esta, la nueva regulación trata de atender no solo a los asuntos de naturaleza patrimonial, sino también a los aspectos personales, como pueden ser los relativos a decisiones sobre las vicisitudes de su vida ordinaria —domicilio, salud, comunicaciones, etc.»*—.

Esta concepción tan amplia hace que también haya que replantearse el propio concepto de «discapacidad» tal y como ahora se venía entendiendo, puesto que ahora como señala la DA 4ª del CC, tal concepto de manera general va referido *«a aquella que haga precisa la provisión de medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica»*.

Aunque es necesario recordar que el Código Civil recoge ahora dos conceptos diferentes de discapacidad en su regulación, ya que algunos de estos artículos (artículos 96, 756 número 7.º, 782, 808, 822 y 1041) van referidos a unos sujetos determinados que tienen reconocida administrativamente alguna de las situaciones requeridas, sin que se aplique a todo aquel que reciba medidas de apoyo. Así, según la DA 4ª, la referencia a la discapacidad de estos artículos concretos, se entenderá hecha *al concepto definido en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, y a las personas que están en situación de dependencia de grado II o III de acuerdo con la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia*<sup>7</sup>.

---

7. Por tanto, conforme a dicha normativa, la protección brindada por este artículo no se prestará a todo sujeto con discapacidad sujeto a medida de apoyo, sino sólo a los siguientes sujetos:

Volviendo al concepto general de discapacidad como todo sujeto que necesita alguna medida de apoyo, y siendo la medida de apoyo algo tan genérico como lo que se ha reflejado hace un momento, nos encontramos con que gran parte de la población podemos ser unos sujetos discapacitados según esa nueva concepción, ya que en algún punto podemos necesitar ayuda para desenvolvemos con alguna cuestión que no sepamos manejar. El ejemplo más claro de ello es el tema de las nuevas tecnologías y las personas mayores, muchas de las cuáles son desconocedoras de su funcionamiento y no pueden realizar funciones básicas como operar o realizar gestiones bancarias a través de internet o incluso de un cajero (VALLS, *ED*, 2020)<sup>8</sup>.

Teniendo en cuenta esta nueva concepción, quizás se pueda entender mejor que una autoridad judicial pueda imponer estas medidas, que muchas de ellas son asistenciales, aun en contra de la voluntad del sujeto afectado, en donde no supone una privación de facultades o derechos al sujeto afectado, sino una imposición en materia de asistencia social o sanitaria. Piénsese en el caso tratado por la Sentencia 8/2021 en donde un sujeto con síndrome de Diógenes tiene abandonado todo su cuidado personal e higiene, llegando a causar molestias y daños a los vecinos. Los más críticos con la sentencia argumentan que se trata de un problema que se debe solventar a través de los servicios sociales, pero no a través de una curatela. Aunque en contra de esta opinión, si el sujeto niega la asistencia de los servicios sociales al no dejarles acceso a su vivienda, debe ser la autoridad judicial la que imponga forzosamente estas medidas que, como vemos, son tan personalizadas y abiertas que pueden consistir simplemente en el seguimiento médico de una enfermedad, la vigilancia de la toma de una medicación, o que reciba un servicio de limpieza en su domicilio.

A pesar de todo ello, se ha cuestionado esta vertiente tan abierta de entender las medidas de apoyo, en la medida en que, en muchos de estos casos, realmente estas medidas no van destinadas a «ejercer la capacidad jurídica en igualdad de condiciones»<sup>9</sup>. Y aunque pudiera parecer que el Tribunal Supremo lo entiende de modo distinto, en su Sentencia de 21.12.2022 (RJ 2023\356) parece que viene a apuntar en este sentido.

---

a) Las que presenten una discapacidad psíquica igual o superior al 33 por ciento.

b) Las que presenten una discapacidad física o sensorial igual o superior al 65 por ciento.

c) Se encuentren en grado II. Dependencia severa: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria dos o tres veces al día, pero no quiere el apoyo permanente de un cuidador o tiene necesidades de apoyo extenso para su autonomía personal.

d) Se encuentren en Grado III. Gran dependencia: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria varias veces al día y, por su pérdida total de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, necesita el apoyo indispensable y continuo de otra persona o tiene necesidades de apoyo generalizado para su autonomía personal.

8. VALLS, *ED*, 2020: «En sólo dos décadas las personas que tenían 65 años y ahora tienen 85 han pasado de ser unos excelentes profesionales en muchos campos que se jubilaron en plenitud de facultades a ser unos verdaderos discapacitados al no haberse podido adaptar al nuevo mundo de Internet y ello sin sufrir ninguna enfermedad psíquica, ni merma de sus facultades mentales. (...) Sin temor a equivocarnos podemos afirmar que, salvo raras excepciones, las personas mayores de 80 años pueden considerarse como discapacitados digitales».

9. Tajante se muestra GARCÍA, *HD* (Comentario), 2021: «no se puede resolver un problema de asistencia social y de convivencia entre vecinos acudiendo a un sistema de apoyos en el ejercicio de la capacidad jurídica, ¿qué ejercicio de la capacidad para realizar qué tipo de actos jurídicos se discute en este caso? claramente ninguno; si el Estado social tiene que intervenir, desde luego, el camino no es nombrar un apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica».

En este caso enjuiciado, a diferencia del de la Sentencia de 08.09.2021 (RJ 4002), concluye el Tribunal que no proceden las medidas de apoyo que se quieren imponer a la mujer afectada, argumentando en reiteradas ocasiones que no se ha procedido a una justificación y motivación para la imposición de tales medidas de apoyo.

El juzgado de primera instancia imponía la curatela en una serie de cuestiones sobre su ámbito personal: 1. Gestión, supervisión y control de la salud. 2. Tratamientos farmacológicos. 3. Plan de alimentación. Y sobre su ámbito personal y patrimonial se imponía para la toma de decisiones complejas. Como se puede observar, en el ámbito estrictamente personal recaen sobre cuestiones asistenciales y de cuidado personal, sin que se produzca una intervención en las decisiones que pueda tomar la afectada, más allá de que se requiere además la curatela para la toma de decisiones complejas.

Es de reseñar que se declaran hechos probados una serie de cuestiones, entre los que se señala que la señora a la que se propone la curatela padece de un trastorno de la personalidad Clúster B, síndrome ansioso depresivo, además de otras patologías somáticas relacionadas con los trastornos tanto psiquiátricos como psicológicos, en relación con el proceso de psicomatización, así fibromialgia, y fatiga crónica. Se entiende que ello hace que la señora presente una limitación permanente de las capacidades cognitivas que pueden determinar la afectación de las capacidades volitivas, impidiendo el correcto gobierno de su persona y bienes en ciertos aspectos. Añadiéndose asimismo acerca de estos hechos por la Audiencia Provincial que *«se le envió un equipo de limpieza que describe la vivienda con falta de condiciones de higiene y habitabilidad, prácticamente como de una persona con síndrome de Diógenes»*.

A pesar de estos hechos, no entiende el TS procedente la imposición de medida de apoyo alguno, entendiendo que la sentencia recurrida no respeta los principios de necesidad y proporcionalidad, señalándose que el juez *«debe esmerar esa justificación cuando las medidas sean acordadas contra la voluntad manifestada por el interesado y supongan una afectación de los derechos fundamentales de la persona. En el caso, claramente la intimidación y su libertad, porque se autoriza al curador a tomar medidas para gestionar, supervisar y controlar las decisiones en el ámbito de la salud, el tratamiento farmacológico y el plan de alimentación»*.

Sigue argumentando el TS que no se presta atención a cómo afecta el diagnóstico a su funcionalidad en la vida diaria, sin que la patología que sufre afecte a su capacidad cognitiva ni volitiva, ya que la negativa de la señora las medidas de apoyo no es expresión *«de una voluntad patológica secundaria a la depresión o al trastorno de personalidad que padece»*. Y concluye con el siguiente párrafo que recogemos literalmente por su interés:

*«Han quedado evidenciados los problemas de salud y los problemas sociales de la Sra. Sacramento, la compleja patología física y psíquica que padece, pero no que se trate de una discapacidad que afecte a la toma de decisiones con efectos jurídicos en sus asuntos personales y patrimoniales, que es la que justifica una medida judicial de apoyo. Así resulta del título de la propia Ley 8/2021, que reforma la legislación civil y procesal «para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica», de la mención en el art. 253 CC a la «persona se encuentre en una situación que exija apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica», y de lo dispuesto en la disp. adicional 4.ª que la Ley 8/2021 introduce en el Código civil y conforme a la cual la regla general, y salvo que otra cosa resulte de la dicción del artículo de que se trate, las referencias a discapacidad deben entenderse a aquella*

*que haga precisa la provisión de medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica».*

Pone así el énfasis en la importancia de que la medida de apoyo se deba imponer en aquellos casos en donde el sujeto sufra alguna patología que «afecte a la toma de decisiones con efectos jurídicos en sus asuntos personales y patrimoniales» o afecte al «ejercicio de la capacidad jurídica».

Esta misma argumentación, como se ha referido anteriormente, es la que usan algunos autores para criticar el modo en que se resolvió la Sentencia de 08.09.2021 (RJ 4002). No obstante, a pesar de ciertas similitudes entre los casos, la decisión adoptada es distinta.

Como se puede observar, la cuestión está lejos de ser pacífica, existiendo muchos interrogantes sobre esta cuestión, que sólo el tiempo irá determinando cómo se deben ir interpretando y aplicando estas disposiciones.

#### **4. ¿HA DESAPARECIDO REALMENTE LA «CAPACIDAD DE OBRAR»? ¿SE PUEDE SEGUIR HABLANDO DE CONTROLAR LA CAPACIDAD?**

Una de las grandes novedades que se supone que ha incorporado esta nueva normativa es la desaparición de lo que hasta ahora se denominaba «capacidad de obrar», entendiéndose como la cualidad para ejercer libremente los derechos y obligaciones que le corresponden a una persona, desaparición que trae causa en el art.12 del Convenio de Nueva York (QUESADA, *La reforma*, 2022)<sup>10</sup>.

A pesar de que deba entenderse que todo el mundo tiene plena capacidad jurídica pudiendo ejercitarla libremente, lo cierto es que en la práctica se va a seguir realizando un control sobre la verdadera capacidad del sujeto afectado. Muestra de ello es la sentencia del Tribunal Supremo acabada de referir en el apartado anterior, en donde se diferencia si la discapacidad afecta o no a la toma de decisiones, lo que viene a significar la existencia de una discapacidad que puede afectar a la capacidad de decidir y actuar de estas personas, que es lo que antiguamente se venía llamando «capacidad de obrar».

Y es que parece lógico que no pueda desaparecer del todo este concepto<sup>11</sup>, ya que no se puede admitir la premisa contraria en términos absolutos en donde todo el mundo,

---

10. QUESADA, *La reforma*, 2022: «Les recuerdo, perdonen la insistencia, que este artículo 12 tiene tres puntos fundamentales: el reconocimiento de la plena capacidad jurídica a todas las personas, con o sin discapacidad, a las personas con discapacidad también, lo que debe ser leído como titularidad del derecho, la capacidad jurídica en el sentido clásico de nuestros derechos, pero también capacidad de ejercicio. Por tanto, desde el primer momento, con esta convención nosotros utilizamos únicamente el término capacidad jurídica y nos olvidamos en absoluto de la dicotomía capacidad jurídica—capacidad de obrar».

11. En igual sentido acerca de la subsistencia de la distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar DE VERDA, (*La discapacidad*, 2022): «En realidad, la Ley 8/2021 no rechaza esta distinción, que, teniendo carácter doctrinal, no era acogida en la redacción anterior del Código civil; y tampoco parece que su supresión venga exigida por el art. 12 de la Convención. Sin embargo, lo cierto es que el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en sus conocidas Observaciones Generales de 19 de mayo de 2014 (concretamente, la Primera), la ha rechazado, con una serie de ar-

en todo caso, tiene capacidad para ejercer cualquier tipo de acto jurídico con plena validez, porque eso va en contra de la realidad más evidente.

Prueba de ello es que el propio Código Civil sigue recogiendo en determinados supuestos un «control» de la capacidad del sujeto discapacitado.

Así, respecto del matrimonio, en el art.56 del Código Civil se prevé el que Letrado de la Administración de Justicia, el Notario, el Encargado del Registro Civil o el funcionario que tramite el acta o expediente pueda recabar la provisión de apoyos cuando sea necesario —lo que supone ya un control de comprobar si necesitan o no apoyo para prestar dicho consentimiento—, señalándose además que incluso podrán solicitar un dictamen médico sobre la «aptitud de prestar el consentimiento matrimonial» en casos excepcionales en donde se entienda que pueda estar impedido de prestar dicho consentimiento «a pesar» (incluso) de las medidas de apoyo.

Supone así un claro control de la capacidad de emitir el consentimiento, facultad que se atribuye legalmente a estos sujetos mencionados.

Y de modo similar se prevé respecto a la regulación existente sobre la capacidad para testar. Así, frente a la regulación anterior que previa en el art. 663 que «están incapacitados» para testar *«El que habitual o accidentalmente no se ballara en su cabal juicio»*, en la nueva regulación se recoge que «no puede testar» *«La persona que en el momento de testar no pueda conformar o expresar su voluntad ni aun con ayuda de medios o apoyos para ello»*.

Como se puede comprobar, igualmente supone que el Notario autorizante de dicho testamento<sup>12</sup> deba controlar la capacidad del sujeto verificando si realmente conoce y quiere hacer esas disposiciones mortis causa.

De manera similar se pronuncia la Circular informativa 2/2021 de la Comisión permanente del Consejo General del Notariado. Así, tras mencionar que *«Hoy la discapacidad no limita legalmente el ejercicio de la capacidad jurídica»*, y que en consecuencia no cabe hablar de *«capacidad legal necesaria o suficiente para el otorgamiento de un instrumento público»*, reconoce que *«Esto no quita que el notario deba enjuiciar la capacidad de hecho de los comparecientes en una escritura pública, abstracción hecha de la situación o no de discapacidad. Es una exigencia legal que corresponde a una necesidad lógica: que quien otorgue el documento esté en situación de discernir sus consecuencias. El juicio que llamábamos de capacidad ha implicado siempre un juicio de discernimiento»*.

---

*gumentos cuestionables. (...) Cabe preguntarse hasta qué punto es conveniente abandonar una distinción (capacidad jurídica y capacidad de obrar), que tiene perfiles claros y precisos y ha sido unánimemente aceptada por la doctrina y la jurisprudencia, para sustituirla por otra (capacidad jurídica y ejercicio de la misma), que, en definitiva, con otras palabras, viene a decir, sustancialmente, lo mismo».*

12. Es una disposición que afecta a la capacidad de testar en general, aunque normalmente este control de la capacidad lo podrá realizar el Notario en los testamentos abiertos y cerrados. En los testamentos ológrafos se presenta una gran dificultad de prueba, por su propia naturaleza, especialmente en aquellos sujetos cuyas dificultades de discernimiento sean transitorias o variables. En contra de admitir la validez del testamento ológrafo en estos casos ECHEVARRÍA, *El ejercicio*, 2022: *«A mi entender, la intervención notarial se impone en estos casos, de forma que el juicio de capacidad por el notario es siempre necesario. (...) No estimo que esta interpretación sea discriminatoria, sino todo lo contrario, puesto que el art. 665 lo que hace es atribuir al notario el papel de garante del cumplimiento del art. 12 de la Convención, en su función de asistente o ayudante de los testadores que presentan dificultades de comprensión, como afirma la Resolución de la DGSJFP de 25 de febrero de 2021»*.

Considera de este modo que se sigue realizando lo que llama un «juicio de capacidad» o juicio de discernimiento, que tiene la misma finalidad de comprobar que el sujeto es plenamente consciente de lo que quiere realizar. Si bien, respecto al régimen anterior, la diferencia radica, por un lado, en la adaptación de los términos utilizados para adecuarlos a la Convención de Nueva York y a la Ley 8/2021, y por otro, en que ahora este control se realiza a todo el mundo sin que esté supeditado a ningún reconocimiento previo o declaración de «incapacidad» de los sujetos afectados.

Además, y en consonancia con la pretendida intención de que todos los sujetos puedan actuar libremente sin ningún tipo de limitación o impedimento, se ha señalado que esta causa prevista por la que se niega la capacidad para otorgar testamento debe ser interpretada de modo excepcional, equiparándose a los supuestos en donde se exige que exista una curatela representativa —que de por sí es excepcional— (DE TORRES, *La reforma*, 2022)<sup>13</sup>. Y en sentido flexible favoreciendo el consentimiento emitido se ha mostrado recientemente el Tribunal Supremo en sus últimas resoluciones en este ámbito<sup>14</sup>.

Por ello, como se puede observar, no se puede hablar de «capacidad de obrar», pero sigue existiendo un control sobre la capacidad de realizar el acto o negocio jurídico concreto del que se trate, del que acabamos de recoger dos ejemplos de situaciones en donde se prevé legalmente dicho control.

Fuera de dichos casos, habrá que acudir a las reglas generales para determinar si el consentimiento emitido por el sujeto con discapacidad se entiende emitido libre y conscientemente o no. En las resoluciones del Supremo que hemos recogido se puede comprobar cómo realiza ese enjuiciamiento de la capacidad del sujeto para determinar si se le da o no cumplimiento a la voluntad manifestada, denegando lo deseado por el sujeto cuando entiende que la propia enfermedad o discapacidad sufrida por el sujeto le impide conocer y entender su situación. En todo caso, y en consonancia con lo dictado por la Convención y la Ley 8/2021, estos juicios de capacidad deberían ser generalmente favorables a la voluntad del sujeto, y excepcionalmente contrarias a ellas, cuando de modo claro se aprecie que el sujeto no tiene la suficientes cualidades cognitivas o volitivas en el caso concreto.

E igualmente problemas plantea el hecho de que alguna parte interesada quiera atacar la validez de un contrato como consecuencia de que ha sido contratado por quien no

---

13. DE TORRES, *La reforma*, 2022: «la expresión “... en el momento de testar no pueda conformar o expresar su voluntad ni aun con ayuda de medios de apoyo para ello”, supone un límite a la capacidad de testar que se configura como una excepción a dichos principios, y que colisiona con el mandato de dicha Observación General. Por todo ello, una vez que nuestro legislador acepta excepcionalmente esta limitación a testar parece que debería dársele un alcance absolutamente excepcional, parecido al tratamiento que merece la curatela representativa. Más aún, creo que una forma de interpretar la ley sería asimilar en parte los supuestos que podrían dar lugar a una curatela representativa a aquellos en los que no sería posible testar».

14. Ejemplo de ello es la reciente Sentencia del TS de 3.02.2023 (JUR 115843), en donde se recoge su última jurisprudencia. En el caso examinado por el Tribunal se cuestiona la validez del testamento faltando uno de los informes médicos que exigía el art. 665. El TS aboga por la validez del mismo habiéndose entendida suficiente la capacidad por el facultativo que lo atendió y por el Notario, declarando que «Las personas con deficiencias sensoriales, mentales o intelectuales, sin capacidad modificada por sentencia al tiempo del otorgamiento del testamento impugnado, así como, actualmente, todas las personas, sean o no discapaces, pueden testar cuando el notario aprecie su capacidad sin necesidad de un preceptivo informe médico, que suponía entonces un tratamiento jurídico diferente, y todo ello sin perjuicio, claro está, de su impugnación judicial».

tenía «capacidad» para ello. En estos casos ya no existe norma autónoma que habilite a una acción de anulabilidad para atacar los contratos celebrados por los sujetos con discapacidad, en consonancia como existía para los sujetos con incapacidad. Ahora sólo se prevé en el art.1301 la posibilidad de anular los contratos «*celebrados por personas con discapacidad prescindiendo de las medidas de apoyo previstas cuando fueran precisas*». Es decir, si el sujeto no tiene medida de apoyo establecida, no estaría dentro de este supuesto.

Ello plantea la duda de qué ocurre con los sujetos que contratan adoleciendo de algún tipo de discapacidad, pero sin tener medida de apoyo prevista. Muchas incógnitas surgen en este caso ante la falta de respuesta en la normativa. Algunos autores han manifestado que en estos casos ya nunca se podrá impugnar el contrato basado en la falta de consentimiento (RUIZ-RICO, *La reforma [Capacidad]*, 2022)<sup>15</sup>, mientras que otros apuntan a la posible aplicación de la falta de consentimiento del art. 1261.1 (ALBIEZ, *La reforma*, 2022)<sup>16</sup>. En este último caso se trataría de una nulidad radical al faltar uno de los presupuestos esenciales del contrato.

Puede resultar de interés lo dictado recientemente por el TS en su Sentencia de 03.10.2022 (RJ 4431), en donde, tratando el régimen anterior, se analizaba la posible nulidad de un acto celebrado por lo que se denominaba un «incapacitado de hecho» (no incapacitado judicialmente). Y en este caso defiende el Tribunal que incluso «*La apreciación en un caso concreto de una ausencia total y absoluta de voluntad o de conocimiento de un contratante que permitiera hablar de inexistencia de consentimiento*» no conllevaría que cualquiera estuviese legitimado para impugnar el acto —situación que ocurriría ante un caso de nulidad absoluta—, refiriendo que el régimen de ineficacia que se preveía estaba destinado a proteger a los discapaces, admitiéndose mayoritariamente el régimen de anulabilidad en estos casos, reconociendo que «*de lo dispuesto en los arts. 1261 y 1263 CC no resultaba un régimen jurídico específico de invalidez y cuando la falta de consentimiento derivaba de la discapacidad, el régimen aplicable era el de los arts. 1301 y ss. CC*». Aunque no sea determinante este análisis al tratarse de solventar un caso concreto y según la legislación anterior, podría intuirse aquí ciertos criterios que guardan relación con el asunto examinado en este apartado. En el caso enjuiciado se pronuncia el Tribunal considerando que el art. 1261 no conllevaría un régimen específico de invalidez, siendo la causa de la anulación que se permitía la protección de la persona afectada por la discapacidad, supuesto que se regiría por la anulabilidad o nulidad relativa, y no por la nulidad de pleno derecho.

Si se quiere ver aquí cierto paralelismo con el asunto aquí tratado, sobre la validez de un acto de un discapacitado sin medida de apoyo establecida, quizás se podría enten-

---

15. RUIZ-RICO, *La reforma [Capacidad]*, 2022: «Eso significa que ya no se podrá en ningún caso anular, por una hipotética falta de consentimiento contractual o negocial, el acto o contrato celebrado por el discapacitado, no habiendo una previa intervención judicial acordando medidas de apoyo. No es que se presume la capacidad, es que no cabe prueba en contrario. No hay propiamente un cauce procesal ni sustantivo para impugnar los actos del discapacitado por esa causa, como ya hemos expuesto antes».

16. ALBIEZ, *La reforma*, 2022: «Pero lo más importante, es que tal enfoque causa una desprotección patrimonial de la persona con discapacidad y de su familia y más allegados. No nos debemos nublar por la nueva filosofía de la ley, cuya principal raíz reside en el principio de igualdad en la capacidad jurídica de todas las personas mayores. Una cuestión bien distinta es cómo protegemos a las personas con discapacidad cuando contratan. Uno de los límites es cuando contratan sin que entiendan y quieran el contrato. La solución, pienso, pasa por aplicar el artículo 1261—1º CC».

der igualmente que no cabe alegar la nulidad absoluta por la falta de consentimiento del 1261. Aunque cierto es que esa respuesta se enmarca en una regulación donde existía una causa específica de impugnación a favor de las personas incapacitadas, presumiéndose todos los sujetos ahora «iguales» sin que exista esa especial prerrogativa. En todo caso, la cuestión es compleja y está lejos de estar solventada<sup>17</sup>.

Igualmente, además de estos supuestos de falta o inexistencia de consentimiento, siempre estarían los remedios generales de los vicios del consentimiento. En estos casos se podrían impugnar los actos solicitando la anulación de los mismos alegando, no ya la inexistencia del consentimiento, sino la posible existencia de error, violencia, intimidación o dolo, debiendo encajar el caso concreto en estos supuestos. Ante la dificultad de que encajen los casos que se puedan dar en la práctica en estos vicios, quizás sería conveniente que la jurisprudencia fuese más flexible a la hora de su interpretación en aras de la protección de los sujetos afectados (RUIZ-RICO, *La reforma [Capacidad]*, 2022)<sup>18</sup>.

## 5. ¿CÓMO SE PUEDE PROBAR LA EXISTENCIA DE UNA GUARDA DE HECHO?

La nueva legislación dota de un mayor protagonismo a la figura de la guarda de hecho, constituyéndose como una medida de apoyo idónea para asistir a los sujetos incapacitados, sin que sea necesario tener que acudir necesariamente a otros tipos de apoyos voluntarios o judiciales si dicha guarda de hecho se está llevando a cabo de manera adecuada y suficiente (255.5 CC). La importancia de esta figura con la nueva regulación se ve reflejada en la STS 23.01.2023 (JUR 164348)<sup>19</sup>, en donde se revoca la tutela que se había impuesto por las sentencias de instancias, al entender que está ya atendida por su hijo constituyendo dicha situación una guarda de hecho, entendiéndose que «*En atención a estos datos, cabe concluir de una parte, que un apoyo representativo como el que se ha establecido en las sentencias de instancia resulta innecesario y desproporcionado pues, en atención a la prueba practicada, la Sra. Blanca, en todo caso, puede requerir un apoyo asistencial para actos concretos (seguimiento médico, administración que vaya*

---

17. De hecho, la propia ponente de esa Sentencia del Supremo acabada de referir es la magistrada Parra Lucán, que como se señala por Albiez, (*La reforma*, 2022) se decanta por admitir la posibilidad de declarar la nulidad absoluta en base al art. 1261 —Parra, *Curso de Derecho Civil*, 2021 p.151-153—.

18. RUIZ-RICO (*La reforma [Capacidad]*, 2022): «En cambio, el hecho de que haya quedado cerrada la posibilidad de impugnación por falta de capacidad o por falta de consentimiento, puede abrir algo la puerta a un más amplio entendimiento y aplicación de los vicios del consentimiento respecto de los discapacitados».

19. En consonancia con la nueva regulación, recoge «*Es decir, si de hecho hay alguien que, a pesar de no haber sido designado voluntariamente por el propio interesado (apoyos voluntarios) ni nombrado por el juez (apoyos judiciales), se está encargando eficazmente de prestar el apoyo que necesita la persona con discapacidad, no se da el presupuesto que exige la nueva ley para que el juez adopte una medida de apoyo, (...). De esta manera, la Ley 8/2021 consagra la realidad sociológica de que la mayor parte de las personas con algún tipo de discapacidad reciben el apoyo de su entorno más cercano, generalmente por parte de algún familiar, sin que esta situación requiera ser modificada por resultar el apoyo prestado adecuado*».

*más allá de los gastos diarios). De otra parte y, sobre todo, el apoyo requerido se está prestando de manera real y efectiva por su hijo Carlos Jesús».*

Esto hace que en la práctica sea muy frecuente que existan estas medidas de apoyos. Piénsese en los hijos que se hacen cargo de su padre anciano con algún tipo de enfermedad que le impide valerse por sí mismo en todos los ámbitos de su vida; o los padres que han venido atendiendo a su hijo con algún tipo de discapacidad cuando era menor de edad y éste alcance la mayoría de edad, continuando dichos prestando los apoyos.

Con carácter general, la guarda de hecho se constituye con una función asistencial y no representativa (RUIZ-RICO, *La reforma [El régimen]*, 2022)<sup>20</sup>, actuando por ello el guardador asesorando y ayudando al sujeto discapacitado, que como regla general acompañará al guardador y será el que esté presente en las diferentes actuaciones, siendo dicho sujeto que recibe el apoyo quien contrate y realice los correspondientes actos jurídicos, obligándose personalmente de manera directa en su nombre. Estos supuestos no presentan lógicamente problemas de prueba, ya que contrata directamente la persona con discapacidad.

Ahora bien, en aquellos casos en donde está legitimada la actuación representativa serán donde se presente un problema, y es cómo se puede probar que una persona está desempeñando las funciones de guardador de hecho cuando quiere realizar alguna gestión en nombre del discapacitado, por ejemplo, al relacionarse con alguna entidad pública o privada (como puede ser una entidad de crédito). Al ser una institución informal, por su propia naturaleza no tiene ninguna formalidad que la constituya. Piénsese que resulta paradójico que para probar una situación de hecho deba tener algún reconocimiento formal, puesto que se desnaturaliza dicha figura. No obstante, para su efectividad esta nueva reforma debería de haber venido acompañada de un mayor desarrollo o algún sistema que estableciera o facilitase la prueba de la condición de guardador. La ausencia sobre este asunto de la prueba en esta nueva reforma provoca que en la práctica surjan muchas controversias sobre este asunto.

Recuérdese que según el art. 264.3 no se requiere autorización judicial para actuar en representación cuándo:

— *El guardador solicite una prestación económica a favor de la persona con discapacidad, siempre que esta no suponga un cambio significativo en la forma de vida de la persona,*

— *o realice actos jurídicos sobre bienes de esta que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar.*

Este segundo supuesto será el que más se lleve a cabo en la práctica. Aunque pudiera ser discutible a qué casos se refiere concretamente este apartado, entendemos que pudiera parecer lógico que incluyan aquellos que supongan actos generales de administración ordinaria así como de los pagos de gastos cotidianos. Esto se entiende así ya que, por su propia naturaleza, no tiene sentido que se les exija autorizaciones judiciales para estos casos, deviniendo como hemos dicho esta institución de la guarda de hecho como suficiente, y no deseándose la judicialización de todos los supuestos<sup>21</sup>.

---

20. RUIZ-RICO, *La reforma [El régimen]*, 2022. «el guardador se va a ocupar primordialmente de labores de contraste de opiniones o de consulta por parte del discapacitado, correspondiendo a la postre la decisión sobre el correspondiente negocio o acto jurídico —y por tanto, la responsabilidad— al propio discapacitado, salvo lo que luego se dice».

21. Argumenta la SAP Cádiz de 17.06.2022 (JUR 305417): «La ley ha apostado por la desjudicialización de las medidas de apoyo. El artículo 255 in fine contiene un mandato de desjudicialización

Para poder probar esta situación de guarda de hecho, una primera opción podría ser la de acudir a un notario y otorgar un acta de notoriedad en donde quedase reflejado esta situación de guarda<sup>22</sup>. Esto se podría hacer con la asistencia del propio sujeto discapacitado que reconociese la función de prestador de apoyo de otro sujeto ante el notario, o bien mediante la aportación de pruebas que acrediten esta situación. No obstante, aunque esto pudiera ser un mecanismo que aportase seguridad y legitimación para actuar, conlleva realizar una serie de gestiones y gastos adicionales que puede no ser lo más conveniente.

Además de ello, a esta situación se le añade otra complicación en relación a la propia naturaleza de esta figura de la guarda de hecho. En esta institución, que se caracteriza por la situación de hecho sin formalidad, no existe realmente ningún deber del guardador de hecho de llevar a cabo esta función de guarda (RUIZ-RICO, *La reforma [La guarda]*, 2022)<sup>23</sup>, lo que hace que no pueda presumirse en todo caso la subsistencia y permanencia de ese guardador de hecho. Por este motivo, algún autor se decanta por tener en consideración la fecha en que se realizó dicha acta de notoriedad (DE VERDA, *DLL*, 2022), pero esto provoca igualmente mayores gestiones y gastos si hay que ir reiterando en el tiempo esta acta de notoriedad.

Una mayor conflictividad deviene en la práctica con el caso de las entidades de crédito, que se niegan a reconocer sin prueba fehaciente a los guardadores de hechos negándoles la realización de acciones por cuenta de la persona discapacitada. Ante esta situación se han pronunciado voces denunciando la ilegalidad que esto supone (TORRES, *HD*, 2023), ya que es la ley la que atribuye esta facultad de representación en los dos supuestos antes indicado. Ante ello, entendemos que habría que diferenciar dos supuestos.

— Un primer caso sería aquellas entidades que deniegan a los guardadores de hechos cualquier tipo de gestión patrimonial o acceso a las cuentas del discapacitado, al entender que la ley no les habilita a ello. Aquí es donde podría discutirse si estos actos están o no dentro del 264.3 CC. Como hemos referido anteriormente, entendemos que sí deberían estar incluido, ya que de lo contrario privaría de suficiente entidad a esta figura, debiendo acudir necesariamente a la autoridad judicial o al establecimiento de una medida de apoyo.

---

*“razonable” que pasa por asumir con naturalidad que las facultades de actuación no vienen dadas por una resolución judicial, sino directamente de la ley. Las posibles actuaciones en las que el guardador de hecho puede ejercer su función como medida de apoyo, pueden concretarse en otros numerosos contextos: peticiones de recursos sociales, pensiones, plazas residenciales, centros de día, ayuda a domicilio, matriculaciones en centros de educación o formación profesional, entre otras, solicitudes a los bancos, etc.*

22. Método idóneo de prueba según la Circular de la Junta Directiva del Colegio Notarial de Las Islas Canarias sobre el acta de notoriedad como medio para acreditar el ejercicio de la guarda de hecho, de 25 de mayo de 2022 *«Sin duda, desde el punto de vista documental, el instrumento adecuado para facilitar esta prueba es el acta de notoriedad, pues, como dice el art. 209 del Reglamento Notarial, “las actas de notoriedad tienen por objeto la comprobación y fijación de hechos notorios sobre los cuales puedan ser fundados y declarados derechos y legitimadas situaciones personales o patrimoniales, con trascendencia jurídica”.*

23. RUIZ-RICO, *La reforma [La guarda]*, 2022: «Por otro lado, como ya se avanzaba, una consecuencia fundamental de la informalidad de la GH es que, aun siendo una medida de apoyo, no puede ser equiparable a las demás en cuanto a su régimen jurídico, básicamente porque el guardador no está obligado a actuar, en cuanto no tiene deberes legales de asistir al discapacitado»

Piénsese en el supuesto de los progenitores de un hijo que adolecía de ciertas discapacidades, que durante la minoría de edad del hijo han estado gestionando su patrimonio. Si al alcanzar los 18 años se les priva de continuar con tal gestión como se ha venido ejerciendo, entendemos que se produce el efecto contrario al pretendido por la nueva reforma, de dotar de más flexibilidad en la prestación de apoyo y de consagrar estas medidas informales.

Así, si entendemos que esta actuación de gestión patrimonial, siempre que no tengan «relevancia económica» están dentro de las funciones representativas del guardador, efectivamente sería un supuesto de legitimación legal que no se podría poner en duda ni cuestionar por ninguna entidad. El hecho de tener o no relevancia económica puede ser igualmente discutible, pudiendo en determinados casos ser discutibles si una determinada actuación entra en una u otra categoría, si bien habría que entender que aquellos gastos ordinarios para atender las necesidades básicas de la vida cotidiana entrarían dentro de esta escasa relevancia<sup>24</sup>.

— Un segundo caso se trataría de aquellos en donde no se pone en duda esa legitimación representativa de los guardadores de hecho, sino que lo que se pone en duda es la propia existencia de la guarda de hecho, solicitando que la misma se pruebe. Sobre esto nada dice el Código civil, y entendemos que las entidades de crédito exijan algún tipo de prueba para permitir a un tercero acceder a las cuentas de otro sujeto, si bien es aquí donde radica principalmente el problema de prueba comentado.

Para facilitar la función de los guardadores de hecho, hay quien propone como solución que se admita la simple presentación de una declaración responsable, sin perjuicio de las responsabilidades que pueda incurrir en caso de no ser cierto. Esto sin duda agilizaría las cuestiones, aunque no vemos viable esta laxitud tan extrema en donde prácticamente no hay nada que acreditar, sino sólo presentar una declaración responsable y con ello tener acceso a las cuentas de cualquier sujeto.

Cierto es que algunas Administraciones vienen a admitir la solicitud del reconocimiento del grado de discapacidad o de dependencia por parte de los guardadores de hecho con una declaración responsable, pero entendemos que no son del todo equiparables tales supuestos, ya que se suelen pedir adicionalmente ciertos datos y existe un mayor control por parte de estas Administraciones<sup>25</sup>, sin que afecten estas pretensiones directamente sobre el patrimonio actual que pueda tener el sujeto discapacitado.

---

24. De modo similar lo ha entendido el TS en su Sentencia de 23.01.2023 (JUR 164348), al considerar que el guardador de hecho puede gestionar una pensión ajena sin necesidad de autorización judicial: *«Igualmente resulta de la prueba practicada que el apoyo prestado por el hijo es suficiente en atención a las circunstancias de la Sra. Blanca, pues no se advierte que vaya a ser necesaria la solicitud de autorizaciones judiciales para actuar en representación suya de forma reiterada, dado que la gestión de su pensión no implica una administración superior a la entendida como ordinaria».*

25. En el caso de Andalucía, se permite tal declaración para solicitar el reconocimiento de la situación de dependencia y las prestaciones derivadas de tal situación, exigiendo:

1º. Que se aleguen las razones por las que tiene bajo su guarda y cuidado a la persona representada.

2º. Que a su juicio dicha persona precisa de medidas de apoyo para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica.

3º. Designación de los familiares de la persona representada, indicando nombre, edad, parentesco y dirección.

4º. Que ejercerá la guarda de hecho de conformidad con la voluntad, deseos y preferencias de la persona guardada y se compromete a destinar en favor de ésta, las prestaciones que le pudieran

Por ello, entendemos que sea necesario exigir algún tipo de prueba, pero para facilitar la función de esta figura, así como su operatividad, sería recomendable una flexibilización en cuanto a las posibles pruebas de estos casos, admitiéndose como se hace en la práctica algunos documentos privados que demuestren esta circunstancia.

A estos efectos, el Instituto Nacional de Seguridad Social, a través de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica, elaboró unos criterios de actuación para homogeneizar la gestión de los centros gestores en la aplicación de la nueva Ley 8/2021, dictaminando en un informe con fecha de 30 de noviembre de 2021, en el que se expone que:

*«En aplicación de lo dispuesto en el artículo 264 del CC, el guardador de hecho puede solicitar la prestación económica de Seguridad Social en favor de la persona con discapacidad, sin requerirse para ello autorización judicial, ingresándose la pensión en la cuenta bancaria de la persona con discapacidad. (Excepcionalmente, será posible realizar el pago de la prestación al guardador de hecho si este está autorizado judicialmente y la resolución judicial comprende ese acto —pago de la pensión— como medida de apoyo que requiere la asistencia del guardador).*

*La condición de guardador de hecho puede acreditarse mediante libro de familia (que acredite, en su caso, la relación de parentesco que mantienen el guardador y la persona con discapacidad), certificado de empadronamiento o documentación que acredite convivencia, así como aquellos documentos de los que se desprenda claramente dicha condición».*

Viene a recoger la posibilidad de que diversos documentos privados, donde se muestren una conexión con el sujeto afectado, sirvan como acreditación suficiente en la medida en que los mismos pueden suponer indicios de la existencia de la guarda de hecho.

En todo caso, entendemos que no debe ser requisito indispensable probar que existe convivencia entre el guardador de hecho y la persona a la que se prestan los apoyos. Aunque algún autor se ha manifestado a favor de esta exigencia<sup>26</sup>, entendemos que nada se dice sobre ello en el Código Civil, siendo un requisito que, si bien normalmente puede que concurra, no debe ser necesario en todo caso<sup>27</sup>. Puede ser que el prestador de apoyo actúe en determinado horario, que concurra con otros prestadores de apoyo que sí convivan, o simplemente que las medidas de apoyo que requiere el sujeto no son permanentes y permite que el sujeto con discapacidad vive independiente y tenga su autonomía, si bien para determinados actos cuente con el prestador de apoyo.

A nivel judicial, esta problemática de la prueba también se ha manifestado, donde se cuestiona igualmente que los guardadores tengan que recurrir a un procedimiento judi-

---

reconocer a su atención y cuidado, siempre que prospere la solicitud que tiene formulada en nombre de la persona guardada.

5°. Que pondrá en conocimiento cualquier variación de las circunstancias personales y familiares de la persona guardada, ya que pueden tener incidencia en los derechos que en su caso se reconozcan, así como cualquier cambio que pudiera sobrevenir en relación a la guarda de hecho.

26. Así, a favor de ello el notario Antonio Ripoll Jaen. (RIPOLL, NyR, 2022).

27. En igual sentido RUIZ-RICO, *La reforma [La guarda]*, 2022: «De ahí, por tanto, que haya GH cuando un sujeto o varios se ocupen de asistir a otro, aun cuando no exista convivencia entre ellos. Es evidente, pues, que la GH no viene determinada por la convivencia; es más, cabe que existan a la vez dos guardadores de hecho, y que uno conviva y el otro no, o incluso que ninguno conviva con el discapacitado».

cial para que se les reconozca la condición de guardador de hecho, hecho que resulta contradictorio con la propia naturaleza de guardador de hecho (DE VERDA, *DLL*, 2022)<sup>28</sup>.

En conclusión, es necesario como se puede comprobar un cambio de mentalidad por parte de todos los operadores jurídicos y sociales<sup>29</sup>, con el fin de facilitar el ejercicio y la funcionalidad de esta figura de apoyo, que sin duda con la desjudicialización consagrada se volverá de la más utilizada en la práctica. Lo contrario supone privar de sentido a esta figura de la guarda de hecho, conllevando dificultades y obstáculos para las personas con discapacidad y los propios prestadores de apoyo.

#### **IV. CONSIDERACIONES FINALES**

Como se ha podido examinar acerca de esta nueva reforma legislativa, la nueva regulación pretende una serie de cambios con el fin de garantizar mayor autonomía a las personas que sufran algún tipo de discapacidad. Sin embargo, a la hora de llevarse a la práctica surgen muchos interrogantes, dificultando conocer cuál es el verdadero alcance de esta reforma. Los jueces y tribunales, partiendo del Tribunal Supremo, tienen una labor compleja por delante que, si bien en algunas ocasiones se puede apreciar cómo esta nueva reforma influye decantando el sentido del fallo a favor de lo deseado por el propio sujeto afectado, en muchas otras ocasiones parece que se siguen aplicando en la práctica los mismos criterios y decisiones que con la regulación anterior.

Una de las principales cuestiones como se ha examinado es el hecho de actuar en contra de la voluntad manifestada por el sujeto afectado en cuestión. Al final, lo que subyace detrás de las resoluciones que está dictando el Tribunal Supremo partiendo de la referida Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 08.09.2021 (RJ 4002), es que están velando por lo que entienden que es lo más justo y acertado en cada caso, aunque eso suponga ir en contra de la voluntad expresada del sujeto necesitado de apoyo.

---

28. DE VERDA (*DLL*, 2022): «*El AJPI núm. 5 Córdoba 8/2022 7 febrero 2022 (Prov. Medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad 1030/2021) constata dicha paradoja, al estimar la demanda de reconocimiento de la condición de guardadora de hecho de una hermana. Dice, así, que “la guarda de hecho no precisa de una investidura judicial formal”, pero que la guardadora “se ve necesitada de recabar el auxilio judicial con el objeto de que se reconozca por parte de entes públicos y privados las facultades que ya vienen reconocidas legalmente en aras, única y exclusivamente, a tutelar los intereses de su hermana, cuya discapacidad consta acreditada en autos; y añade: “Esta cuestión no deja de ser preocupante pues lleva insito un desconocimiento e incumplimiento por parte de dichos entes de la nueva regulación legal para la protección de las personas con discapacidad, obstaculizando, entorpeciendo y retrasando que puedan ejercitar sus derechos a través de sus guardadores de hecho”*»

29. En igual sentido se pronuncia BERROCAL (*La discapacidad*, 2022): «*se pone de manifiesto que la desjudicialización que supone el reforzamiento de la guarda de hecho como medida de apoyo no ha sido asumida en muchos sectores y por los propios operadores jurídicos y financieros —entidades bancarias, entre otras, Administraciones estatales, autonómicas y municipales, poderes públicos, e, incluso, en el ámbito notarial y a las pruebas nos remitimos. Se debe aceptar que la guarda de hecho es ahora una medida de apoyo informal con un campo de actuación determinado y habilitado por la ley. Por lo que, es la propia Ley la que legitima su actuación asistencial y, excepcionalmente, representativa, exigiendo para este último caso, como ocurre con otras medidas de apoyo como la curatela, la correspondiente autorización judicial. No lo acredita ni un documento, ni un acta de notoriedad, ni una resolución judicial o administrativa.*»

Esto, que como hemos referido, va en principio en dirección opuesta a lo marcado por la nueva reforma de la Ley 8/2021, lleva a plantearse si la nueva normativa debería haber sido algo más flexible o abierta en cuanto se refiere a atender la voluntad del sujeto interesado, en la medida en que esa voluntad pueda estar de algún modo viciada o afectada por algún tipo de enfermedad que padezca el sujeto, tal y como argumenta el Tribunal Supremo en sus resoluciones.

Como se ha recogido, se argumenta en la sentencia que se acaba de referir que la voluntad contraria del interesado es consecuencia del propio trastorno psíquico o mental que lleva asociado la falta de conciencia de enfermedad, lo que se podría entender como que ese sujeto no tiene la «capacidad» suficiente para decidir acerca de su vida, considerándose un acto de «crueldad social» no imponer las medidas de apoyo por el hecho de atender su voluntad.

Si se observa el *Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social*, ya se reconocía en su art.6 el respeto a la autonomía de las personas con discapacidad basado en el principio de libertad en la toma de decisiones. Si bien, en relación que lo que se acaba de mencionar, recogía que esto se hacía atendiendo a las circunstancias personales y a su «capacidad para tomar el tipo de decisión en concreto», debiéndose asegurar la prestación de apoyo para la toma de decisiones. Incluye así, esta normativa, cierto «matiz» a la hora de atender a la voluntad del sujeto, que no se encuentra en la Ley 8/2021.

También se podría justificar la postura del Tribunal Supremo en el sentido de que se daría cumplimiento a una «voluntad presunta» del sujeto afectado, siendo eso lo que realmente hubiese querido si se encontrase en sus plenas facultades cognitivas y volitivas, motivo por el que, como se ha expresado, la voluntad manifestada no se considera como válida<sup>30</sup>. En estos términos se refiere en esta sentencia de 08.09.2021 (RJ 4002): *En el fondo, la provisión del apoyo en estos casos encierra un juicio o valoración de que si esta persona no estuviera afectada por este trastorno patológico, estaría de acuerdo en evitar o paliar esa degradación personal*.

Este planteamiento, sin duda interesante, tiene el inconveniente de que excede posiblemente de lo previsto en la nueva normativa donde no se prevé nada de esto, suponiendo esta postura igualmente una actitud paternalista en donde se decide por parte del

---

30. En este sentido diferencia entre «voluntad» de la «declaración de voluntad»: MARTÍN, *El ejercicio*, 2022: «Si una persona con discapacidad presta su consentimiento en un contrato habrá que analizar si este se basa en “su voluntad”, o no. Se distingue la voluntad de la «declaración de voluntad», dado que la falta de discernimiento o conciencia derivada de una discapacidad implicaría una ausencia de voluntad, pese a la declaración que la persona hubiera podido realizar al respecto. En consecuencia, si la discapacidad de la persona no le impide saber lo que hace y conocer sus efectos, su declaración negocial será válida y eficaz. Pero, por supuesto, si esta no se sostiene en su voluntad, bien porque la persona con discapacidad no ha manifestado ninguna decisión al respecto, bien porque ha emitido una declaración que no se sostiene en voluntad alguna (p. e., contrata un servicio sin ser consciente de ello dada su falta de conciencia derivada de una demencia), la declaración debería ser inválida. El criterio a seguir debe priorizar lo que sabe y quiere la persona, junto a su nivel de discernimiento, y no solo lo que expresa porque a veces lo que declara no se sostiene en «su voluntad». Muchas veces la ausencia de “voluntad” se deriva de la enfermedad que concreta la discapacidad que tiene. Siendo esto así, lo que se exterioriza no se puede definir como voluntad negocial de una persona con los resultados que ello conlleva, sino más bien como una ausencia de voluntad».

juez lo que más convendría al presunto discapacitado, idea que nos lleva de nuevo a actuar en «interés superior del discapacitado» frente a la voluntad manifestada.

La postura hoy en día del Tribunal Supremo parece clara al respecto. Así, y en igual sentido y con base en los mismos argumentos recogidos en la sentencia de 08.09.2021 (RJ 4002), en donde atender no significa dar cumplimiento a la voluntad si existe causa que lo justifica, se pueden encontrar otras resoluciones del Tribunal Supremo:

- Auto del TS de 15.03.2022 (JUR 118751), en donde no se aceptaba la voluntad del recurrente de permanecer en su vivienda con la asistencia de su sobrino, al entenderse probado las patologías que sufría (estado psicofísico compatible con secuelas de ictus isquémico y esclerosis múltiple primaria progresiva). Se argumenta además la inidoneidad de los familiares incluido el sobrino propuesto, al entender que resulta acreditada la existencia de enfrentamientos entre la familia, así como despreocupación por su estado de su situación y salud, encontrándose además en una situación influenciada.
- Auto del TS 08.06.2022 (JUR 212935), donde se impone medida de apoyo en contra de la voluntad a un sujeto que presenta diagnóstico compatible con esquizofrenia paranoide y consumo perjudicial de tóxicos de carácter crónico. Se entiende anulada la capacidad del sujeto sobre el adecuado gobierno de su persona y sus bienes, conllevando todo ello a un relevante y constante deterioro en los aspectos fundamentales de su vida, manteniéndose en situación de indigencia, careciendo de alojamiento, suministros básicos y de apoyo familiar.
- Auto del TS 2.11.2022 (JUR 348524), en donde considera que el afectado padece un trastorno compatible con un deterioro cognitivo sin filiar, de carácter crónico e irreversible, que le impide gobernarse adecuadamente tanto a sí mismo como a sus bienes, por lo que proceden las medidas de apoyo en contra de su voluntad.
- Auto del TS 23.11.2022 (JUR 367282) donde pese a la voluntad contraria del afectado, un sujeto de 77 años, diagnosticado de la enfermedad de Parkinson y demencia no filiada con carácter persistente, se le impone una curatela para asistirle en los actos de administración de sus bienes y patrimonio, al entender que se ha probado que concurren causas que justifican el apoyo.
- Auto del TS 21.12.2022 (JUR 2023\14675) en donde el sujeto tenía un trastorno delirante sin seguimiento médico donde se le consideraba en situación de riesgo, sin ser consciente de su enfermedad, y constituyéndose, contra su voluntad, una curatela en el exclusivo ámbito de la salud.
- Auto TS de 25.01.2023 (JUR 166945), en donde se recogen los argumentos de la sentencia que se pretende impugnar, para confirmar que dicho sujeto padece una enfermedad con trastornos delirante que no quiere reconocer ni acepta tomar la medicación necesaria, pudiendo conllevar riesgo propio y de terceros, razonando que se considera necesaria la supervisión y asistencia por el curador para cumplir con el tratamiento médico, aun en contra de la voluntad del afectado.

Se puede apreciar con claridad cómo el Tribunal Supremo tiene así admitido y reiterado el hecho de que la voluntad del sujeto no siempre debe imperar, ya sea para adoptar o no las medidas de apoyo, incluso para los casos de nombramiento del prestador de apoyo, cuestión esta que puede ser más discutible como hemos examinado.

Como se comentó al principio de este capítulo, el tiempo dirá si esta reforma ha supuesto o no un cambio efectivo en nuestro ordenamiento, así como la magnitud del mismo, y se irán aclarando algunas de las cuestiones que a día de hoy siguen siendo una

incógnita o presentan dificultades, como la cuestión tratada de poder probar la guarda de hecho por parte de aquellos que presten los apoyos.

En definitiva, como se señaló al comienzo, son cuestiones que afectan a la vida diaria de muchas personas, ya sean de las propias personas que sufran algún tipo de enfermedad o discapacidad, así como a sus familiares y seres cercanos que se encargan de cuidarlos y atenderlos. Siendo los casos y tipologías que se pueden dar casi infinitos, resulta difícil poder dar una respuesta legislativa que satisfaga a todo el mundo, aunque quizás muchas de las cuestiones podrían haberse previsto y planteado desde un punto de vista más real y práctico, para evitar así algunas de las controversias que se han comentado.

## V. BIBLIOGRAFÍA

- ALBIEZ DOHRMANN, KLAUS JOCHEN. «La capacidad jurídica para contratar de las personas con discapacidad tras la ley 8/2021, de 2 de junio». En QUESADA SÁNCHEZ y DE LUCCHI TAPIA (Dir.) *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad: estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio*. Atelier 2022
- BERROCAL LANZAROT, ANA ISABEL. «La guarda de hecho de las personas con discapacidad». En DE VERDA Y BEAMONTE, JOSÉ RAMÓN (Dir.) *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio*. Tirant. 2022.
- DE TORRES PEREA, JOSÉ MANUEL «La discapacidad y la reforma de las normas sucesorias». En QUESADA SÁNCHEZ Y DE LUCCHI TAPIA (Dir.) *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad: estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio*. Atelier 2022
- DE VERDA Y BEAMONTE, JOSÉ RAMÓN. «Principios generales inspiradores de la reforma en materia de discapacidad, interpretados por la reciente jurisprudencia». En DE VERDA Y BEAMONTE, JOSÉ RAMÓN (Dir.) *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio*. Tirant. 2022.
- DE VERDA Y BEAMONTE, JOSE RAMON «La guarda de hecho de las personas con discapacidad a la luz de la reciente jurisprudencia sobre la materia». *Diario La Ley*, N.º 10168, 11 de Noviembre de 2022.
- EHEVARRÍA DE RADA, MARÍA TERESA. «La capacidad testamentaria de la persona con discapacidad a la luz de la ley 8/2021, de 2 de junio». En NÚÑEZ NÚÑEZ, MARÍA (DIR.). *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio*. Tirant. 2022.
- GARCÍA RUBIA, MARÍA PAZ. Comentario en de AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, CRISTINA. «Sentencia de Pleno de 8 de septiembre de 2021, sobre adopción de medidas de apoyo en aplicación de la Ley 8/2021. ¿Van a cambiar mucho las cosas?» Blog *Hayderecho*. com 27 de septiembre de 2021.
- GINÉS CASTELLET, NÚRIA «La contratación de personas con discapacidad cognitiva tras la ley 8/2021: algunas reglas y muchas incertidumbres» En DUPLÁ MARÍN, Mª TERESA (DIR.) *Cuestiones actuales del derecho de familia. Una visión inclusiva e interdisciplinaria*. Tirant. 2022
- MARTÍN BRICEÑO, MARÍA ROSARIO. «La intervención de la persona con apoyos en el tráfico jurídico. La persona con discapacidad y su capacidad contractual: conflicto de intereses e influencia indebida en su voluntad». En NÚÑEZ NÚÑEZ, MARÍA (DIR.).

*El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio.* Tirant. 2022.

- QUESADA SÁNCHEZ, ANTONIO. «Principios básicos de la reforma Legal». En QUESADA SÁNCHEZ Y DE LUCCHI TAPIA (Dir.) *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad: estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio.* Atelier 2022.
- RUIZ-RICO RUIZ, JOSÉ MANUEL «El régimen jurídico de la guarda de hecho». En QUESADA SÁNCHEZ Y DE LUCCHI TAPIA (Dir.) *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad: estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio.* Atelier 2022.
- RUIZ-RICO RUIZ, JOSÉ MANUEL «La guarda de hecho. Características básicas y condiciones de funcionamiento. Supuestos posibles de guarda de hecho». En QUESADA SÁNCHEZ Y DE LUCCHI TAPIA (Dir.) *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad: estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio.* Atelier 2022.
- RUIZ-RICO RUIZ, JOSÉ MANUEL. «Capacidad jurídica y discapacidad. Las vías impugnatorias de los actos celebrados por la persona del discapacitado. La desaparición del principio de protección del interés del discapacitado». En QUESADA SÁNCHEZ Y DE LUCCHI TAPIA (Dir.) *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad: estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio.* Atelier 2022.
- RIPOLL JAEN, ANTONIO «La guarda de hecho ante notario» Blog *Notarios y Registradores* <https://www.notariosyregistradores.com/05/09/2022>
- VALLS XUFRE, JOSEP MARÍA «La abolición de la incapacitación. El notario y los apoyos a la discapacidad (II)» *Elderecho.com*, Tribuna. 2020

## **VI. RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL SUPREMO REFERIDAS**

- ATS 01.12.2021, JUR 384173  
ATS 12.01.2022, JUR 43356  
ATS 15.03.2022, JUR 118751  
ATS 08.06.2022, JUR 212935  
ATS 02.11.2022, JUR 348524  
ATS 23.11.2022, JUR 367282  
ATS 21.12.2022, JUR 14675  
ATS 25.01.2023, JUR 166945  
ATS 25.01.2023, JUR 41736  
STS 08.09.2021, RJ 4002  
STS 19.10.2021, RJ 4847  
STS 02.11.2021, RJ 4958  
STS 03.10.2022, RJ 4431  
STS 21.12.2022, RJ 2023 356  
STS 23.01.2023, JUR 164348  
STS 03.02.2023, JUR 115843

