

MATRIMONIO, CAPITULACIONES MATRIMONIALES Y SOCIEDAD DE GANANCIALES CONFORME A LAS ÚLTIMAS REFORMAS EN MATERIA DE DISCAPACIDAD

Manuel Ángel Gómez Valenzuela

Profesor de Derecho Civil
Universidad de Cádiz

TITLE: *Marriage, matrimonial property contracts and community property under the latest disability reforms*

RESUMEN: El presente trabajo se va a centrar en el matrimonio, entendiendo el término en sentido amplio, y las últimas reformas legales en materia de discapacidad. El esquema que vertebrará este estudio será el siguiente: en primer lugar, abordaremos la actual dicción del artículo 56 del Código Civil; aunque el citado precepto no fuese reformado por la Ley 8/2021, de 8 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, sus antecedentes traen causa de la Convención Internacional de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobada en Nueva York en 2006. En segundo lugar, nos sumergiremos en la capacidad de las personas con discapacidad para otorgar capitulaciones matrimoniales, dada cuenta de la derogación del artículo 1330 del Código Civil. En tercer y último lugar, intentaremos despejar el significado de los artículos 1387 y 1393.1º, en sede de sociedad de gananciales, y, especialmente, la exégesis que a nuestro juicio cabe realizar de la expresión «representación plena» que contiene dichos preceptos, así como el alcance que podría tener la guarda de hecho del cónyuge en la dinámica de la gestión y disolución de la sociedad de gananciales.

ABSTRACT: *This paper will focus on marriage, in the broad sense of the term, and the latest legal reforms in the field of disability. The outline of this study will be as follows: firstly, we will deal with the current wording of Article 56 of the Civil Code; although the aforementioned precept was not reformed by Law 8/2021, of 8 June, which reforms civil and procedural legislation to support persons with disabilities in the exercise of their legal capacity, its antecedents are rooted in the United Nations International Convention on the Rights of Persons with Disabilities, adopted in New York in 2006. Secondly, we will dive into the capacity of persons with disabilities to grant marriage contracts, given the repeal of article 1330 of the Civil Code. Thirdly and lastly, we will try to clarify the meaning of Articles 1387 and 1393.1, in the context of the community of property, and, especially, the exegesis that in our opinion can be made of the expression «full representation» contained in these provisions, as well as the scope that the de facto guardianship of the spouse could have in the dynamics of the management and dissolution of the community of property.*

PALABRAS CLAVES: discapacidad, matrimonio, apoyo, capitulaciones matrimoniales, sociedad de gananciales, curatela, guarda de hecho.

KEY WORDS: disability, *marriage*, support, marriage contracts, community of property, guard, curatorship.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. CAPACIDAD PARA CONTRAER MATRIMONIO. 2.1. *Antecedentes legislativos*. 2.2. *Ámbito de aplicación del artículo 56 del Código Civil*. 2.2.1. Contrayente con discapacidad física o sensorial. 2.2.2 Contrayente con discapacidad psíquica, intelectual o mental. 2.3. *¿El apoyo desvirtúa el carácter intuitu personae del matrimonio?* 2.4. *La provisión de apoyo en el expediente matrimonial*. 2.4.1. Finalidad del apoyo. 2.4.2. El contrayente desprovisto de apoyo. 2.5. *Procedencia y potencialidad decisoria del dictamen médico*. 3. CAPACIDAD PARA OTORGAR CAPITULACIONES MATRIMONIALES. 4. GESTIÓN Y DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES: EXÉGESIS DE LOS ARTÍCULOS 1387 Y 1393.1º DEL CÓDIGO CIVIL. 4.1. *¿Qué*

significa facultades de representación plena? 4.1.1. El apoyo representativo en cuanto a su extensión. 4.1.2. El apoyo representativo en cuanto a su intensidad. 4.1.3. Conclusiones. 4.2 *¿Los artículos 1387 y 1393.1º del Código Civil excluyen del supuesto de hecho la provisión de apoyo con facultades de representación a través de una guarda de hecho?* 5. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

La Ley 8/2021, de 8 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (en adelante, LAPCD), representa, sin ambages, una de las reformas de mayor calado que ha experimentado el Código Civil desde su publicación en el siglo XIX. La LAPCD se inserta en el proceso de adaptación del ordenamiento patrio a los postulados de la Convención Internacional de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobada en Nueva York en 2006 (en adelante, CDPD). Aquí no vamos a detenernos, *in abstracto*, en las bondades del texto internacional, empresa de la que ya se han encargado otros trabajos. Focalizaremos nuestro estudio en el nuevo escenario que plantea el nuevo paradigma en el matrimonio, las capitulaciones matrimoniales y la sociedad de gananciales, partiendo, entre otros, del artículo 23 CDPD¹, de continua referencia a lo largo de este estudio.

¹ El artículo 23 CDPD dice lo siguiente: «1. Los Estados Partes tomarán medidas efectivas y pertinentes para poner fin a la discriminación contra las personas con discapacidad en todas las cuestiones relacionadas con el matrimonio, la familia, la paternidad y las relaciones personales, y lograr que las personas con discapacidad estén en igualdad de condiciones con las demás, a fin de asegurar que: a) Se reconozca el derecho de todas las personas con discapacidad en edad de contraer matrimonio, a casarse y fundar una familia sobre la base del consentimiento libre y pleno de los futuros cónyuges; -18- b) Se respete el derecho de las personas con discapacidad a decidir libremente y de manera responsable el número de hijos que quieren tener y el tiempo que debe transcurrir entre un nacimiento y otro, y a tener acceso a información, educación sobre reproducción y planificación familiar apropiados para su edad, y se ofrezcan los medios necesarios que les permitan ejercer esos derechos; c) Las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas, mantengan su fertilidad, en igualdad de condiciones con las demás. 2. Los Estados Partes garantizarán los derechos y obligaciones de las personas con discapacidad en lo que respecta a la custodia, la tutela, la guarda, la adopción de niños o instituciones similares, cuando esos conceptos se recojan en la legislación nacional; en todos los casos se velará al máximo por el interés superior del niño. Los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a las personas con discapacidad para el desempeño de sus responsabilidades en la crianza de los hijos. 3. Los Estados Partes asegurarán que los niños y las niñas con discapacidad tengan los mismos derechos con respecto a la vida en familia. Para hacer efectivos estos derechos, y a fin de prevenir la ocultación, el abandono, la negligencia y la segregación de los niños y las niñas con discapacidad, los Estados Partes velarán por que se proporcione con anticipación información, servicios y apoyo generales a los menores con discapacidad y a sus familias. 4. Los Estados Partes asegurarán que los niños y las niñas no sean separados de sus padres contra su voluntad, salvo cuando las autoridades competentes, con sujeción a un examen judicial, determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que esa separación es necesaria en el interés superior del niño. En ningún caso se separará a un menor de sus padres en razón de una

El esquema de trabajo que jalonará esta investigación se puede desdoblar en tres grandes bloques: en el primero estudiaremos la capacidad para contraer matrimonio, según la redacción del artículo 56 del Código Civil. Luego, en el segundo bloque, analizaremos la capacidad para el otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales. Finalmente, nos centramos en los artículos 1387 y 1393.1º del Código Civil, que entroniza con la arquitectura de la gestión y disposición de la sociedad de gananciales.

2. CAPACIDAD PARA CONTRAER MATRIMONIO

Aunque el segundo párrafo del artículo 56 del Código Civil no fuera reformado por la LAPCD, consideramos de notable utilidad para este estudio analizar la capacidad para contraer matrimonio, al amparo de que la actual redacción del citado precepto tiene su antecedente en la CDPD.

2.1. Antecedentes legislativos

A título de exordio, cabe destacar que, con independencia de la naturaleza jurídica del matrimonio², es requisito *sine qua non* del mismo el consentimiento matrimonial. La

discapacidad del menor, de ambos padres o de uno de ellos. 5. Los Estados Partes harán todo lo posible, cuando la familia inmediata no pueda cuidar de un niño con discapacidad, por proporcionar atención alternativa dentro de la familia extensa y, de no ser esto posible, dentro de la comunidad en un entorno familiar».

² LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Derecho de Familia. El matrimonio y su economía*, Bosch, Barcelona, 1963, p. 37, califica el matrimonio como un contrato. En nuestra opinión, ya se conciba el contrato como un negocio jurídico con sustantividad patrimonial o un intercambio de bienes que emana del intercambio de voluntades, el matrimonio no puede identificarse como tal, so riesgo de incurrir en un reduccionismo, pues aquel se define, principalmente, por el consentimiento y los efectos personales que despliega entre los contrayentes, adquiriendo el elemento patrimonial una importancia accesorio, pues la existencia del régimen económico matrimonial está sujeto a la previa concurrencia del matrimonio. Se podría decir que el avance de la autonomía de la voluntad en el ámbito matrimonial coadyuva a equiparar el matrimonio con el contrato; sin embargo, también se podría decir, merced a la autonomía de la voluntad y las últimas reformas, lo contrario, pues supeditándose el vínculo matrimonial a la voluntad de cualquiera de los cónyuges, que puede demandar la separación o el divorcio sin necesidad de que concurra justa causa (arts. 81 y 86 CC), bastando la petición de uno de ellos, hace que devenga inaplicable el principio de que el contrato no puede dejarse al arbitrio de una de las partes (art. 1256 CC), que a la sazón constituye una de las reglas paradigmáticas del negocio contractual. LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Derecho de Familia, Principios de Derecho Civil, t. VI*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Sao Paulo, 2021, pp. 24 y 25, aboga, remitiéndose a sentencias del Tribunal Constitucional y a la Exposición de Motivos de los textos legales que reformaron el matrimonio en 2005, por concebir el matrimonio como una institución matrimonial. Desde nuestro prisma, decir que el matrimonio es una institución, en el sentido de que existe «un conjunto normativo propio aplicable al matrimonio», es inocuo y estéril, resultando ser una categoría descriptiva que no coadyuva a la resolución de algunos problemas que se pueden dar en la ladera fáctica. Es cierto que el Alto Tribunal ha concebido el matrimonio como institución, pero dicha identificación ha operado extramuros del Derecho Civil, teniendo como fin dicha identificación reflejar el ligamen que tiene el matrimonio con la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y los principios que la Constitución reconoce. Más recientemente, MARTÍN SALAMANCA, Sara, «El matrimonio (I)», en AA.VV., *Manual de Derecho Civil. vol. V. Derecho de familia*, Wolters Kluwers, Madrid, 2021, p.

exigencia del consentimiento, curiosamente, no estaba cristalizada *ex profeso* en el Código Civil según la redacción original dada por el Real Decreto de 24 de julio de 1889, pudiéndose inferir, no obstante, de las causas de nulidad matrimonial, que, a la sazón, reputaba nulo el matrimonio contraído con algún vicio del consentimiento³ y, sobre todo, del artículo 83.2 del Código Civil, que, como impedimento, disponía que no podían contraer matrimonio «los que no estuvieren en el pleno ejercicio de su razón» al tiempo de contraerlo.

Posteriormente a que el artículo 32 de la Constitución española reconociera el derecho a contraer matrimonio remitiendo al legislador ordinario la tarea de regular las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos, la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio (en adelante, Ley 30/1981), dotó al artículo 45 del Código Civil de una nueva dicción, disponiendo, con una fuerza expresiva digna de encomio, que «No hay matrimonio sin consentimiento matrimonial». Correlativamente, y toda vez que la declaración de voluntad matrimonial llevaba aparejada la aptitud de poder comprender las vicisitudes del vínculo y sus efectos, el segundo párrafo del artículo 56 del Código Civil dispuso que si algunos de los contrayentes estuviere afectado de deficiencias o anomalías psíquicas,

76, ha dicho que el matrimonio es un acto jurídico, en el sentido de que las partes constituyen libremente su presupuesto, pero sus efectos vienen determinado por la Ley, sin que los contrayentes tengan autonomía en su regulación; no estamos de acuerdo con esta teoría, pues, dejando al margen que la autonomía de la voluntad brilla en todo su esplendor en el régimen económico matrimonial (arts. 1315 y 1325 CC), los cónyuges también gozan de libertad para configurar, antes o durante, los efectos personales del matrimonio. Así, *ad exemplum*, a pesar de que el artículo 68 del Código Civil cristalice el deber de los cónyuges de vivir juntos, estos, en el ejercicio de su autonomía, pueden pactar vivir en domicilios distintos; o el deber de fidelidad conyugal, previsto en el mismo precepto: si los cónyuges, responsables, deciden constituir una comunidad estable de vida plena sin estar ligados al deber de fidelidad conyugal ¿Se podría vindicar la nulidad del matrimonio? Evidentemente no. La tesis de la autora parte de que los efectos del matrimonio están regulados por Ley, a lo que decimos nosotros que también los efectos del contrato de compra y venta están regulados por Ley, incluso con algunas con normas de *ius cogens* (vid. art. 1459 CC), y ello no desnaturaliza que estemos ante un negocio jurídico. Por ello, nos adherimos a la teoría de que el matrimonio constituye un negocio jurídico de Derecho de familia, pudiendo las partes autorregular sus efectos, dejando a salvo las excepcionales normas de carácter imperativo; sin perjuicio de que tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo como la doctrina de la DGRN identifican el matrimonio como un negocio jurídico, nos remitimos, en el ámbito de la doctrina científica, entre otros, a CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho civil español, común y foral. t. V. Derecho de familia. vol. I. Relaciones conyugales*, Reus, Madrid, 1994, p. 129; O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, *Compendio de Derecho Civil, t. IV, Derecho de la familia*, Ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2022, p. 29; DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón y CHAPARRO MATAMOROS, Pedro, «El matrimonio: constitución, requisitos de validez y efectos», en AA.VV., *Las crisis familiares. Tratado práctico interdisciplinar*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 46.

³ *Ad abundantiam*, la dicción primigenia del artículo 83.2º del Código Civil establecía que no podían casarse «los que no estuvieren en el pleno ejercicio de su razón al tiempo de contraer matrimonio».

el instructor del expediente matrimonial exigiría un dictamen médico en orden a valorar «la aptitud para prestar el consentimiento»⁴.

Situándonos en la actual centuria, la CDPD, cuyo propósito es proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos de las personas con discapacidad y promover la salvaguarda de su dignidad (art. 1 CDPD), cristalizó como obligación de los Estados Partes la de tomar medidas efectivas y pertinentes para erradicar la discriminación contra las personas con discapacidad en todas las cuestiones relativas al Derecho de familia, entre ellas, el matrimonio, procurándose que estén en igualdad de condiciones a fin de asegurar, entre otros propósitos, el reconocimiento del derecho a «contraer matrimonio, a casarse y fundar una familia sobre la base del consentimiento libre y pleno de los futuros cónyuges» (art. 23 CDPD).

España no quiso mantenerse al margen del nuevo escenario que demandaba el texto internacional y, con más voluntad que destreza, intentó adaptar el ordenamiento interno a los nuevos postulados. La primera reforma del artículo 56 del Código Civil, tras la Ley 30/1981, vino dada por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (en adelante, LJV), quedando redactado el segundo párrafo del siguiente modo: «Si alguno de los contrayentes estuviere afectado por deficiencias mentales, intelectuales o sensoriales, se exigirá por el Secretario judicial, Notario, Encargado del Registro Civil o funcionario que tramite el acta o expediente, dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento».

El inciso, a la postre, acabó por restringir más los derechos de las personas con discapacidad que la redacción anterior, toda vez que el dictamen médico no solo se podía exigir indiscriminadamente, o extramuros del principio de *última ratio*, sino que, amén de legitimar su existencia *ab initio* del expediente, sin previa comprobación de

⁴ La jurisprudencia destacó, no solo que la derogada incapacitación no necesariamente representaba un óbice para que la persona incapacitada pudiese contraer matrimonio, sino también la relación que albergaba el dictamen médico con el consentimiento matrimonial, partiendo, como no podía ser de otro modo, de la presunción general de capacidad en relación al *ius nubendi*, pudiendo citarse, *ad exemplum*, la STS 8 noviembre 2017 (RJ 2017, 4760), que se expresaba en los siguientes términos: «En ausencia de norma expresa que permita privar *in genere* de la capacidad para contraer matrimonio debe considerarse que las personas con enfermedades mentales o deficiencias sí pueden contraerlo cuando puedan prestar válido consentimiento matrimonial, cuando posean la capacidad natural de entender y querer la unión matrimonial, lo que es posible tanto si la persona está incapacitada (lo confirma el artículo 171.4.º CC) como cuando, sin estarlo, adolezca de alguna deficiencia psíquica. Así resulta del tenor del artículo 56 del Código Civil vigente que exige que quienes deseen contraer matrimonio acrediten previamente que reúnen los requisitos de capacidad exigidos y, si alguno de los contrayentes está afectado por anomalías psíquicas, se exige dictamen médico sobre su aptitud para prestar consentimiento».

que los contrayentes estuvieren aquejados de alguna circunstancia que le impidiesen prestar el consentimiento matrimonial⁵, avalaba la evacuación del mismo ante cualquier clase de discapacidad, bien fuese física o sensorial, o psíquica o intelectual, con independencia del ligamen que pudiese albergar con la aptitud para prestar el consentimiento matrimonial. Así, lejos de aproximarse el artículo 56 del Código Civil a los postulados del artículo 23 CDPD⁶, el legislador dibujó una brecha, provocando que la Resolución-Circular de 23 de diciembre de 2016, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre la interpretación y aplicación del artículo 56 del Código Civil, relativo a la forma de celebración del matrimonio, desarrollara una exégesis del precepto, a pesar de que, dada la *vacatio legis* del artículo 56 del Código Civil⁷, la dicción dada por la LJV no entraría en vigor hasta el 30 de junio de 2017.

La citada resolución, situando como faro los artículos 12 y 13 CDPD, dijo que la exigencia del dictamen médico, que amplió desproporcionadamente el legislador patrio, debía ser objeto de una interpretación estricta, debiendo limitarse a aquellos «supuestos excepcionales en los que la discapacidad afecte de forma evidente e impositiva, aún proporcionados los apoyos precisos, a la capacidad para prestar el consentimiento», no debiéndose recabar en aquellos supuestos en los que la discapacidad no tiene una afectación en el consentimiento matrimonial.

2.2. *Ámbito de aplicación del artículo 56 del Código Civil*

Antes de la entrada en vigor de la citada redacción del artículo 56 del Código Civil, el legislador articuló una nueva modificación, vehiculizando la reforma, vigente a día de hoy, a través de la Ley 4/2017, de 29 de junio, de modificación de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, siendo la nueva *dictio legis* la que sigue: «El Letrado de la Administración de Justicia, Notario, Encargado del Registro Civil o funcionario que tramite el acta o expediente, cuando sea necesario, podrá recabar de las Administraciones o entidades de iniciativa social de promoción y protección de los derechos de las personas con discapacidad, la provisión de apoyos humanos, técnicos y

⁵ Una mirada a la dicción legal, *ad pedem litterae*, puede conducir a afirmar que la mera deficiencia mental, intelectual o sensorial, legitimará la evacuación del dictamen médico, aunque la voluntad del contrayente en relación al *ius nubendi* no esté afectada o limitada. Más allá de la literalidad de la norma, innumerables resoluciones, tanto del centro directivo como de la jurisprudencia, han expuesto que la necesidad del dictamen se tiene que coherer con el nexo causal que puede haber entre la discapacidad y la aptitud del contrayente para prestar el consentimiento matrimonial.

⁶ En el mismo sentido puede verse DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón, «Capacidad para contraer matrimonio de las personas con discapacidad», en AA.VV., *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*, Wolters Kluwers, Madrid, 2021, p. 708.

⁷ La disposición final vigésima primera LJV postergó la entrada en vigor del artículo 56 del Código Civil al día 30 de junio de 2017.

materiales que faciliten la emisión, interpretación y recepción del consentimiento del o los contrayentes. Solo en el caso excepcional de que alguno de los contrayentes presentare una condición de salud que, de modo evidente, categórico y sustancial, pueda impedirle prestar el consentimiento matrimonial pese a las medidas de apoyo, se recabará dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento». Aunque no esté separado el precepto transcrito en párrafos distintos, podemos diferenciar dos partes.

2.2.1. Contrayentes con discapacidad física o sensorial

La primera se refiere a aquellos contrayentes aquejados de una discapacidad física o sensorial que tengan dificultad para la «emisión, interpretación y recepción del consentimiento»; en estos casos, la autoridad o funcionario que tramite el expediente podrá, solo en el escenario de que el contrayente no pueda exteriorizar su voluntad, proveerle los apoyos humanos, técnicos y materiales necesarios, recurriendo a las Administraciones o entidades de iniciativa o social de promoción y protección de los derechos de las personas con discapacidad.

La mejor forma de escrutar este inciso es parangonándolo con la RDGRN 29 octubre 2014, dictada estando en vigor la redacción del artículo 56 del Código Civil dada por la Ley 30/1981, que estudió un supuesto en el que un contrayente que presentaba una hemiplejía con afasia solo podía comunicarse apretando la mano izquierda, existiendo una afectación del lenguaje. Solicitado en el expediente matrimonial el dictamen médico, el mismo determinó que el contrayente no se encontraba capacitado para dar⁸ el consentimiento, «demostrándose incapaz de manifestar verbalmente o por otro medio sus deseos y voluntades». Efectivamente, debido a la hemiplejía, el contrayente tenía obstáculos a la hora de articular los canales de emisión del consentimiento; sin embargo, respecto a su aptitud para prestarlo, en ningún pasaje de la citada resolución se afirmaba, con perspicuidad, que el interesado no tuviese suficientes capacidades cognitivas, intelectivas y volitivas, concurriendo, a lo sumo, una duda, que no certeza, sobre la aptitud de formar una voluntad tendente al matrimonio. Si valoramos que el acta levantada por el médico forense decía que, por la afectación del área del lenguaje, «es posible que también existan alteraciones de la comprensión y el pensamiento imposibles de determinar», y que, en caso de duda, debía abogarse por el *favor matrimonii* de las personas con discapacidad, dado que el *ius nubendi* no puede ser

⁸ Aunque la RDGRN 29 octubre 2014 emplease el verbo *prestar* en relación al dictamen del médico forense, no lo utilizó como sinónimo de la formación interna de la voluntad, en el sentido expuesto por la Resolución-Circular de 23 de diciembre de 2016, sino en referencia a la emisión o exteriorización de la voluntad.

objeto de una interpretación restrictiva, la conclusión es que si los hechos que fueron analizados por la RDGRN 29 octubre 2014 se hubieran producido una vez que entró en vigor la actual redacción del artículo 56 del Código Civil, dicho matrimonio, posiblemente, se habría autorizado, al socaire de que al contrayente con hemiplejía se le habría dispensado el apoyo en la empresa de poder vehiculizar su voluntad, o en palabras de la *dictio legis*, de facilitar «la emisión, interpretación y recepción del consentimiento»⁹.

Por ello, respecto a los supuestos de discapacidad física o sensorial, consideramos que la reforma supone un avance, en tanto en cuanto facilita los mecanismos necesarios para que las personas con este tipo de discapacidad no puedan ver coartado su derecho a contraer matrimonio por meros obstáculos o impedimentos a la hora de exteriorizar su declaración de voluntad.

2.2.2. Contrayentes con discapacidad psíquica, intelectual o mental

Sin embargo, la segunda parte del segundo párrafo del artículo 56 del Código Civil será acreedora de críticas. El mismo hace referencia a que, excepcionalmente, cuando un contrayente presentare una «condición de salud» que, de modo evidente, categórico y sustancial, pueda impedirle prestar el consentimiento matrimonial, pese a los apoyos, se recabará el dictamen médico. La expresión entrecomillada es extraordinariamente ambigua y no rinde tributo al carácter literosuficiente que, a nuestro juicio, debiera tener el precepto legal a tenor del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE). El jurista atento podrá descartar que la expresión «condición de salud» no debe hilvanarse con la discapacidad física o sensorial o con los canales que permiten vehiculizar el consentimiento matrimonial que, previamente, ha formado el contrayente, toda vez que esos supuestos se subsumen en el ámbito de aplicación de la primera parte del segundo párrafo del artículo 56 del Código Civil, al cual nos hemos referido *supra*.

No obstante, late, sobre todo para el profano, la siguiente incógnita: ¿Qué significa «condición de salud» que impida «prestar» el consentimiento matrimonial? O dicho de otro modo ¿La condición de salud tiene que repercutir en la exteriorización de la voluntad del contrayente o en su capacidad para formar o labrar la misma? Sin ningún género de dudas, pese a la opacidad del inciso, la segunda parte del segundo párrafo del artículo 56 del Código Civil se refiere a la discapacidad psíquica, intelectual o mental

⁹ BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, «Protección jurídica de la persona con la capacidad modificada judicialmente. El matrimonio», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 770 (2018), p. 3306, decía que el consentimiento matrimonial podía ser expresado al exterior de cualquier forma, mediante la «expresión, escrita, oral o mediante gestos».

que pueda obstaculizar la formación del consentimiento matrimonial, sin perjuicio de que también puede ser viable la provisión de apoyo a aquellas personas incardinables en la ancianidad que, sin padecer una discapacidad *stricto sensu*, están vinculadas a una situación de dependencia¹⁰, máxime cuando el propio legislador, en la Exposición de Motivos de la LAPCD y concretamente en el artículo 249 del Código Civil, no supedita la dispensa de las medidas de apoyo a una declaración administrativa de discapacidad, avalando la presencia de las mismas para «cualquier persona que las precise»¹¹

Al compás de una interpretación histórica de la norma, debemos ubicar el artículo 56 del Código Civil *in fine* en la Exposición de Motivos de la Ley 4/2017, la cual se remite a la interpretación del artículo 56, según la redacción dada por la LJV, que articuló la Resolución-Circular de 23 de diciembre de 2016, de la Dirección General de los Registros y del Notariado. La misma identificó que la exigencia del dictamen médico se circunscribía a aquellos casos en los que la persona con discapacidad tuviese afectada, exclusivamente y de forma sustancial, la capacidad para «prestar el consentimiento», quedando excluidos «aquellos supuestos en que la discapacidad afecte tan solo a los medios, canales o soportes de emisión» o «nada tenga que ver ni guarde relación con la aptitud para prestarlo». *Ergo*, habida cuenta que para los supuestos de discapacidad sensorial es aplicable la primera parte del segundo párrafo del artículo 56 del Código Civil, y que el verbo «prestar» que emplea la segunda parte, en consonancia con la resolución del centro directivo, se refiere a la aptitud para formar el consentimiento, no a su exteriorización, la conclusión es que donde la *dictio legis* dice «condición de salud» debe leerse «discapacidad psíquica, intelectual o mental».

Valorando que el vocablo «emisión» que usa la primera parte, relativa a la discapacidad física o sensorial, pudiere entenderse como sinónimo de «prestar», empleado por la segunda parte en sede de discapacidad psíquica¹², sería conveniente, de *lege ferenda*, la modificación del segundo párrafo *in fine* del artículo 56 del Código Civil, sobre todo atendiendo a la exigencia de tipicidad de la norma, tributaria del principio de seguridad

¹⁰ HERAS FERNÁNDEZ, María del Mar, «Igualdad jurídica, matrimonio y discapacidad: apoyos y salvaguardias proyectadas», en AA.VV., *La voluntad de la persona protegida. Oportunidades, riesgos y salvaguardias*, Dykinson, Madrid, 2018, p. 230. Es interesante el debate que plantea LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Derecho de Familia, Principios de Derecho Civil, t. VI*, op. cit., pp. 39 y 40, sobre la conveniencia de establecer, de *lege ferenda*, una edad matrimonial máxima.

¹¹ En el mismo sentido el último párrafo de la disposición adicional cuarta del Código Civil.

¹² Si nos remitimos a la RAE podremos comprobar que el verbo *prestar* significa «dar o comunicar», pudiéndose referir, en el ámbito del artículo 56 del Código Civil, tanto a la formación de la voluntad tendente al consentimiento matrimonial, como a la exteriorización de la voluntad; lo mismo cabe decir respecto al verbo *emitir*, que se relaciona en la tercera acepción de la RAE como «dar o manifestar, por escrito o de viva voz, un juicio, un dictamen o una opinión».

jurídica, de forma que quedara redactado del siguiente modo: Sólo en el caso excepcional de que alguno de los contrayentes presentare, en el momento de contraer matrimonio, una discapacidad psíquica, intelectual o mental que, de modo evidente, categórico y sustancial, pueda impedirle comprender el alcance del matrimonio¹³, pese a las medidas de apoyo, se recabará dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento.

Ad abundantiam, creemos que la exigencia del dictamen médico para el matrimonio en peligro de muerte cuando el peligro derive de «enfermedad o estado físico» de alguno de los contrayentes (art. 52 CC) debería ser objeto de reforma a tenor de los postulados de la CDPD, por la exigencia indiscriminada del mismo, pues difícilmente un «estado físico» puede afectar a la prestación del consentimiento.

2.3. ¿El apoyo desvirtúa el carácter *intuitu personae* del matrimonio?

En la doctrina y en la jurisprudencia¹⁴ está consolidada la idea de que el matrimonio es un negocio jurídico *intuitu personae* en sentido estricto. Sin embargo, como apunta DE VERDA Y BEAMONTE, en otros países de nuestro entorno este carácter ha experimentado un retroceso, como por ejemplo en Francia, donde el artículo 460 del Código Civil francés, según la redacción actual, dispone que el matrimonio de una persona sujeta a curatela no está permitido sin la autorización del curador o, en su defecto, del Juez, y, cuando el contrayente esté bajo una tutela, deberá recabarse autorización del Juez o del consejo de familia; precepto que ha sido avalado por la STEDH 25 octubre 2018, declarando que no vulnera el artículo 12 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950¹⁵. Omitiendo la *rara avis* francesa que, dicho sea de paso, representa una intromisión en un negocio existencial, la *opinio iuris* en España aboga por la naturaleza personalísima del matrimonio, lo que implica, a efectos prácticos, que

¹³ Fórmula similar a la que emplea el artículo 665 del Código Civil que regula la capacidad para otorgar el testamento.

¹⁴ Con alguna rara excepción, como la STS 4 noviembre 2015 (RJ 2015, 5138), que, en un caso donde se pedía la incapacitación de una persona que padecía una discapacidad intelectual leve, el Tribunal declaró que, aunque no tuviese anulada la capacidad de obrar, sí estaba limitada, concluyendo que precisaría de un curador para aquellos actos de especial trascendencia, citando expresamente el matrimonio (*vid.* apartado cuarto del fundamento de derecho cuarto y apartado segundo del fallo). En cambio, dicha sentencia fue desvirtuada posteriormente por las SSTS 8 noviembre 2017 (RJ 2017, 4760) y 7 marzo 2018 (RJ 2018, 934), declarando esta última que la curatela, como complemento de la capacidad, no se podía extender al matrimonio.

¹⁵ DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón, «Validez del matrimonio contraído por un contrayente con alzhéimer. Comentario a la STS de España núm. 145/2018, de 15 de marzo (RAJ 2018, 1478)», *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 27 (2019), p. 408.

solo el contrayente se configura como parte en la perfección del mismo, sin que su voluntad pueda ser sustituida o complementada por un tercero¹⁶.

Ya adelantamos que si se equiparase el apoyo al complemento de capacidad que dispensaba al amparo de la derogada regulación el curador a una persona incapacitada parcialmente o con la capacidad modificada judicialmente, el apoyo cristalizado en el artículo 56 del Código Civil respecto a las personas con discapacidad mental o intelectual dejaría en aguas de borrajas el carácter *intuitu personae* del matrimonio¹⁷; en cambio, si lo incardinamos al margen del complemento de capacidad, el carácter personalísimo del matrimonio se mantendría incólume¹⁸.

Hilvanando lo expuesto con las categorías clásicas que han jalonado el esquema expositivo de la capacidad, en la doctrina existen autores que, publicada la LAPCD, han defendido el binomio capacidad jurídica y capacidad de obrar¹⁹. El novísimo instrumento legal deja en el olvido la capacidad de obrar, toda vez que, sin decir expresamente que la misma ha perdido su virtualidad, emplea constantemente las expresiones capacidad jurídica y ejercicio de la capacidad jurídica. Consideramos que, siendo tributaria la capacidad de obrar de la dogmática, no del legislador, difícilmente este podrá derogarla *ex profeso*. No obstante, aunque el citado binarismo pueda ser útil para diferenciar, en la esfera civil, a aquellas personas que, por edad o enfermedad,

¹⁶ El matrimonio por poder (art. 55 CC) no desnaturaliza la concepción personal del consentimiento matrimonial, pues el apoderado no es un representante *stricto sensu*, sino, como dice LASARTE ÁLVAREZ, C., *Derecho de Familia, Principios de Derecho Civil*, t. VI, op. cit., p. 50, «un mero *nuncio*, que se limita a prestar su figura (valga la expresión) para que en términos de etiqueta y protocolo el matrimonio no raye en el ridículo».

¹⁷ Dice DE SALAS MURILLO, Sofía, «Significado jurídico del apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad: presente tras diez años de la Convención», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 5 (2018), pp. 7 y 8, que las medidas de apoyo no tienen por finalidad «suplir ni complementar la voluntad del individuo, sino cooperar a que su voluntad, libremente formada, se exprese y se lleve a través de los medios en los que tales apoyos se materialicen». De manera más específica en relación al matrimonio, HERAS FERNÁNDEZ, María del Mar, «Igualdad jurídica, matrimonio y discapacidad: apoyos y salvaguardias proyectadas», op. cit., pp. 219, 228 y 229, admite que el curador, por la naturaleza personalísima del matrimonio, no puede asistir al acto «puesto que no cabe por su parte ningún tipo de autorización previa, aprobación, confirmación o ratificación de la voluntad matrimonial, al igual que no puede oponerse a su celebración».

¹⁸ No estamos de acuerdo con que el nuevo sistema de apoyo sea una mera «interdicción lingüística» como sostiene PEREÑA VICENTE, Montserrat, «El régimen jurídico de los poderes preventivos en la reforma del Código Civil», en AA.VV., *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad. El Derecho en el umbral de la política*, Marcial Pons, Madrid, 2021, p. 198, pues, como veremos a continuación, identificar el apoyo con el complemento de capacidad desvirtuaría el carácter personalísimo del matrimonio o del testamento.

¹⁹ DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón, «Primeras resoluciones judiciales aplicando la Ley 8/2021, de 2 de junio, en materia de discapacidad», *Diario La Ley* (2022), núm. 10021, pp. 4 y 5; ARNAU MOYA, Federico, «Aspectos polémicos de la Ley 8/2021, de medidas de apoyo a las personas con discapacidad», *Revista Boliviana de Derecho* (2022), núm. 33, p. 561.

no poseen discernimiento alguno, como los recién nacidos o las personas con una oligofrenia severa o un alzhéimer avanzado, de aquellas otras que gozan de plenitud en el ejercicio de sus derechos, sin embargo, resulta inoperante o insuficiente, de acuerdo con la LAPCD, en la tarea de identificar el término intermedio, esto es, aquellos *tertium genus* que discurren entre los que carecen, absolutamente, de aptitudes cognitivas e intelectivas para formar su voluntad y aquellos otros que gozan de plenitud, pues donde antes se decía «capacidad de obrar restringida»²⁰, situada, generalmente, en el eje de la incapacitación parcial o de la modificación de la capacidad, ahora no es posible dicha denominación²¹, en virtud del artículo 269 del Código Civil *in fine* que veta, en la provisión de apoyo vía judicial, la privación de derechos.

Por ello, hemos de preguntarnos, en consonancia con el leitmotiv que vertebra este apartado, lo siguiente: ¿Se pueden conceptuar las medidas de apoyo como un complemento de capacidad? O formulado de otro modo ¿El apoyo complementa la capacidad? Aunque haya autores que abogan por esta identificación²², en nuestra opinión no, salvo que se quiera incurrir en una suerte de reduccionismo al abrigo de un manido juego de palabras (habrá quienes pensarán, por la palabra «discapacidad», que

²⁰ Autores como O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, *Compendio de Derecho Civil, t. I, Introducción y parte general del Derecho civil, Derecho de la persona*, Ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2022, p. 295, sigue empleando dicha denominación, aún sabiendas de la entrada en vigor de la LAPCD.

²¹ *Ad abundantiam*, precisamos que, con la legislación anterior, tenía sentido el *nomen* «capacidad de obrar restringida» o «capacidad de obrar limitada», pues la autoridad judicial podía en sentencia limitar, total o parcialmente, la capacidad de obrar y proveer el nombramiento de un curador que complementara la limitada capacidad de obrar de la persona encorsetada en el proceso. Hasta la publicación de la LAPCD el ordenamiento jurídico español no contemplaba las ayudas a tenor del modelo proteccionista que albergaba, pues a costa de vestir la protección, se desvestía la libertad y la integración. Conforme a los postulados de la CDPD, el nuevo paradigma consiste en dispensar a la persona con discapacidad las ayudas precisas para que, en el momento de perfección de cualquier acto o negocio jurídico, esta actúe de manera autónoma (salvo los casos donde precise de una representación) o, dicho de otro modo, con plena capacidad, coadyuvando el apoyo a dicho fin. Si una persona con discapacidad ha sido auxiliada para que, por ejemplo, pueda firmar en solitario un contrato, sin ningún tipo de complemento bajo el ropaje de la asistencia o de la autorización ¿Qué sentido tiene decir que la persona con discapacidad tiene una capacidad de obrar restringida si gracias al apoyo ha podido actuar con plena capacidad?

²² Puede verse, por ejemplo, MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos, «Curatela y representación: cinco tesis heterodoxas y un estrambote», en AA.VV., *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 264, que tacha la asistencia como un «mecanismo de complemento de capacidad», diciendo que «para la validez del acto tienen que consentir los dos, curador y curatelado». Véase también SERRANO CHAMORRO, María Eugenia, «Consideraciones sobre la capacidad jurídica versus capacidad de ejercicio tras los nuevos cambios legislativos: criterios jurisprudenciales», *Actualidad Civil* (2022), núm. 2, pp. 4, 6, 15 y 16. Tampoco los Tribunales se han inhibido en tachar el apoyo como un complemento de capacidad, como la SAP Cádiz 27 octubre 2021 (JUR 2022, 40753), que, estando en vigor la LAPCD, se refiere al apoyo del curador asistencial como complemento de capacidad [*vid.* fundamento de derecho cuarto y apartado tercero letra a) del fallo].

el prefijo «dis» le despoja a las personas que la padecen, total o parcialmente, de capacidad y, por ende, precisa de alguien que la complemente); el apoyo, tal y como lo ha configurado el legislador español partiendo de los principios de la CDPD, y con excepción de los que tienen una arquitectura representativa, adquiere protagonismo en el proceso deliberativo de gestación del consentimiento de las personas con discapacidad, es decir, en el proceso interno de formación de una voluntad consciente y libre, sin que deba, ni pueda, intervenir en la fase de perfección del negocio jurídico, pues de lo contrario la persona asistida de apoyo, lejos de actuar con independencia, autonomía y libertad, estaría encorsetada a la autorización de un tercero, en contra de los principios de la CDPD. Así, donde el curador, antes de la publicación de la LAPCD, intervenía en el acto final mediante la asistencia o la autorización, el actual adquiere protagonismo en la travesía deliberativa, con el noble propósito de que la persona con discapacidad exteriorice una voluntad personal, libre y responsable. Insistimos, si, llegado el caso, la persona con discapacidad no es capaz de construir una voluntad pese al apoyo, es entonces cuando intervendrá el de corte representativo, teniendo vetada aquella la perfección de los actos o negocios *intuitu personae*²³.

²³ Similar senda argumentativa secunda LECIÑENA IBARRA, Ascensión, «Reflexiones sobre la formación de la voluntad negocial en personas que precisan apoyos en el ejercicio de su capacidad jurídica», *Revista de Derecho Civil*, vol. IX (2022), núm. 1, pp. 259 y 265. SERRANO CHAMORRO, María Eugenia, «Consideraciones sobre la capacidad jurídica versus capacidad de ejercicio tras los nuevos cambios legislativos: criterios jurisprudenciales», op. cit., pp. 8 y 11, citada *supra*, defiende una postura ambigua y confusa, pues a pesar de calificar el apoyo o la asistencia como una suerte de complemento de capacidad (*vid.* pp. 4, 6, 15 y 16.), con todo lo que ello conlleva, en otros pasajes de su trabajo parece identificar el apoyo según los postulados de la CDPD que aquí hemos defendido. Puede verse la p. 8, donde dice, en relación a las medidas de apoyo, que «no tienen que consistir necesariamente en prestar su asistencia para el acto o negocio jurídico pretendido, sino en prestar un apoyo de tal naturaleza que dicha persona pueda expresar su consentimiento en igualdad de condiciones con cualquier otra persona no afectada por una discapacidad», o la p. 11, donde explica que, a raíz de la reforma, «la persona con discapacidad será la que, con los apoyos y asistencia que necesite, decida sobre celebrar o no un negocio, con quién y cuál será su contenido». No compartimos el prisma de la autora cuando, respecto al apoyo, emplea el *nomen iuris* de complemento de capacidad; la capacidad se mantiene indemne, sea la persona discapacitada o no, el apoyo, a lo sumo, lo que complementa es el proceso de formación de la voluntad. Mantener la tesis contraria no resistiría a nuestro juicio la siguiente cuestión: Si el apoyo complementa la capacidad ¿Por qué no será necesaria la firma del curador, por ejemplo, en el acta matrimonial o en cualquier negocio jurídico si dispensó al contrayente el apoyo previsto en el artículo 56 del Código Civil? o ¿Por qué no es necesaria la autorización de la persona que brinda el apoyo en cualquier acto o negocio jurídico? Porque el apoyo, cuya importancia y virtualidad se visualiza *ex ante*, es lo que permite que la persona con discapacidad pueda perfeccionar el acto o negocio jurídico con «plena capacidad», o mejor dicho, prestando un consentimiento libre, autónomo e independiente. En palabras de GARCÍA RUBIO, María Paz, «La reforma operada por la Ley 8/2021 en materia de apoyo a las personas con discapacidad: planteamiento general de sus aspectos civiles», en AA.VV., *El nuevo Derecho de las capacidades*, Wolters Kluwers, Madrid, 2021, p. 63, «en la configuración de la nueva Ley el apoyo lejos de ser un fin en sí mismo, se perfila como un medio».

Situándonos en el artículo 56 del Código Civil *in fine*, y reiterando lo anterior, el apoyo que se le dispensa al contrayente con discapacidad psíquica o intelectual no complementa su capacidad, sino que dota al mismo de las herramientas precisas para que pueda formar su propia voluntad, es decir, se le auxilia o ayuda a que tome su propio proceso de toma de decisiones en orden al matrimonio. Si el apoyo previsto en el artículo 56 se contemplara como un complemento de capacidad²⁴, el tercero que dispensa el apoyo tendría que dar su aquiescencia a la persona con discapacidad, toda vez que el complemento de capacidad es coetáneo a la perfección del negocio jurídico, erigiéndose como presupuesto de validez del mismo. Pero como quiera que el apoyo opera *ex ante*, configurándose, mediante la ayuda y el consejo, como un mecanismo que posibilita la autonomía y la libertad de la persona con discapacidad, será esta, única y exclusivamente, quien decidirá en el momento final si desea o no contraer matrimonio.

Por ende, en ningún caso el apoyo desnaturaliza el carácter personalísimo del matrimonio, toda vez que el *ius nubendi* lo ejerce, con total autonomía e independencia, la persona con discapacidad, auxiliándose previamente del apoyo para poder comprender el alcance y los efectos del matrimonio, sin que sea exigible la concurrencia del mismo en el acto de celebración, ya que que el contrayente, si posee suficiente capacidad, habrá formado su voluntad previamente, para luego exteriorizarla²⁵.

²⁴ El complemento de capacidad no ha sido derogado totalmente por el legislador, encontrándose vigente para los menores emancipados (véase el artículo 247 CC en relación con el primer párrafo del apartado VI de la Exposición de Motivos de la LAPCD, y el artículo 235.3º CC).

²⁵ Lo explica, con gran magisterio, PÉREZ GALLARDO, Leonardo Bernardino, «El testamento otorgado con apoyos por persona con discapacidad ¿una quimera?», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (2020), núm. 782, pp. 3632 y 3633: «los apoyos constituyen los tentáculos que emplean las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica [...] Apoyo significa desarrollar una relación y formas de trabajar con otra u otras personas, hacer posible que una persona se exprese por sí misma y comunique sus deseos, en el marco de un acuerdo de confianza y respeto de la voluntad de esa persona. *En modo alguno supone sustituir, suplantar, complementar, la voluntad de esa persona*» (cursiva nuestra). Posteriormente, y remitiéndose previamente al Derecho argentino, el autor dice: «Si este es el sentido con el que se interpreta la función de los apoyos, en nada riñe la naturaleza personalísima del negocio testamentaria con la posibilidad de que en su otorgamiento puedan intervenir los apoyos, al margen de las consideraciones que ulteriormente se hagan y sin negar, como ya lo han hecho algunos autores al criticar la Observación general núm. 1, las circunstancias en que puedan estar incursas ciertas personas con discapacidad intelectual o psicosocial, que no les permite expresar su voluntad para lo cual está prevista la presencia de apoyos intensos, con facultades de representación, aun con carácter excepcional; supuestos en los que no será posible el otorgamiento del testamento, como tampoco de convertirse en codecisor o complemento en el ejercicio de la capacidad testamentaria». Huelga decir que, aunque el meritado autor vertiera dichas consideraciones en relación al negocio jurídico testamentario, las mismas son extensibles al matrimonio, toda vez que ambos negocios son *intuitu personae*.

2.4. La provisión de apoyo en el expediente matrimonial

Como hemos expuesto *supra*, una adecuada exégesis del segundo párrafo del artículo 56 del Código Civil conlleva que si el contrayente tiene una discapacidad psíquica, mental o intelectual, la autoridad o funcionario que tramite el expediente deberá comprobar personalmente si aquel tiene las suficientes facultades cognitivas para prestar el consentimiento matrimonial y, solo en el supuesto de que se demuestre, de modo evidente, categórico y sustancial, que no puede prestarlo, pese a las medidas de apoyo, se recabará dictamen médico. A pesar de concebir el legislador la exigencia del dictamen médico como la *última ratio*, toda vez que el encargado del expediente deberá comprobar, *ex ante*, su aptitud para prestar el consentimiento, la Instrucción de 3 de junio de 2021, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, sobre la tramitación del procedimiento de autorización de matrimonio ante notario, exige que el promotor aporte al inicio del procedimiento un informe sobre su aptitud realizado por el médico de cabecera o médico especialista, donde se haga constar si tiene las facultades necesarias para prestar el consentimiento matrimonial²⁶. Si hilvanamos el artículo 56 del Código Civil con la citada Instrucción, podemos concluir que esta última se aparta, drásticamente, del principio *pro capacitate* y de los postulados de la CDPD²⁷, al albergar de manera implícita una presunción de que las personas con discapacidad no poseen la necesaria aptitud para prestar el consentimiento matrimonial.

2.4.1. Finalidad del apoyo

Omitiendo la meritada Instrucción, cabe plantearse la funcionalidad de las medidas de apoyo o, mejor dicho, su objetivo. Cualquier jurista contestaría, a vuela pluma, que las medidas de apoyo pretenden que la persona con discapacidad pueda comprender el

²⁶ Así lo dispone el apartado cuarto: «[...] para el caso excepcional de que alguno de los contrayentes presentare una condición de salud que, de modo evidente, categórico y sustancial pueda impedirle prestar el consentimiento matrimonial pese a las medidas de apoyo, por los promotores se aportarán inicialmente acompañando a su solicitud o por requerimiento del Notario autorizante en trámite de subsanación, el informe o los informes, en relación con su aptitud, realizados por su médico de cabecera o médico especialista que le esté tratando y en los que se manifiesten las circunstancias en relación con la aptitud o no para prestar el consentimiento. Si tras ser requeridos para su subsanación, no aportasen estos documentos, el Notario dictará resolución de inadmisión del procedimiento en el acta por no subsanar la falta de elemento imprescindible para fundar su juicio de capacidad. En caso de aportarse, el Notario iniciará o continuará el acta de autorización y, en trámite de prueba, hará una valoración de la capacidad de los contrayentes. Si lo estima necesario para corroborar cualquier dato dudoso o paliar la insuficiencia de los informes inicialmente aportados, teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 56 párrafo 2.º del Código Civil, solicitará informe pericial médico dirimente sobre la capacidad. Y, en función de los informes recabados resolverá la autorización o no del matrimonio».

²⁷ En el mismo sentido, MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, Nieves, «Discapacidad y Derecho de Familia. Nuevos principios, nuevas normas», op. cit., p. 320.

negocio matrimonial y sus efectos, es decir, como irradiaría en su patrimonio jurídico el matrimonio. Dicha comprensión no significa, por ejemplo, que el contrayente conozca, con exhaustividad y en sentido técnico, los efectos personales y patrimoniales del matrimonio, sino que pueda hacerse una noción en la esfera del profano. No obstante, late la incógnita de si el apoyo puede auxiliar al contrayente a efectos de librarlo de otras causas de nulidad relacionadas con el consentimiento matrimonial, como la reserva mental. Debe tenerse en cuenta que la hipótesis de la reserva mental planteada a título de ejemplo implicaría un juicio valorativo en relación con el otro contrayente, y ello podría poner en cuarentena el carácter *intuitu personae* del matrimonio. No nos referimos a supuestos donde se haya de valorar la idoneidad o conveniencia del matrimonio por circunstancias fácticas del otro consorte (su carácter, su economía, sus condiciones de salud, la diferencia de edad, etc.), sino si este actúa concibiendo el matrimonio como una suerte de *Caballo de Troya* con el fin de conseguir beneficios espurios que no estén ligados, principalmente, al negocio matrimonial.

A nuestro juicio, valorando que las personas con discapacidad psíquica, intelectual o mental se pueden encontrar, en determinados casos, en una situación de vulnerabilidad en relación al contrayente y que la finalidad del expediente matrimonial es asegurar la veracidad del consentimiento matrimonial, implicando no solo que los contrayentes tengan aptitud para prestarlo, sino también que el mismo se presente huérfano de cualquier vicio que pudiese dar lugar a una nulidad, podría afirmarse que las medidas de apoyo deben extenderse a toda ayuda que precise la persona para librarlo de cualquier vicisitud que pudiera invalidar el matrimonio²⁸.

Lamentablemente, a veces las medidas de apoyo no son suficientes para conseguir dicha empresa; piénsese en un contrayente con discapacidad que está sometido a una curatela y fue nombrado curador una fundación o persona jurídica (segundo párrafo del artículo 275.1 CC). A veces estas entidades no conocen el entorno social ni la idiosincrasia de la persona con discapacidad y, en el expediente matrimonial, quizás hasta puedan desconocer la identidad del otro consorte. En estos escenarios, es posible que el apoyo no tenga la potencialidad, *per se*, para librar a la persona con discapacidad de un supuesto de reserva mental articulado por el otro contrayente. Por ello, como apunta Guilarte Martín-Calero, sería conveniente que, toda vez que no es solo objeto de control la aptitud de la persona para prestar el consentimiento matrimonial, sino también aquellas circunstancias que puedan afectar al mismo, como los matrimonios *in articulo mortis* o los de complacencia, que el encargado del

²⁸ Así se infiere de la Instrucción 9 enero 1995 y 31 enero 2006, de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

expediente recabe, ante la sospecha de un vicio, un informe familiar, social y psicosocial de los interesados, en virtud del artículo 58.5 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (LRC)²⁹.

2.4.2. El contrayente desprovisto de apoyo

Es posible que en el expediente matrimonial la autoridad o funcionario competente constate que el contrayente con discapacidad no posee la suficiente aptitud cognitiva e intelectual para prestar el consentimiento matrimonial. El artículo 56 del Código Civil dispone que, antes de recabar el dictamen médico, el encargado deberá comprobar si aquel es capaz de formar su voluntad con la presencia de medidas de apoyo.

La orfandad de apoyo parece que no es un inconveniente cuando la persona con discapacidad va a otorgar testamento, toda vez que el artículo 665 del Código Civil contempla el apoyo institucional del Notario. Esta posibilidad no está prevista en el artículo 56 del Código Civil y, a nuestro juicio, no podría ser objeto de aplicación analógica, en sentido estricto, en el expediente matrimonial³⁰, por tres razones. La primera es que el legislador patrio contempló el apoyo institucional del Notario en el ámbito testamentario, no reformando el artículo 56 con ocasión de la LAPCD atribuyéndole dicha competencia a la autoridad o funcionario encargado del acta matrimonial. En segundo lugar, aunque tanto el testamento como el matrimonio sean negocios *intuitu personae* y existenciales, el primero tiene una sustantividad patrimonial, mientras que en el segundo adquiere preponderancia el elemento personal³¹, pudiendo tener —aunque no siempre— más virtualidad el apoyo institucionalizado en el testamento, toda vez que este auxilia y asesora al testador con discapacidad para comprender el alcance de sus disposiciones, las cuales generalmente serán patrimoniales; sin embargo, para dispensar el apoyo que implica el consentimiento matrimonial, la figura del Notario excedería de las funciones que tiene

²⁹ GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, «Matrimonio y discapacidad», *Derecho Privado y Constitución* (2018), núm. 32, pp. 83 y 84.

³⁰ Aboga por esta posibilidad NIETO ALONSO, Antonia, «Artículo 1330», en AA.VV., *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, Civitas, Pamplona, 2022, p. 686.

³¹ Que en el testamento adquiera relevancia el elemento patrimonial no quiere decir que el personal brille por su ausencia, al socaire de que, conforme al contenido atípico del testamento, es posible que el testamento contenga disposiciones totalmente ajenas a la disposición patrimonial, como el reconocimiento de un hijo no matrimonial (art. 120.2º CC), a pesar de la incompleta definición que luce en el artículo 667 del Código Civil [para un mayor análisis puede verse GÓMEZ VALENZUELA, Manuel Ángel, «Problemática de testar mediante medios digitales en tiempos de epidemia: análisis, de lege lata y de lege ferenda, de la modernización de las formas testamentarias», en AA.VV., *Declaración de voluntad en un entorno virtual*, Aranzadi, Pamplona, 2021, pp. 268 y 269]. Y a la inversa, aunque el matrimonio conlleve la asunción por los cónyuges de unos deberes de carácter personal, el elemento patrimonial también está presente, siendo imposible la existencia de un matrimonio sin régimen económico.

atribuidas, pues el Notario, aunque tenga que informar y dispensar a los interesados un asesoramiento técnico, puede servir de apoyo en la empresa de evitar captaciones de voluntad, no obstante, dudosamente podrá ejercer un apoyo para auxiliar a la persona con discapacidad a fin de formar un consentimiento a tenor de su voluntad, deseos y preferencias, por una razón elemental: la persona que ejerce la medida de apoyo tendrá que mantener un contacto estrecho y personal con la persona a la que va a prestar apoyo (art. 282 CC), mientras que el Notario desconocerá, por la carencia de dicho contacto, las inquietudes personales y la trayectoria de la persona con discapacidad, no pudiendo dispensar, por lógicas razones, un apoyo en el matrimonio que vaya más allá de la función de salvaguardia de los posibles defectos o vicios de la voluntad³². La tercera razón por la cual no es defendible, merced de la aplicación analógica del artículo 665 del Código Civil, el apoyo institucional, gravita en torno a que el Notario no tiene por qué ser, necesariamente, la autoridad que tramite el expediente, pudiendo instruirlo otras autoridades y funcionarios entre cuyas funciones no se encuentra, ni siquiera vía analógica, la de ejercer medidas de apoyo.

Es cierto que el término apoyo es muy amplio, abarcando heterogéneas actuaciones, pudiendo darse el caso de que la mera aportación técnica del Notario ayude al contrayente con discapacidad a hacerse una noción del matrimonio y poder formar una voluntad para el ejercicio del *ius nubendi*. En tal caso, debatir sobre el devenir del apoyo cuando el contrayente carece de medidas judiciales, voluntarias o informales de apoyo carece de razón de ser conforme al principio de necesidad, toda vez que no se pueden establecer medidas más allá de las necesarias para las personas con discapacidad. Pero habrá casos donde, a pesar de la ayuda técnica del Notario, este dude de las facultades del contrayente para prestar el consentimiento. A nuestro juicio, antes de solicitar el dictamen médico, el encargado deberá efectuar cuantas diligencias sean necesarias para que el contrayente con discapacidad posea en el expediente matrimonial alguna medida de apoyo es el sentido genuino del término. Si tras dicha diligencia y la intervención del apoyo el encargado considera que el contrayente no puede prestar el consentimiento matrimonial, pese a las medidas de apoyo solicitadas, será cuando podrá recabar el dictamen médico. A nuestro juicio, desvirtuaría el

³² Prueba de ello es que ni la Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862 (LN) ni el el Decreto de 2 de junio de 1944 por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado (RN), han sido objeto de adaptación por la LAPCD, contemplando, entre las funciones del Notario, la de apoyar a la persona con discapacidad para comprender el alcance de sus disposiciones. Es cierto que el último párrafo del artículo 25 LN contempla la posibilidad, a fin de garantizar la accesibilidad de las personas con discapacidad, que el Notario utilice apoyos y realice los ajustes razonables, pero, como se infiere del tenor literal del precepto, dicho apoyo se ciñe a las personas que, por una discapacidad sensorial o física, tengan problemas en los canales de exteriorización de la voluntad, no para formarla.

contenido del artículo 56 del Código Civil aquellas prácticas en las que el encargado, ante la presencia en el expediente de un contrayente con discapacidad desprovisto de apoyo, recabe directamente el dictamen médico esgrimiendo que él personalmente ha tratado de ayudar al interesado y pese a la ayuda ha llegado a la conclusión de que no tiene las facultades suficientes para conformar su voluntad en orden al matrimonio.

Por tanto, descartada la posibilidad de que el encargado del expediente matrimonial dispense personalmente el apoyo cuando el contrayente con discapacidad carezca del mismo, cabe visualizar varias opciones: La primera sería que el encargado del acta matrimonial suspenda el expediente, en virtud de los artículos 22.2 letra b) y 87 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), aplicables por mor de la Disposición final primera de la LRC, que consagra la aplicación supletoria de la LPACAP, y ponga los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal en aras de la incoación de un expediente de provisión de medidas judiciales de apoyo [artículo 42 bis a).3]. La segunda consistiría en suspender el expediente y proponer el nombramiento de un defensor judicial ex artículo 295.5º del Código Civil. La tercera se basaría en dar audiencia a los parientes o personas allegadas de la persona con discapacidad psíquica a fin de que le presten un apoyo puntual, únicamente, en el contexto del artículo 56 CC (posibilidad que tendría, parcialmente, una apoyatura legal en el artículo 58.5 LRC). Por último, tendríamos la opción contemplada en el artículo 253 del Código Civil, que prevé que, en caso de urgencia y en defecto de guardador de hecho, el apoyo se preste provisionalmente por la entidad pública que tenga encomendada la provisión de apoyo en el respectivo territorio (previsión análoga a la ideada por el artículo 56 del Código Civil para las personas con discapacidad física o sensorial que pretendan contraer matrimonio y tengan obstáculos a la hora de exteriorizar su voluntad). Como cada propuesta alberga sus inconvenientes, aquí nos decantaremos por la que estimamos más loable.

La primera, que conllevaría la suspensión del expediente matrimonial y la incoación de otro procedimiento de provisión de medidas de apoyo, podría vislumbrarse lesiva y desproporcionada para la persona con discapacidad, más si atendemos a la saturación crónica de la administración de justicia, pues el contrayente vería como el futuro matrimonio se demora *sine die*, pudiendo haber otras medidas que, con más mayor celeridad y prontitud, puedan cumplir la misma función que prestaría el curador en el expediente matrimonial. La segunda opción sería acreedora de las mismas desventajas, toda vez que el nombramiento de un defensor judicial conllevaría la incoación de un proceso de jurisdicción voluntaria con la correlativa suspensión del expediente matrimonial. La tercera albergaría, salvo alguna excepción, una contradicción ontológica; si los parientes o allegados del contrayente con discapacidad dan apoyo a

este en el ámbito del artículo 56 del Código Civil, compareciendo a instancia del instructor y no del contrayente con discapacidad, dudosamente se puede afirmar que el apoyo dispensado por tales personas fuese deseado, pues de ser así el mismo contrayente habría comunicado en el expediente que tiene una persona que le puede dispensar el apoyo necesario a fin de formar su voluntad, sin necesidad de que la autoridad o funcionario competente se remita a la diligencia prevista en el artículo 58.5 LRC. Se podría establecer parangón con la guarda de hecho, si una persona con discapacidad precisa de apoyo para un determinado acto o negocio jurídico y el guardador de hecho no comparece para brindarle la ayuda que precisa, una de dos: o bien la persona con discapacidad no confía en el apoyo del guardador, o la guarda de hecho no está funcionando correctamente. La cuarta opción, que vemos más viable por la similitud que comparte respecto a la primera parte del artículo 56 —discapacidad física o sensorial— es la aplicación del artículo 253 del Código Civil, que dispone que «Cuando una persona se encuentre en situación que exija apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica de modo urgente y carezca de un guardador de hecho, el apoyo se prestará de modo provisional por la entidad pública que en el respectivo territorio tenga encomendada esta función (...)»; todo dependerá del significado y alcance del vocablo «urgencia» y, más concretamente, si el apoyo que pudiere necesitar el contrayente con discapacidad reviste o no carácter urgente³³. A nuestro modo de ver sí, pues si parangonamos la aplicación del artículo 253 con el resto de alternativas propuestas, que podría conllevar la suspensión del expediente matrimonial —tanto la incoación de un procedimiento de provisión de medidas de apoyo de carácter judicial como el del nombramiento del defensor judicial, la prestación de apoyo por una entidad pública es la opción que resultaría, a la postre, menos lesiva para la persona con discapacidad que desea contraer matrimonio. Todo ello sin perjuicio de que, aun en el caso de que el escenario planteado no se subsuma en el supuesto de hecho del artículo 253, se podría vindicar que la entidad pública preste apoyo al contrayente desprovisto de él por mor de una aplicación analógica del primer inciso del segundo párrafo del artículo 56. De lo contrario, no tendría sentido que fuera posible recurrir, *ab initio* del expediente, a las Administraciones o entidades de promoción y protección de los derechos de las personas con discapacidad para dotar de apoyos al contrayente que tiene problemas para exteriorizar o emitir su voluntad y no sea posible cuando el mismo, aquejado de una discapacidad psíquica, mental o intelectual, no tenga medidas

³³ Expone ÁLVAREZ LATA, Natalia, «Artículos 249 al 253», en AA.VV., *Comentarios al Código Civil*, Aranzadi, Pamplona, 2021, p. 478, que la medida de apoyo provisional prevista en el artículo 253 del Código Civil está ideada, además de para situaciones de internamiento de la persona con discapacidad, en relación a la «*asistencia puntual* para prestación de consentimiento médico u otra *situación de urgencia patrimonial o personal* que precise de la intervención de una medida de apoyo que no existe de hecho» (cursiva nuestra).

de apoyo judiciales, informales o voluntarias y precise del mismo para formar su voluntad en orden al matrimonio, máxime cuando descartar dicha posibilidad podría suponer, en la práctica, una discriminación a las personas con discapacidad, que verían como el expediente matrimonial se demoraría *ad eternum* al tener que suspenderse e incoarse, al alimón, otro expediente de provisión de apoyo, existiendo otra alternativa que, sin dejar despojada de apoyo a la persona con discapacidad, se vislumbra más ágil y eficaz.

No queremos con esta tesis prescindir de las reglas procedimentales, sino hallar una solución proporcional y garantista para aquellas personas con discapacidad que precisan de apoyo para prestar el consentimiento matrimonial y comparecen en el expediente sin medidas de apoyo judiciales, informales o voluntarias.

2.5. Procedencia y potencialidad decisoria del dictamen médico

Parece que el artículo 56 del Código Civil deja poco margen al encargado del expediente matrimonial respecto del dictamen médico. El último inciso establece que solo en el caso que, «de modo evidente, categórico y sustancial», el contrayente, por razón de su discapacidad psíquica, mental o intelectual, no pueda prestar el consentimiento, pese al apoyo, se tendrá que recabar dictamen médico cuya elaboración deberá estar ligada con la aptitud de este para ejercer el *ius nubendi* y prevenir la influencia indebida de terceras personas. Pese a que actualmente la procedencia del dictamen médico se concibe, de mano del legislador, como la *última ratio*³⁴, de acuerdo con el principio *pro capacitate*, no bastando, en palabras de DE VERDA Y BEAMONTE, «*meras dudas*, sino que se requiere *certeza* respecto a la capacidad natural del contrayente»³⁵, el apartado cuarto de la Instrucción de la Dirección General

³⁴ No compartimos la óptica de SÁNCHEZ GÓMEZ, Amelia, «El matrimonio de las personas con discapacidad: reflexiones críticas sobre las últimas reformas del artículo 56.2º. del Código Civil», *Revista de Derecho Privado* (2020), núm. 1, p. 54, respecto a que el dictamen médico opera como un control inicial de capacidad. A nuestro juicio, valorando la presunción de que todos los sujetos tienen facultades para conformar su voluntad, con independencia de la discapacidad, el encargado durante la tramitación deberá comprobar personalmente si el contrayente aquejado de una discapacidad psíquica, mental o intelectual tiene aptitud para prestar el consentimiento matrimonial, articulando al efecto todas las medidas de apoyo que sean necesarias; si, practicadas las diligencias pertinentes, el encargado llega a la convicción de que el contrayente no tiene la aptitud necesaria para casarse, será entonces cuando tendrá que solicitar el dictamen médico. Si se vindicara la procedencia del dictamen *ab initio* del expediente, como si de una suerte de automatismo se tratara, estaríamos adhiriéndonos a aquellos planteamientos, propios del modelo médico de la discapacidad, consistentes en presumir que las personas con discapacidad no tienen las suficientes facultades intelectivas y volitivas para operar en el mundo jurídico.

³⁵ DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón, «Capacidad para contraer matrimonio de las personas con discapacidad», cit., p. 710.

de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 3 de junio de 2021, sobre la tramitación del procedimiento de autorización de matrimonio ante notarios, que recoge los criterios de actuación del Notario cuando estos sean competentes, permite a los Notarios exigir a las personas que presenten una discapacidad que les impida prestar el consentimiento un informe médico sobre su aptitud para darlo, pudiendo el Notario no admitir a trámite la solicitud de incoación del expediente matrimonial si, tras ser requerido, el contrayente no aporta dicho documento. La imposición de estas trabas, que van más allá de lo que exige el artículo 56, cercena los derechos de las personas con discapacidad. Lamentablemente, la discriminación que alberga la citada Instrucción no desemboca aquí, pues pese a concebirse el dictamen médico como una garantía de las personas con discapacidad que podría coadyuvar a evitar la vulneración del *ius nubendi*, la necesidad del mismo se convierte en potestativa para el Notario, disponiendo el centro directivo que, tras la valoración por fedatario público de las facultades de los contrayentes, aquel podrá recabar el informe pericial médico dirimente sobre la capacidad solo si lo estima necesario³⁶. La Instrucción olvida que la petición del dictamen, más que una potestad, es una obligación del encargado de tramitar el expediente matrimonial a fin de que la denegación de autorización del matrimonio no presente ningún atisbo de duda conforme al principio *favor matrimonii*³⁷. Es decir, si el contrayente no puede prestar el consentimiento pese a las medidas de apoyo no se podrá denegar, sin más, la autorización del matrimonio, sino que se tendrá que recabar dictamen médico, debiéndose concebir como una diligencia imperativa para el Notario, sin que pueda inhibirse en dicha solicitud, pues el dictamen se erige aquí como el último bastión de los derechos de las personas con discapacidad, teniendo como fin lograr la convicción de que, detrás de toda denegación de autorización del matrimonio, hay una prueba pericial que lo avala.

Sumergiéndonos, someramente, en la potencialidad decisoria del dictamen médico, la RDGRN 1 diciembre 1987, dijo que el dictamen no es vinculante para el instructor del expediente, de modo que este podía autorizar el matrimonio pese al sentido negativo del dictamen, y a la inversa, denegar la autorización pese al aval del facultativo; todo ello sin perjuicio, remitiéndonos a la RDGRN 9 octubre 1993, de que ante la duda se debe autorizar el matrimonio para garantizar el *ius connubii*, ya que cualquier limitación del mismo debe fundamentarse en una «certeza racional absoluta del obstáculo o impedimento legal».

³⁶ El propio centro directivo, en las RRDGRN 19 octubre 2011 y 18 julio 2013, ha zanjado que no podrá denegarse la autorización del matrimonio bajo el pretexto de una presunta falta de capacidad de los contrayentes sin el dictamen médico preceptivo, llegando a ordenar incluso la retroacción del expediente para la emisión del mismo.

³⁷ SSTs 8 noviembre 2017 (RJ 2017, 4760) y 15 marzo 2018 (RJ 2018, 1478).

A nuestro juicio, cabe sostener que, si el médico aboga por que el contrayente con discapacidad tiene aptitud para contraer matrimonio, el encargado no podrá denegar la autorización, salvo que, en relación al otro contrayente, aprecie algún tipo de reserva mental u otra circunstancia análoga. Generalmente, siempre que el dictamen médico es favorable en orden al *ius nubendi* del contrayente con discapacidad, la DGRN ha sido proclive a su autorización, con alguna rara excepción, como el caso que desembocó en la RDGRN 2 junio 1999, donde una mujer, incapacitada judicialmente, que deseaba contraer matrimonio, presentaba un retraso mental, con una edad mental entre siete y once años. Solicitado el examen del médico forense, este evacuó un informe afirmando que, pese al retraso mental, la interesada presentaba «una limitación afectiva muy ligera que le permite tener aptitud para prestar el consentimiento matrimonial». A pesar de ello, el centro directivo confirmó el auto del encargado denegando la autorización del matrimonio. Cabría preguntarse si, fijada actualmente la edad núbil en dieciochos años, que puede rebajarse a dieciséis si el menor está emancipado, se podría autorizar un matrimonio en el que el contrayente con discapacidad presenta una edad mental entre catorce y dieciséis años.

Ahora plantearemos la relevancia del dictamen desde el prisma opuesto, esto es, si habiendo advertido el médico forense que el contrayente no tiene aptitud para prestar el consentimiento matrimonial, el encargado podría desligarse de la prueba pericial y autorizar el matrimonio. Sin perjuicio de que suscribimos la afirmación de BERROCAL LANZAROT de que el dictamen médico no vincula al encargado y que este debe guiarse por el criterio del *favor matrimonii*, el interés de los contrayentes y, no menos importante, el derecho al *ius nubendi* de la persona con discapacidad³⁸, ciertamente, la actual dicción del artículo 56 del Código Civil deja poco margen al encargado, pues si este solicitó el dictamen médico porque comprobó, personalmente, que la persona con discapacidad, de modo evidente, categórico y sustancial, no tenía aptitud para prestar el consentimiento matrimonial, pese al apoyo, dudosamente aquel podrá cambiar de criterio si la prueba pericial confirma la falta de aptitud en orden al matrimonio.

3. CAPACIDAD PARA OTORGAR CAPITULACIONES MATRIMONIALES

Al hilo de nuestra disertación sobre si las medidas de apoyo desvirtuaban el carácter *intuitu personae* del matrimonio, expusimos que el matrimonio había sido concebido por la doctrina como un negocio jurídico personalísimo *stricto sensu*. Dijimos *stricto sensu* porque a diferencia, *ad exemplum*, de las capitulaciones matrimoniales, que han

³⁸ BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, «Protección jurídica de la persona con la capacidad modificada judicialmente. El matrimonio», op. cit., p. 3305.

sido catalogadas por la doctrina española como un negocio *intuitu personae*³⁹, pese a que su validez había estado a merced, si el otorgante estaba incapacitado judicialmente o era menor, de la derogada asistencia o complemento de capacidad de los progenitores, del tutor o del curador, en el matrimonio no se ha admitido representación ni complemento de capacidad de ningún tipo. Es por ello que habría sido más preciso distinguir entre negocios jurídicos personalísimos *stricto sensu*, que serían aquellos que no podían estar sujetos a ningún tipo de representación ni de complemento, como el matrimonio, de aquellos negocios personalísimos *lato sensu*, que, pese a albergar características propias de los actos personalísimos, como la exclusión de la representación en su otorgamiento o perfección, sí podían estar supeditados a la intervención de un tercero a modo de complemento. No obstante, seguramente este binomio que ahora proponemos vaya perdiendo virtualidad, al menos, en el ámbito del matrimonio y de las capitulaciones matrimoniales, como veremos a continuación.

El artículo 1330 del Código Civil, antes de la publicación de la LAPCD, disponía que el incapacitado judicialmente podía otorgar capitulaciones matrimoniales con la asistencia de sus padres, tutor o curador. La reforma ha derogado el citado precepto, toda vez que la figura del incapacitado y todo lo que dicho estado civil conllevaba ha quedado relegada al baúl de los recuerdos, con permiso de la utópica disposición transitoria segunda de la LAPCD. De la misma manera que la redacción derogada del 1330 no tenía un engarce con los principios de la CDPD, el legislador podría haber aprovechado en 2021 para reformar el artículo 1329, que sigue contemplando la capacidad capitular del menor no emancipado cuando este, desde 2015, año en el que entró en vigor la LJV, no tiene capacidad para contraer matrimonio (art. 46.1º CC).

El legislador, de haber supeditado el otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales por las personas con discapacidad a la asistencia de los progenitores, del tutor o del curador, habría entrado en una grave contradicción con las nuevas previsiones de la reforma, toda vez que circunscribió la constitución de la tutela para aquellos casos en los que hay un menor no emancipado en situación de desamparo (*cfr.* art. 199.1º y art. 172 CC) o no sujeto a patria potestad (art. 199.2º CC), y, además, suprimió la patria

³⁹ Díez Pícazo, Luis, «El negocio jurídico del Derecho de familia», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (1962), núm. 6, pp. 783 y 784; Lacruz Berdejo, José Luis, *Derecho de Familia. El matrimonio y su economía*, op. cit., p. 278; Lete del Río, José Manuel, «Sujetos de las capitulaciones matrimoniales», *Anuario de Derecho Civil*, t. XXXVI (1983), pp. 397-420; Amorós Guardiola, Manuel, «De las capitulaciones matrimoniales», en AA.VV., *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. II, Tecnos, Madrid, 1984, p. 1553; Sánchez Gómez, Amelia, «Capacidad capitular de las personas con discapacidad psíquica o intelectual», *Revista de Derecho Privado* (2020), núm. 6, pp. 45 y 46; O'Callaghan Muñoz, Xavier, *Compendio de Derecho Civil*, t. IV, *Derecho de la familia*, op. cit., p. 115.

potestad prorrogada y rehabilitada mediante la derogación del artículo 171 del Código Civil.

A mayor abundamiento, el automatismo de exigir el antiguo complemento de capacidad de la «asistencia» o, ahora, la intervención de las medidas de apoyo, sin previo examen de las facultades intelectivas y volitivas del otorgante, supondría contrariar la CDPD, en concreto, el artículo 23.1, que proscribía la discriminación contra las personas con discapacidad en todas las cuestiones relacionadas con el matrimonio y la familia, y el artículo 12.5 que consagra un mandato para los Estados de adoptar todas las medidas que garanticen la igualdad de condiciones para las personas con discapacidad a fin de que puedan controlar sus propios asuntos económicos.

Dada la raigambre contractual que tienen las capitulaciones matrimoniales, hasta tal punto de que en la redacción originaria del Código Civil se denominaban «contratos sobre bienes con ocasión del matrimonio» (*vid.* Título III del Libro IV), y de la remisión que efectúa el artículo 1335 a las reglas generales de los contratos en cuanto a la invalidez de las mismas⁴⁰, estimamos que el juicio de aptitud del otorgante con discapacidad deberá hacerse a tenor de la presunción de capacidad del artículo 1263, cuya dicción, tras la LAPCD, eliminó la regla general de que las personas con la capacidad modificada judicialmente no podían prestar el consentimiento.

Adentrándonos en la capacidad capitular de las personas con discapacidad, y desligándonos de la regla *habilis ad nuptias habilis ad pacta nuptialia*, ya que no es lo mismo contraer matrimonio que otorgar capitulaciones matrimoniales, siendo este último un negocio más complejo, debemos de partir de la siguiente premisa: las capitulaciones matrimoniales constituyen negocio jurídico personalísimo, estando proscrita cualquier medida de apoyo con facultades de representación. *A priori*, la

⁴⁰ Que parte de la arquitectura legal de las capitulaciones matrimoniales sea equivalente a la de los contratos no quiere decir que la naturaleza jurídica del pacto capitular sea contractual, a pesar de que inveterada doctrina, representada por LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Derecho de Familia. El matrimonio y su economía*, op. cit., pp. 271 y 272 (*vid.* además, LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Derecho de Familia, Principios de Derecho Civil*, t. VI, op. cit., 154), así lo hayan concebido. Se podría decir que todo dependerá del concepto que tengamos de contrato, pues si se entendiera que es un negocio jurídico patrimonial que consiste en un intercambio de bienes o servicios difícilmente se podría argüir que las capitulaciones matrimoniales tienen naturaleza contractual, sin embargo, si se concibiera el contrato como un negocio jurídico con sustantividad patrimonial el pacto capitular podría encajar en dicho concepto. En nuestra opinión, como quiera que las capitulaciones matrimoniales es un negocio complejo capaz de abarcar actos jurídicos familiares, como el reconocimiento de la filiación, o disposiciones genuinamente testamentarias, como la promesa de mejorar a uno de los hijos comunes, lo más loable será identificar el pacto capitular como un negocio jurídico de Derecho de familia (O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, *Compendio de Derecho Civil*, t. IV, *Derecho de la familia*, op. cit., p. 114), a fin de evitar caer en el reduccionismo de identificarlo con un contrato con todas las consecuencias que ello podría traer consigo.

persona con discapacidad podrá otorgar capitulaciones matrimoniales sin necesidad de apoyo, dada la presunción de capacidad; solo en el caso de que, a juicio del Notario, el otorgante no presente las suficientes facultades deberá entrar el apoyo que sea necesario y, si pese al apoyo, aquel no puede conformar su voluntad, no podrá otorgar capitulaciones matrimoniales, rigiéndose el matrimonio por el régimen de sociedad de gananciales (art. 1316 CC).

El leitmotiv es quién podrá dispensar el apoyo que pudiere precisar el otorgante. Podría salir a la palestra el siguiente silogismo en cuanto a aquellas personas con discapacidad que no tienen, *per se*, las suficientes facultades intelectivas y volitivas para otorgar capitulaciones matrimoniales: como quiera que las capitulaciones matrimoniales deben perfeccionarse ante Notario (art. 1327 CC), este podrá dispensar a la persona con discapacidad el apoyo necesario para que puedan comprender y manifestar el alcance de sus disposiciones, ayudándole en el proceso de toma de decisiones, tal y como encomienda el legislador al fedatario público en sede testamentaria (art. 665 CC)⁴¹.

En nuestra opinión, no es posible la aplicación analógica del «apoyo institucional» en sede de capitulaciones matrimoniales, ya que el fundamento del artículo 665 del Código Civil es preciso, pese a que no lo dijera el legislador en la LAPCD. Aunque la Exposición de Motivos ensalce el valor y la solidaridad familiar para dignificar la figura de la guarda de hecho, el legislador, en el ámbito testamentario, albergó suspicacias de los lazos familiares, entendiendo que estos, al amparo de un «falso apoyo», sean el caldo de cultivo de captaciones de voluntad del pariente que, por el deterioro de sus facultades, precisa de ayuda para exteriorizar o conformar su última voluntad⁴². Justificado o no este recelo, el artículo 665 consagró el apoyo institucional del Notario, omitiendo, al menos sobre la literalidad de la norma, la posibilidad de la funcionalidad de las medidas de apoyo judiciales, voluntarias o informales en sede testamentaria. Dada la redacción del artículo 665, lo lógico habría sido disponer en el artículo 1330 que si el otorgante con discapacidad, a juicio del Notario, no puede comprender el alcance de sus disposiciones, este procurará que el otorgante desarrolle su propio proceso de toma de decisiones apoyándole en su comprensión y razonamiento y facilitando, con los ajustes que resulten necesarios, que pueda expresar su voluntad, deseos y preferencias. No obstante, no despierta el mismo celo el testamento, del cual

⁴¹ Aboga por esta posibilidad NIETO ALONSO, Antonia, «Artículo 1330», op. cit., pp. 689 y 690.

⁴² PÉREZ GALLARDO, Leonardo Bernardino, «El testamento otorgado con apoyos por persona con discapacidad ¿una quimera?», op. cit., p. 3644. se muestra crítico con aquellos planteamientos legales que, al abrigo de evitar posibles suplantaciones o captaciones de voluntad de la persona con discapacidad, niegan la presencia o intervención de los apoyos judiciales, voluntarios o informales en sede testamentaria.

se puede beneficiar cualquier pariente o incluso un tercero, que las capitulaciones matrimoniales, ya que el único sujeto que puede, generalmente, experimentar un beneficio y protagonizar, por ende, una captación de la voluntad, es el otro cónyuge, que sería excluido del apoyo en el pacto capitular por un evidente conflicto de intereses.

Con este planteamiento no queremos excluir la posibilidad de que el Notario pueda dispensar eventualmente un apoyo, pues si el otorgante con discapacidad puede comprender el alcance de las capitulaciones matrimoniales gracias a la labor técnica del Notario el debate se diluye como un terrón de azúcar en un café caliente, pues el concepto de apoyo es muy amplio; pero sí rechazamos aquellas construcciones que pretenden sacralizar el apoyo institucional del Notario excluyendo el resto de medidas, máxime cuando puede ser que algunas medidas de apoyo, como las voluntarias, emanen de la soberana voluntad de la persona con discapacidad que pretende otorgar capitulaciones matrimoniales.

4. GESTIÓN Y DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES: EXÉGESIS DE LOS ARTÍCULOS 1387 Y 1393.1º DEL CÓDIGO CIVIL

Entre las modificaciones de la LAPCD que afectaron al Derecho de familia nos encontramos con los artículos 1387 y 1393.1º del Código Civil. Dichos preceptos, ubicados en el ámbito del régimen económico de la sociedad de gananciales, decían, antes de la reforma, que la administración y disposición de los bienes de la sociedad de gananciales se transferiría *ope legis* al cónyuge que fuera tutor o representante legal de su consorte (art. 1387 CC) y, a su vez, si uno de los cónyuges fuere judicialmente incapacitado, declarado pródigo, ausente o en quiebra o concurso de acreedores, o condenado por abandono de familia, el otro podría pedir la disolución judicial de la sociedad de gananciales (art. 1393.1º CC). Para la disolución judicial de la sociedad de gananciales no era necesario que el cónyuge solicitante hubiere sido designado tutor o curador de su consorte, bastaba que este se encontrare en algunos de los supuestos previstos en la dicción legal⁴³.

Ahora el artículo 1387 del Código Civil reza que «La administración y disposición de los bienes de la sociedad de gananciales se transferirá por ministerio de la ley al cónyuge

⁴³ No ocurría lo mismo para la administración y disposición de los bienes gananciales *ex* artículo 1387 del Código Civil, pues, como dice LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Derecho de Familia, Principios de Derecho Civil, t. VI*, op. cit., p. 201, si al cónyuge incapacitado se le nombraba un tutor distinto o se designaba al consorte tutor de la persona pero no de los bienes, no se transfería *ope legis* las facultades de administración y disposición (aunque el autor, conforme a la edición publicada después de la entrada en vigor de la LAPCD, diga «tutor», debe entenderse «curador»).

nombrado curador de su consorte con discapacidad, cuando le hayan sido atribuidas *facultades de representación plena*», y el artículo 1393.1º dispone que la sociedad de gananciales se disolverá por decisión judicial, entre otros casos, «Si respecto del otro cónyuge se hubieren dispuesto judicialmente medidas de apoyo que impliquen *facultades de representación plena* en la esfera patrimonial, si hubiere sido declarado ausente o en concurso, o condenado por abandono de familia».

La inteligencia de los preceptos, que trataremos al alimón, resulta complicada, como veremos a continuación.

4.1. ¿Qué significa *facultades de representación plena*?

El apartado III de la Exposición de Motivos de la LAPCD, previa descripción del término apoyo remitiéndose a las consideraciones de las Observaciones del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, reconoce que habrá situaciones en las que el apoyo solo pueda concretarse mediante la representación en la toma de decisiones. En el mismo apartado el legislador revela, respecto a la curatela, que esta se configura como una medida de apoyo de origen judicial cuya finalidad es la asistencia, el apoyo y la ayuda en el ejercicio de la capacidad jurídica, pudiendo atribuirse al curador, excepcionalmente, funciones representativas. Adentrándonos en el articulado, el artículo 249 del Código Civil prevé que «En casos excepcionales, cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona, las medidas de apoyo podrán incluir funciones representativas», debiendo tenerse en cuenta, a la hora de ejercer la representación, la trayectoria vital de la persona con discapacidad, con el noble fin de integrar su voluntad y no sustituirla. En sede de curatela, el artículo 269 dispone que la curatela representativa será excepcional, debiendo determinar la resolución judicial que la constituya, motivadamente, «los *actos concretos* en los que el curador habrá de asumir la representación de la persona con discapacidad». De la lectura del artículo 269 se infiere, *prima facie*, que la curatela representativa no podrá constituirse *in genere*, sino que deberá precisarse, de manera concreta, los actos a los que se extenderá la representación.

El nudo gordiano del artículo 269 del Código Civil, sin embargo, es si el Juez, a la hora de constituir una curatela con facultades de representación, deberá determinar, de manera concreta y detallada, los actos a los que se extiende la representación, o bien podrá atribuir al curador funciones representativas en el ámbito personal y patrimonial de la persona con discapacidad, exceptuando, como no podía ser de otro modo, los actos previstos en el artículo 287.

La cuestión no es baladí, pues, en la empresa de descifrar la expresión «facultades de representación plena» invernada en los artículos 1387 y 1393.1º del Código Civil, cabría dos opciones: ora que se identifique con la extensión de la representación, ora que se relacione con su intensidad. La RAE no resuelve la incógnita, pues la primera acepción del término *pleno* dice «complemento y lleno» (extensión), y la segunda relaciona el adjetivo con «la parte central o más intensa de un tiempo, un lugar, un proceso» (intensidad).

4.1.1. El apoyo representativo en cuanto a su extensión

De acuerdo con su extensión, podemos diferenciar entre aquellas medidas de apoyo con facultades de representación que concede el Juez a la persona que dispensa el apoyo para actos concretos y determinados (representación concreta), de aquellas otras que afectan de modo general⁴⁴ a la esfera personal y patrimonial de la persona con discapacidad (representación general), con excepción de los negocios jurídicos existenciales y los actos previstos en el artículo 287 del Código Civil⁴⁵.

Un ejemplo paradigmático de representación concreta podemos ubicarlo en la SAP Valladolid 7 diciembre 2021 (JUR 2022, 95431), que estudió un supuesto de una persona que padecía un trastorno delirante de tipo persecutorio sin conciencia de la enfermedad ni tratamiento y que se proyectaba en el ámbito judicial, por las abundantes denuncias que presentaba el demandado a profesionales del sistema judicial o a políticos. La sentencia, valorando que el demandado se negaba a la ingesta de medicamentos por la inconsciencia de la enfermedad y que el trastorno persecutorio se extrapolaba en las denuncias que presentaba, estableció una curatela representativa que se concretaba en las actuaciones relativas a la salud del demandado (toma de medicamentos, pautas alimenticias y tratamiento «que debe recibir voluntaria o involuntariamente»), y aquellas a realizar en el ámbito administrativo y judicial («presentación de escritos, reclamaciones, quejas, denuncias, querellas o

⁴⁴ Adelantamos que la idea de la representación general no es un planteamiento que sea acreedor de un consenso en el seno de la doctrina, pudiendo citarse, *ad exemplum*, a TORAL LARA, Estrella, «Las medidas de apoyo judiciales e informales en el nuevo sistema de provisión de apoyos del Código Civil», op. cit., 158, que arguye que «no existe habilitación para conferir al curador una legitimación de orden general que abarque el conjunto de actos de la vida civil del necesitado de apoyo».

⁴⁵ En opinión de BARBA, Vincenzo, «Principios generales de las medidas de apoyo en el marco de la convención de Nueva York», op. cit., p. 88, «debe considerarse improcedente una medida que indique determinados actos en términos generales y, por tanto, una medida que se refiere a actos de administración extraordinaria, o a actos de enajenación de bienes inmuebles, o a actos de enajenación gratuita». El autor, con acierto, excluye la posibilidad de que el Juez conceda al apoyo funciones representativas que incidan en los actos previstos en el artículo 287 del Código Civil, pues la dicción legal prevé que el curador, aunque ejerza funciones representativas, necesitara autorización judicial «en todo caso».

cualesquiera otros escrito de naturaleza similar»). La curatela no se extendió al ámbito patrimonial, dada cuenta de que no existía una prueba concluyente de que el trastorno delirante afectaba a la gestión de su patrimonio.

Respecto a la representación general, quizás una lectura literal del 269 podría conducir a descartarla, toda vez que el legislador circunscribe la representación a «actos concretos»⁴⁶. A pesar de que LAPCD eliminó de la Exposición de Motivos la fórmula que contenía su homóloga en el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad que avalaba la representación general⁴⁷, consideramos que negar la legitimidad de la representación general y ceñirla a actos concretos se alejaría del traje a medida⁴⁸ que trata de dignificar la LAPCD, ya que hay casos extremos en los que la persona necesitada de apoyo, por carecer absolutamente de facultades cognitivas e intelectivas para formar una voluntad, debe ser representada en múltiples facetas de la vida diaria, abarcando la representación desde el plano personal o médico, como el tratamiento o la ingesta de la medicación, hasta el patrimonial⁴⁹. A pesar de que puede inferirse lo contrario de los artículos 249 y 269, GARCÍA RUBIO apuesta, en casos extremos, por la representación general. La autora arguye que la regla general es el apoyo en forma de asistencia y la excepción es el apoyo representativo, quedando en último lugar la representación «*plena o general*», que la cataloga como «excepción dentro de la excepción»⁵⁰. Llama la atención las palabras que elige la autora —representación «*plena o general*»—, identificando la representación plena con la general, coincidiendo aquella expresión con la que emplean los artículos 1387 y 1393.1º.

4.1.2. El apoyo representativo en cuanto a su intensidad

Las medidas de apoyo, en cuanto a su intensidad, pueden clasificarse, a nuestro juicio, en integradoras y sustitutivas. Las primeras están tipificadas, mientras que las segundas han pasado al olvido del legislador patrio. En cuanto a las medidas de apoyo con facultades de representación integradoras, el artículo 249 del Código Civil dice, efectivamente, que «en casos excepcionales, cuando, pese a haberse hecho un

⁴⁶ RIBOT IGUALADA, Jordi, «La nueva curatela», op. cit., p. 225, niega la posibilidad de una curatela representativa general.

⁴⁷ Vid. apartado III de la Exposición de Motivos del Anteproyecto: «No obstante, en los casos en los que sea preciso, será posible atribuir al curador funciones representativas, que solo de manera excepcional y ante casos especialmente graves de discapacidad, podrán tener *alcance general*».

⁴⁸ Vid. STS 1 julio 2014 (RJ 2014, 4518).

⁴⁹ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos, «Curatela y representación: cinco tesis heterodoxas y un estrambote», op. cit., p. 265.

⁵⁰ GARCÍA RUBIO, María Paz, «La reforma operada por la Ley 8/2021 en materia de apoyo a las personas con discapacidad: planteamiento general de sus aspectos civiles», op. cit., p. 64.

esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona, las medidas de apoyo podrán incluir funciones representativas», para proseguir indicando que, en el ejercicio de la representación, «se deberá tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir la representación». A diferencia de lo que ocurría con la tutela de las personas incapacitadas, ya no se tiene que atender al interés del incapacitado en el ejercicio de la representación⁵¹, sino a la trayectoria vital de la persona con discapacidad, esto es, a la decisión que habría tomado en caso de no tener mermadas, o anuladas, sus facultades intelectivas y cognitivas. Decir que en estos escenarios la medida de apoyo es sustitutiva, amén de significar un reduccionismo, se aleja de los principios de la CDPD, pues la persona que brinda el apoyo de corte representativo no sustituye su voluntad por la de la persona con discapacidad, sino que debe hacer un esfuerzo para averiguar, partiendo de la trayectoria vital, la decisión que habría tomado la persona acreedora del apoyo y, a tal fin, el artículo 282, con buen criterio, cristaliza el deber del curador, extensible a las restantes medidas de apoyo como la guarda de hecho, de «mantener contacto personal con la persona a la que va a prestar apoyo y a desempeñar las funciones encomendadas con la diligencia debida»⁵².

⁵¹ No obstante, el artículo 268 del Código Civil, según la redacción vigente antes de la entrada en vigor de la LAPCD, ponía en valor el pasado del pupilo en el ejercicio de la tutela, disponiendo que los tutores ejercerían su cargo de acuerdo con la personalidad de aquellos.

⁵² En este punto, no estamos de acuerdo con aquellos autores, como DE TORRES PEREA, José Manuel, «Las medidas de apoyo a la discapacidad (IV) La excepción: La curatela representativa. Casos en que procede. Especialidades del cargo. Régimen jurídico», en AA.VV., *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Atelier, Barcelona, 2022, p. 362, que identifica la curatela representativa con la derogada tutela, pues mientras en la tutela el tutor tenía que actuar conforme al interés del incapacitado, sustituyendo su voluntad, en la curatela representativa, como regla general, no hay una sustitución de voluntad, sino una reconstrucción de la voluntad de la persona con discapacidad que, por el deterioro de sus facultades cognitivas e intelectivas, no puede conformarla, sirviendo de asidero para dicha reconstrucción su trayectoria vital. Solo en casos excepcionales, y en ausencia de una trayectoria vital, la medida de apoyo con facultades de representación tendrá naturaleza representativa. Por ende, no podemos suscribir aseveraciones como que «la curatela representativa ha venido en cierto grado a ocupar el lugar de la anterior tutela», pues se está haciendo de la excepción la regla general. VIVAS TESÓN, Inmaculada, «Curatela y asistencia», op. cit., p. 281, arguye, en relación a la curatela representativa y la capacidad decisiva de la persona con discapacidad, que «solo de manera muy excepcional es posible su sustitución por una tercera persona, la cual, buena conocedora de la trayectoria vital de la persona con discapacidad, deberá decidir siempre atendiendo a sus criterios, valores y creencias, pese a que no los comparta». El razonamiento, *prima facie*, podría ser compartido en este trabajo, sin embargo, no podemos suscribir que, en casos donde la persona con discapacidad tenga una trayectoria vital ligada a la autonomía de la voluntad, las facultades de representación tengan naturaleza sustitutiva, pues el curador no sustituye su voluntad por

Ahora bien, habrá casos en donde la persona provista de apoyo no haya disfrutado de una trayectoria vital ligada al principio de la autonomía de la voluntad. Piénsese en los nacidos con una oligofrenia extrema, en el grado de la idiocia, que, pese a haber llegado a la mayoría de edad, no poseen suficientes facultades ni tan siquiera para haber aprendido un lenguaje articulado. En estos escenarios extremos, donde la persona no es capaz *per se* de formar ni expresar ningún tipo de voluntad ni deseo, sería inocuo y estéril hablar de reconstrucción o integración de la voluntad o, en palabras del artículo 249 del Código Civil, de averiguar la trayectoria vital de la persona con discapacidad y, en concreto, sus creencias y valores a fin de discernir la decisión que esta habría tomado, siendo menester abogar por la representación sustitutiva⁵³, cuyo eje de coordenadas estaría en el interés superior de la persona con discapacidad o, en palabras de DE VERDA, en la salvaguarda de su dignidad personal⁵⁴.

la de la persona con discapacidad, sino que integra la de esta al compás de sus creencias, valores y anhelos.

⁵³ La Observación General Primera parece que desconoce los variados matices de la realidad al decir lo que sigue: «Cuando pese a haberse hecho un esfuerzo considerable determinar la voluntad y las preferencias de una persona, la determinación del «el 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 salvaguarda 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». La citada Observación parece que desconoce que ciertas personas desde su nacimiento no presentan las aptitudes cognitivas e intelectivas suficientes para formar un deseo y preferencia, careciendo de una trayectoria vital ligada a la autonomía de la voluntad. En estos casos, tal y como sostiene CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, Santiago, «La curatela: ¿una nueva institución?», en AA.VV., *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 225, debe contarse con un criterio objetivo tendente a la protección de los intereses personales y patrimoniales de la persona con discapacidad. PAU, Antonio, «De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código Civil», *Revista de Derecho Civil*, vol. V (2018), núm. 3, p. 9, defiende que cuando la voluntad de la persona con discapacidad no pueda expresarse ni reconstruirse entrará en juego el mejor interés. En la misma senda puede verse SÁNCHEZ GÓMEZ, Amelia, «Reflexiones a propósito del Proyecto de Ley de 17 de julio de 2020 por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica», *Revista de Derecho Civil*, vol. VII (2020), núm. 5, pp. 419, 420 y 423; SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Ángel, «Aspectos generales de la reforma del Código Civil relativa a las personas con discapacidad intelectual en el ejercicio de su capacidad jurídica», *Revista Boliviana de Derecho* (2020), núm. 33, p. 23. PAU, Antonio, «De la incapacitación al apoyo: El nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código Civil», op. cit., p. 9, y GARCÍA RUBIO, María Paz y MORO ALMARAZ, María Jesús, «Artículo 250», op. cit., pp. 236 y 237, que, reconociendo que en supuestos graves resultará imposible averiguar la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, porque nunca ha podido interactuar con su entorno, la representación, de carácter general o plena, será sustitutiva.

⁵⁴ DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón, «Primeras resoluciones judiciales aplicando la Ley 8/2021, de 2 de junio, en materia de discapacidad», op. cit., p. 16, apuesta por sustituir el interés superior de la persona con discapacidad por el principio constitucional de dignidad personal (art. 10 CE), teniendo como asidero esta postura el primer párrafo del artículo 249 del Código Civil, que establece que «las medidas de apoyo deberán estar inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos

4.1.3. Conclusiones

Teniendo todas las herramientas para postularnos sobre la expresión «representación plena» que utilizan los artículos 1387 y 1393.1º, dibujaremos unas breves conclusiones.

La primera es que el vocablo «plena» hace referencia a la medida de apoyo representativa en cuanto a su extensión, no respecto a su intensidad, pues lo mismo da que la representación sea integradora que sustitutiva, dada cuenta que el cónyuge, por la merma de sus facultades, no podrá formar su voluntad respecto a la administración y gestión de los bienes gananciales. Siempre que haya un cónyuge habrá una persona que reúna una trayectoria vital que descartaría, de plano, la representación sustitutiva, y si el consorte tiene una curatela representativa general, o en palabras de los citados artículos «plena», este, a la hora de gestionar los bienes comunes a fuer del artículo 1387, deberá valorar no solo la decisión que personalmente tomaría, sino también la que habría adoptado su consorte conforme a su otrora voluntad y preferencias. A pesar de que la LAPCD eliminará de su Exposición de Motivos la fórmula de la representación general que albergaba el Anteproyecto, entendemos que, aunque el artículo 269 hable de actos concretos, ello no es óbice para que se declare una representación general, pues el fallo de la resolución judicial puede enumerar, de manera detallada y específica, los actos personales y patrimoniales a los que se extiende la representación y llegarse a la conclusión, de acuerdo con la prolija enumeración, que la medida de apoyo representativa se contempla *in genere* (salvo los actos existenciales y los previstos en el artículo 276 CC). Lo que veta el legislador, a nuestro juicio, es que el Juez establezca, sin más, una barra libre representativa, alejándose del principio de necesidad y proporcionalidad y sin concretar la extensión de la representación, que deberá estar ligada a las particularidades del caso y a las aptitudes de la persona con discapacidad.

La segunda conclusión responde a la incógnita de si la representación general que activaría los artículos 1387 y 1393.1ª del Código Civil debe comprender los aspectos personales y patrimoniales del cónyuge o solamente estos últimos⁵⁵, dado que otros

fundamentales». Ciertamente es que la diferencia entre ambos conceptos es complicada de encontrar, sin embargo, la virtualidad de este último concepto reside en que es acreedor de una apoyatura en nuestro ordenamiento jurídico (*vid.* arts. 10 CE o 249 CC), al contrario que el interés superior, que ha sido borrado de un plumazo por el legislador patrio. También PETIT SÁNCHEZ, Milagros, «La adopción de medidas de apoyo para las personas con discapacidad: armonización entre la autonomía de la voluntad y el mejor interés», *Revista de Derecho Civil*, vol. VII (2020), núm. 5, p. 269 aboga por este planteamiento, diciendo que la voluntad de la persona con discapacidad no debe ser incompatible con la salvaguarda de su interés, en tanto en cuanto estas son sujetos de derechos, con el correlativo «reconocimiento a su integridad y dignidad en igualdad de condiciones que el resto».

⁵⁵ Debe depararse que, conforme al traje a medida, el concepto de curatela es flexible, pudiendo contemplar múltiples posibilidades, pudiéndose combinar, como dice PEREÑA VICENTE, Montserrat, «Una

preceptos especifican la extensión de la representación⁵⁶. Parangonando los citados preceptos con el artículo 1700.5º del Código Civil, se podría decir, *prima facie*, que la representación plena o general que permitiría al cónyuge gestionar unilateralmente los bienes o pedir la disolución judicial de la sociedad de gananciales sería aquella que se extiende al ámbito personal y patrimonial, pues el artículo 1700.5º establece que la sociedad constituida a raíz de un contrato se extingue, entre otras causas, cuando «respecto de algunos de los socios se hubieren dispuesto medidas de apoyo que impliquen facultades de representación plena en la esfera patrimonial». Podría llegarse a la conclusión, leyendo el aserto transcrito, que como quiera que el legislador no articula dicha matización en sede de sociedad de gananciales, la representación plena que activaría los artículos citados *ab initio* de este párrafo sería aquella que vaya más allá de los aspectos puramente patrimoniales, pues de querer limitarse a estos últimos habría hecho una previsión *ad hoc* como la que alberga el artículo 1700.5º. Sin embargo, descartando una interpretación *ad pedem litterae* y sistemática y adhiriéndonos a una hermenéutica ligada a la lógica, apostamos, con Pereña Vicente, porque sería suficiente para subsumir en el supuesto de hecho de los artículos 1387 y 1393.1º que la curatela con facultades de representación se extienda a todos los actos y negocios de naturaleza patrimonial⁵⁷, salvo los previstos en el artículo 287, dada cuenta que tanto la gestión de los bienes comunes, como la disolución de la sociedad de gananciales constituyen aspectos estrictamente patrimoniales.

4.2. ¿Los artículos 1387 y 1393.1º del Código Civil excluyen del supuesto de hecho la provisión de apoyo con facultades de representación a través de una guarda de hecho?

Tal y como se colige de los artículos 1387 y 1393.1º del Código Civil, el cónyuge que sea nombrado curador de su consorte con facultades de representación plena tendrá dos opciones en la futura singladura de la sociedad de gananciales: gestionar los bienes comunes, pudiendo administrar y disponer de ellos, o pedir en el Juzgado la disolución de la sociedad conyugal. Si respecto al cónyuge con discapacidad se hubieren dispuesto medidas de apoyo con facultades de representación plena y este apoyo no lo

contribución a la interpretación del régimen jurídico de las medidas de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica consagrada en la Ley 8/2021, de 2 de junio», cit., p. 161, funciones de asistencia para unos ámbitos y de representación para otros. Ejemplo de ello es la SAP Navarra 21 octubre 2021 (JUR 2022, 57209), que constituye una curatela asistencial para los actos relacionados con la salud, en especial, en lo relativo a la supervisión de la toma de medicación o la autorización de tratamientos médicos complejos, y con facultades de representación en el ámbito patrimonial [vid. SAP A Coruña 11 noviembre 2021 (JUR 2022, 48293), SAP Asturias 1 diciembre 2021 (JUR 2022, 67383), SAP Madrid 20 diciembre 2021 (JUR 2022, 65517)].

⁵⁶ El legislador, raíz de la LAPCD, emplea la expresión *representación plena* en los artículos 22.2 letra c), 120º, 1700.5º y 1903 del Código Civil.

⁵⁷ PEREÑA VICENTE, Montserrat, «Una contribución a la interpretación del régimen jurídico de las medidas de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica consagrada en la Ley 8/2021, de 2 de junio», cit., p. 180.

dispensare el consorte, este podrá solicitar, única y exclusivamente, la disolución judicial de la sociedad, sin que pueda gestionar unilateralmente los bienes comunes⁵⁸.

El problema es que el legislador, pese a reconocer en la Exposición de Motivos de la LAPCD que la guarda de hecho es una institución jurídica de apoyo y que puede ser permanente «cuando se manifiesta como suficiente y adecuada para la salvaguarda de los derechos de las personas con discapacidad», la margina en el ámbito de los artículos 1387 y 1393.1º, no contemplando, en el primer precepto, que el cónyuge que ostente la guarda de hecho de su consorte con facultades de representación tendrá, por ministerio de la ley, la administración y disposición de los bienes gananciales, y, en el segundo, omitiendo igualmente que si el cónyuge estuviese bajo una guarda de hecho y esta comprendiese facultades de representación, el consorte podrá pedir la disolución judicial de la sociedad, con independencia, en este último caso, de la persona que dispense el apoyo informal.

Pero cabe plantearse, a los efectos dialécticos, lo siguiente: ¿Qué ocurriría, en el ámbito de los artículos 1387 y 1393.1º, si el cónyuge tiene la guarda de hecho de su consorte, dando aquel, de manera informal, el apoyo que precisa, abarcando la guarda incluso facultades de representación *ex* artículo 264? Una lectura literal de los meritados artículos conduciría a sostener, apodócticamente, que el cónyuge no tendría *ope legis* la gestión de los bienes comunes, teniendo que solicitar judicialmente la administración de los bienes *ex* artículo 1388 del Código Civil, no debiéndose extender la concesión judicial a la disposición, toda vez que el precepto solo menciona los actos de administración. Respecto a la disolución, como quiera que la guarda de hecho es una medida de apoyo y esta puede albergar funciones de representación por mor de una autorización judicial (art. 264 CC), el cónyuge, *a priori*, podría solicitar judicialmente la disolución de la sociedad de gananciales.

No obstante, el problema, tanto en la gestión de los bienes comunes como en la disolución, es el siguiente: hay que valorar que la guarda de hecho no precisa de resolución judicial, siendo una medida de apoyo informal avalada o, si se quiere, legalizada o institucionalizada por el legislador. Cuando la persona con discapacidad no tenga el discernimiento suficiente para formar una voluntad, el guardador podrá tener funciones representativas. La lectura del artículo 264 del Código Civil lleva a pensar que, si la guarda de hecho precisara de facultades de representación, el guardador deberá pedir autorización judicial, la cual se materializará en una posterior resolución

⁵⁸ Consideraba RAMS ALBESA, citado por CASTÁN TOBEÑAS, J, *Derecho civil español, común y foral. t. V. Derecho de familia. vol. I. Relaciones conyugales*, cit., p. 509, que en estos casos donde el cónyuge no era nombrado tutor de su consorte se producía un peligroso vacío en la gestión de los bienes comunes.

oponible a terceros. Si se da esta circunstancia y la representación es plena, abarcando el ámbito patrimonial conforme a lo expuesto *supra*⁵⁹, el cónyuge, sea o no guardador, podrá pedir la disolución judicial de la sociedad de gananciales, aportando al efecto la resolución judicial que confiere al guardador de hecho funciones representativas (art. 1393.1º CC *in fine*), dada cuenta que el artículo 1393.1º, al contrario del artículo 1387, no menciona la curatela, sino que habla, en general, de «medidas de apoyo que impliquen facultades de representación plena» y que estas medidas se «hubieren dispuesto judicialmente». Si la guarda de hecho con facultades de representación precisa de autorización judicial es evidente que la misma se subsume en el supuesto de hecho de la norma. Sin embargo, resulta excluida del artículo 1387, el cual solo habla de curatela, excluyendo, al menos implícitamente, la guarda de hecho.

Esto quiere decir que, cuando el cónyuge esté a merced de una guarda de hecho con facultades de representación plena, el consorte podrá pedir la disolución de la sociedad de gananciales y que, en cambio, tiene vetado, aunque sea guardador, la administración y disposición de los bienes comunes. Si el legislador ha generalizado, y por qué no decir institucionalizado, la guarda de hecho, configurándola como la principal medida de apoyo si presenta un funcionamiento correcto ¿se podría afirmar que el cónyuge que tenga la guarda de hecho de su consorte con facultades de representación plena podrá administrar y disponer unilateralmente los bienes gananciales? Incógnita complicada de resolver.

El lector podría aventurar que habría que incoar un procedimiento para la constitución de una curatela; pero, funcionando la guarda de hecho correctamente, no existiendo conflictos entre el guardador y la persona con discapacidad, y rindiendo tributo al apoyo que precisa, algunos Juzgados han manifestado que la constitución de una medida judicial de apoyo judicial como la curatela carecería, en teoría, de razón de ser, citando, al efecto, el artículo 269 del Código Civil⁶⁰. Sin embargo, no se trata de una exégesis consolidada en la práctica forense, habiéndose dictado resoluciones que, pese a la previa existencia de una guarda de hecho, han constituido una curatela en atención a la enfermedad que padecía la persona con discapacidad, otorgándole al apoyo

⁵⁹ Si al tratar la representación en el ámbito de la curatela nosotros abogamos porque esta podía ser general en virtud del artículo 269 del Código Civil, mismo planteamiento cabe vindicar en el contexto de la guarda de hecho, máxime cuando el artículo 265 avala que la representación comprenda «uno o varios actos».

⁶⁰ *Ad abundantiam*, algunos los Juzgados y Tribunales, desde la publicación de la LAPCD, han rehusado constituir una curatela cuando existe constancia de la vigencia de una guarda de hecho que está funcionando correctamente. Puede verse la SJPI Sevilla 27 septiembre 2021, que desestima la constitución de una curatela porque una anciana estaba siendo atendida por su hija (en el mismo sentido la SJPI Jaén 22 septiembre 2021 y la SJPI Córdoba 30 septiembre 2021).

facultades de representación⁶¹. El planteamiento de constituir una curatela ante el callejón sin salida al que puede conducir el artículo 1387 en los escenarios de guarda de hecho puede sustentarse en el primer párrafo del artículo 269, que dice que el Juez constituirá una curatela «cuando no exista otra medida *de apoyo suficiente* para la persona con discapacidad». La expresión que emplea la *dictio legis* se podría interpretar, en el concreto punto en el que estamos inmersos, del siguiente modo: como quiera que la guarda de hecho representativa que viene ejerciendo el cónyuge no es suficiente para que este gestione los bienes gananciales o pida la disolución judicial de la sociedad por mor de los artículos 1387 y 1393.1º del Código Civil, se puede argüir que la guarda de hecho no es una «medida suficiente», avalando así la constitución de una curatela; todo dependerá de la interpretación que quepa hacer de la expresión «medida suficiente». Otro argumento que podría respaldar la existencia de una curatela pese a la previa existencia de una guarda de hecho es el artículo 276.5º, que contempla como posible curador «a quien estuviera actuando como guardador de hecho». Si el legislador prevé el nombramiento del guardador de hecho como curador, está presuponiendo que, previa la constitución de una curatela, había una guarda de hecho y que el guardador estaba dispensando a la persona con discapacidad el apoyo que necesitaba; si pese a ello el legislador, implícitamente, prevé la constitución de la curatela, será porque, de las circunstancias del caso, como el supuesto que estamos analizando, resultará que la guarda de hecho no sea una medida suficiente *per se* para la persona con discapacidad (art. 269 CC).

Para el caso de que no se secundara esta última tesis y se acogiera la exégesis que han exteriorizado algunos Juzgados de negar la constitución de una curatela si el apoyo se estaba dispensado bajo una guarda de hecho, manejamos varias propuestas de solución en torno a la guarda de hecho y los artículos 1387 y 1393.1º del Código Civil, no sin desconocer que algunos autores podrían rechazar nuestra línea afirmando que la guarda de hecho no es equivalente a la curatela en el contexto de los citados artículos, pues toda norma que restrinja los derechos de la persona con discapacidad debe ser objeto de una interpretación restrictiva, por mor de la regla hermenéutica *odiosa sunt*

⁶¹ La SJPI Massamagrell 21 septiembre 2021 (JUR 2002, 43252), constituyó una curatela con facultades de representación que abarcaba el ámbito personal y patrimonial respecto a una persona con alzhéimer que tenía anulada sus facultades. Pese a reconocerse en el acto de la vista que el hijo era quien atendía correctamente al padre, el Juzgado rehusó la posibilidad de desestimar la continuación de la guarda de hecho y sujetó al padre a una curatela. Mismo designio fue el de la SJPI Tafalla 23 noviembre 2021, que, ante una persona con alzhéimer que estaba bajo la guarda de hecho de su sobrina que le dispensaba apoyo «de una forma adecuada y atendiendo a los intereses y deseos de la misma», constituyó una curatela, nombrando curador a su sobrina con facultades de representación. Por la misma singladura transitó la más reciente SAP Valencia 19 enero 2022 (JUR 2022, 100763), nombrando en este caso curador al marido de la persona con discapacidad.

restringenda. Veamos cuál sería el resultado si siguiéramos un discurso adherido a la interpretación teleológica y finalista de los citados artículos, a pesar de la marginación que protagoniza el legislador patrio, en el contexto de la sociedad de gananciales, a la medida de apoyo informal más relevante de la LAPCD.

Si la finalidad del artículo 1387 del Código Civil es que el cónyuge que ostenta la representación del otro no se vea encorsetado en la gestión de la sociedad de gananciales, lo mismo dará que dicha representación, motivada por la falta de facultades cognitivas e intelectivas del consorte, tenga el traje de curatela o de guarda de hecho, dada cuenta que ambas se tratan de medidas de apoyo, con la principal diferencia, entre otras, que la primera es formal y la segunda informal, manifestándose el ligamen entre ambas medidas en la técnica que emplea el legislador para determinar los actos en los que el guardador de hecho precisará de autorización judicial, remitiéndose a las reglas de la curatela (*cfr.* arts. 264 y 287 CC).

No obstante, el principal escollo que encontramos en subsumir la guarda de hecho con facultades de representación en el artículo 1387, e incluso en el artículo 1393.1º, es que el legislador dispone que cuando se requiera la actuación representativa del guardador de hecho este deberá solicitar una autorización judicial, exonerándose aquellas actuaciones en las que el guardado solicite «una prestación económica a favor de la persona con discapacidad», si no implica un cambio significativo en la forma de vida de la persona, «o realice actos jurídicos sobre bienes de esta que tenga escasa relevancia económica y carezca de especial significado personal o familiar» (art. 264 CC). De lo expuesto resulta que, mientras que la curatela se constituye por mor de una resolución judicial y en la misma quedan reflejados los actos a los que se extiende la representación, la guarda de hecho, como medida de apoyo informal que es, a veces no tendrá de comparsa ninguna resolución judicial, porque es perfectamente factible que la guarda esté ligada a facultades de representación y esté huérfana de una resolución judicial, al haberse extendido la representación, única y exclusivamente, a los actos enumerados en el tercer párrafo del artículo 264. El lector, en este laberinto, podría lanzarse a proponer dos soluciones:

La primera se basaría en que el guardador de hecho acudiera al Juzgado a fin de que este declare la existencia de una guarda de hecho con facultades de representación en la empresa de que el cónyuge pudiera activar los artículos 1387 y 1393.1º del Código Civil. Descartamos de plano esta posibilidad, aunque algún autor haya defendido esta

vía⁶², pues iría en contra de los designios sobre los cuales pivota la guarda de hecho⁶³ y, sobre todo, porque no se puede pretender una judicialización de la desjudicialización de la guarda de hecho⁶⁴. La segunda solución gravitaría en torno a la constitución de una curatela, posibilidad que quizás no pueda ser viable, ni directa ni indirectamente. La petición de que se constituya una curatela cuando la guarda de hecho está funcionando correctamente estaría proscrita por el artículo 269. *Ad abundantiam*, tampoco sería factible la vía de la extinción de la guarda de hecho para, a posteriori, alegar que procedería la curatela por la inexistencia de medidas de apoyo y que el cónyuge guardador sea nombrado curador, a fin permitir el encaje en el supuesto de hecho de los artículos 1387 y 1393.1º, toda vez que, en la situación planteada como hipótesis, difícilmente podría extinguirse la guarda de hecho en virtud del artículo 267.

Así, y focalizando en la dicción legal del artículo 267 del Código Civil, que a la sazón prevé las causas de extinción de la guarda de hecho, podría argüirse que el propio cónyuge bajo guarda de hecho pida la extinción de esta para que el apoyo se organice de otro modo (art. 267.1º CC) y así lograr la constitución de una curatela como puente que active los artículos 1387 y 1393.1º. Se trata de una posibilidad que pudiera darse tanto antes de la guarda de hecho, tan pronto como el cónyuge necesite el apoyo, como una vez que la medida informal ha comenzado su vigencia. Debe tenerse en

⁶² TORAL LARA, Estrella, «Las medidas de apoyo judiciales e informales en el nuevo sistema de provisión de apoyos del Código Civil», op. cit., p. 174, defiende la idea de que el guardador pueda acudir al Juzgado para el simple reconocimiento de la guarda de hecho.

⁶³ Nos remitimos a la Exposición de Motivos: «Fuera de ellas conviene destacar el reforzamiento de la figura de la guarda de hecho, 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*. Para los casos en que se requiera que el guardador realice una actuación representativa, se prevé la necesidad de que obtenga una autorización judicial *ad hoc*, de modo que no será preciso que se abra todo un procedimiento general de provisión de apoyos, sino que será suficiente con la autorización para el caso, previo examen de las circunstancias».

⁶⁴ No suscribimos, ni la fundamentación ni el fallo, de la AJPI Córdoba 7 febrero 2022, que, en un caso en el que la guardadora de hecho solicitó la declaración judicial de la guarda para anular la cuenta bancaria de su hermana, procedió a declarar la guarda de hecho, a pesar de reconocer en el fallo que no precisaba de resolución judicial alguna para cancelar la cuenta, ni para solicitar los atrasos que le correspondían a la hermana por la pensión de orfandad, ni para disponer de la cantidad que le pudiera corresponder por el seguro de defunción, «porque el Código Civil, norma de obligado cumplimiento para todos, establece que la guarda de hecho no precisa de una investidura forma para los actos descritos». Para un mayor análisis del citado auto, puede verse PRADOS GARCÍA, Celia, «Negativa de un banco a reconocer la condición de guardador de hecho. Comentario al Auto 8/2022 del Juzgado n.º 3 de Córdoba, de 11 de enero de 2022», *Diario la Ley* (2022), núm. 1008.

cuenta que, según los principios de la CDPD, la propia persona con discapacidad puede diseñar y organizar la arquitectura de las medidas de apoyo que precise; en este contexto, sería posible que esta solicitara la constitución de una curatela interesando el nombramiento del cónyuge como curador para los asuntos patrimoniales, y para el resto de ámbitos funcionar o seguir funcionando con la guarda de hecho⁶⁵. El óbice que plantea esta tesis es que puede ser que el cónyuge necesitado de apoyo carezca, absolutamente, de las facultades cognitivas, intelectivas y volitivas suficientes para formular dicha petición —ej. alzhéimer severo—, amén de que, aun en el supuesto de que posea suficiente discernimiento, el cónyuge guardador, extinta la guarda y removido de su cargo a instancia del consorte, podría ser excluido imperativamente de la curatela en virtud del artículo 275.2.3º⁶⁶ y, por ende, sería inaplicable el artículo 1387. La posibilidad de extinguir la guarda por desistimiento del guardador a fin de que se constituya una curatela donde el que era guardador que desistió sea nombrado curador (art. 267.3º CC) la contemplamos como una pirueta jurídica que prostituye la pertinencia y utilidad de las medidas judiciales de apoyo, pues, si la guarda de hecho estaba funcionando correctamente, sería una perversión de la LAPCD forzar la extinción de la medida informal de apoyo para la constitución de una medida judicial. Por último, tampoco vemos loable la extinción de la guarda por la vía del artículo 267.4º, porque la legitimación se la confiere el inciso al Ministerio Fiscal o a quien «se interese por ejercer el apoyo de la persona bajo guarda», pudiendo acordar la autoridad judicial la extinción si lo considera conveniente. El cónyuge guardador no podría formular la solicitud, dada cuenta que ya está ejerciendo el apoyo⁶⁷ y sería un absurdo que este evacuara una petición para ser removido del cargo de guardador para, posteriormente, pretender asumir el de curador. Al margen de la legitimación, y por si llegara a plantearla el Ministerio Fiscal, tampoco vemos loable que, en la tesitura planteada, el Juez acuerde la extinción, porque, con independencia de la amplia discrecionalidad que parece albergar —«lo considere conveniente»—⁶⁸, enfatizamos en la idea de que forzar

⁶⁵ Esta posibilidad la admite NIETO ALONSO, Antonia, «Artículo 263», op. cit., p. 297.

⁶⁶ Compárese el artículo 275.2 del Código Civil, formulado en sentido imperativo, con el artículo 275.3, que daba cierto margen de discrecionalidad al Juez si existe circunstancias excepcionales debidamente motivadas.

⁶⁷ ÁLVAREZ LATA, Natalia, «Artículos 263 al 267», op. cit., p. 499.

⁶⁸ *Idem.* p. 499, identifica el artículo 267.4º del Código Civil, mediante una construcción analógica con los casos que contempla el artículo 278 en sede de curatela, con los supuestos en los que «el guardador se conduzca mal en su desempeño por incumplimiento de los deberes propios del cargo, por notoria ineptitud de su ejercicio o cuando, en su caso surgieran problemas de convivencia graves y continuamos con la persona a lo que prestan apoyo».

la extinción de una guarda de hecho que estaba funcionando sería ir en contra de los designios sobre los cuales pivota la LAPCD⁶⁹.

Recapitulando lo expuesto e hilvanándolo con una conclusión, podríamos decir que una interpretación teleológica de los artículos 1387 y 1393.1º del Código Civil tendría como resultado que la guarda de hecho con facultades de representación plena es equivalente, en el ámbito de los citados artículos, a la curatela, máxime cuando el guardador posee, al amparo del artículo 264, una resolución judicial que lo legitime frente a terceros en el ejercicio del apoyo. El inconveniente que plantea esta conclusión es que no siempre que haya una guarda de hecho con facultades de representación habrá una resolución judicial que la acredite⁷⁰, toda vez que para los actos enumerados en el párrafo tercero del artículo 264 no será necesaria autorización judicial. Huérfano el cónyuge guardador de una resolución que acredite *erga omnes* el apoyo, difícilmente podrá, frente a terceros, administrar y disponer de los bienes comunes unilateralmente ex artículo 1387, pues no será rara la ocasión que el tercero, atento al citado artículo, exhorte al cónyuge a que exhiba la resolución judicial que acredite la curatela representativa o, al menos, la guarda de hecho con facultades de representación.

Lo mismo cabría esgrimir, con matices, en sede de disolución de la sociedad de gananciales, dada cuenta que el artículo 1393.1º dice que para que el Juzgado declare la disolución «basta» que el cónyuge que la pidiere presente la correspondiente resolución judicial. No habiendo resolución judicial del guardador porque la función de representación la desarrolle para los actos del tercer párrafo del artículo 264, será difícil, sino imposible, que este aporte una resolución acreditando una medida de apoyo cuyo carácter judicial brille por su ausencia. No obstante, a nuestro modo de ver la expresión «basta» no excluye necesariamente que el cónyuge presente en el Juzgado, en vez de una resolución judicial, la escritura pública de poderes preventivos a

⁶⁹ Sorprende a RUIZ-RICO RUIZ, José Manuel, «Las medidas de apoyo a la discapacidad. Sistema general (II): La guarda y de hecho de los discapacitados. Su comparación con la guarda de los menores», op. cit., p. 281, la causa contemplada en el artículo 267.4º, pues a su juicio choca con la preeminencia atribuida por el legislador a la guarda de hecho respecto de las medidas de apoyo judiciales, arguyendo que, con la literalidad del precepto, «se podría dar por extinguida una GH que puede estar funcionando correctamente, a instancias del Ministerio Fiscal, pudiendo la autoridad judicial actuar con gran libertad, pues bastaría con que ella misma “lo considere conveniente”». No estamos de acuerdo con esta interpretación, pues una cosa es la discrecionalidad del Juez a la hora de aplicar e interpretar el artículo 267.4º y otra bien distinta es la arbitrariedad. La lectura de la *dictio legis* debe hilvanarse con hechos que acrediten que la guarda de hecho no está funcionando correctamente y que no tienen amparo en el resto de ordinales del artículo 267 del Código Civil.

⁷⁰ Precisamente, SANTOS URBANEJA, Fernando, *La guarda de hecho: institución clave en el nuevo sistema de protección jurídica de las personas con discapacidad*, Ed. Fundación Aequitas, 2017, p. 30, menciona que la acreditación de la guarda de hecho «es el talón de Aquiles de la institución».

fin de acreditar que su consorte dispuso que, en caso de merma de sus facultades, estaría a merced de una medida de apoyo con facultades de representación.

A tenor del *status quo* y de la corriente de algunos Juzgados de descartar la curatela si existe previamente una guarda de hecho, sería menester, de *lege ferenda*, que el legislador contemplara la guarda de hecho con facultades de representación como una medida de apoyo que sirva de legitimación para la administración y disposición *ope legis* de los bienes comunes y, en su caso, para instar la disolución judicial de la sociedad de gananciales, no siendo obstáculo a esta propuesta que la guarda de hecho con facultades de representación a veces no vaya respaldada por una resolución judicial, pues como dice GARCÍA RUBIO, a la sazón prócer de la LAPCD, la desjudicialización de la guarda no implica que el guardador no posea de herramientas que le permitan acreditar la medida de apoyo *erga omnes*, entendiendo la autora que cabría recurrir a un acta de notoriedad para dotar al guardador de hecho de un título que «le permita justificar la situación fáctica ante la autoridad judicial o entidad pública de que se trate»⁷¹, puntualizando NIETO ALONSO que las actas de notoriedad vienen avaladas por el juicio indubitado del Notario de lo probado y de la función que ejerce el guardador en el ámbito social de la persona con discapacidad⁷².

5. CONCLUSIONES

A tenor de lo expuesto en esta investigación, volcaremos, sin ánimo tautológico, unas breves líneas a modo de recapitulación reflexiva.

En primer lugar, respecto al matrimonio, consideramos que el legislador debería haber aprovechado la LAPCD para reformar el artículo 56 del Código Civil, toda vez que la actual dicción legal, amén de carecer de la suficiente perspicuidad, con lo que ello supone en la empresa de garantizar el principio de seguridad jurídica, sigue arraigada al modelo médico-rehabilitador de la discapacidad, ya superado. En este sentido, abogamos por la reformulación de la redacción del citado artículo diferenciando, en párrafos distintos, los supuestos en los que el contrayente tenga dificultad para exteriorizar o vehicular el consentimiento matrimonial, de aquellos otros que afectan a la aptitud para prestarlo, toda vez que el vocablo «emisión», que emplea el legislador para referirse a los supuestos en el que el contrayente tenga dificultad para comunicar o exteriorizar su voluntad, podría entenderse como sinónimo de «prestar», que a la

⁷¹ GARCÍA RUBIO, María Paz, «Artículo 250», op. cit., p. 335. Antes que la citada autora, FÁBREGA RUIZ, Cristóbal Francisco, *La guarda de hecho y la protección de las personas con discapacidad*, Ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006, p. 89, abogada por las actas de notoriedad para lograr el reconocimiento de la guarda de hecho.

⁷² NIETO ALONSO, Antonia, «Artículo 263», op. cit., p. 296.

sazón es el verbo del cual se sirve la *dictio legis* para regular aquellos escenarios en los que el contrayente tenga una discapacidad psíquica, mental o intelectual que le dificulte formar una voluntad en orden al matrimonio. Por otro lado, la expresión «condición de salud», al igual que «enfermedad o estado físico» en sede de matrimonio en peligro de muerte (art. 52 CC), es extraordinariamente ambigua, siendo necesario, a nuestro juicio, que el legislador concrete la discapacidad que pueda afectar a la conformación de la voluntad y pudiese requerir la solicitud del dictamen médico, el cual, como hemos dicho en este trabajo, solo resultará procedente si el interesado, pese a las medidas de apoyo, no puede articular el consentimiento matrimonial.

En segundo lugar, hilvanando nuestra disertación en torno a la naturaleza del apoyo con las capitulaciones matrimoniales, resulta sorprendente que la doctrina, antes de la publicación de la LAPCD, concibiera el pacto capitular como un negocio jurídico *intuitu personae*, pese a que podía estar sujeto a la asistencia o al complemento de capacidad de los progenitores, del tutor o del curador, y que, al alimón, rechazara el mismo complemento de capacidad en el matrimonio, so pretexto de que este era un negocio personalísimo. En un intento de depuración dogmática, consideramos, conforme al binarismo de los negocios *intuitu personae* propuesto en este trabajo, que mientras el matrimonio se trataba de un negocio personalísimo *stricto sensu*, toda vez que no podía estar al albur de representación ni complemento de ningún tipo, las capitulaciones matrimoniales rendirían más tributo a la categoría de negocio personalísimo *lato sensu*, toda vez que, a pesar de que no admitía la representación, sí podía estar sujeta su perfección al complemento de capacidad.

Ahora, toda vez que el legislador no supedita, al compás de la derogación del artículo 1330 del Código Civil, la perfección de las capitulaciones matrimoniales a la asistencia de los padres, tutor o curador de la persona con discapacidad, se puede concebir el pacto capitular como un negocio personalísimo *stricto sensu*, habida cuenta de que, aunque el otorgante, al igual que en el matrimonio, se pueda servir de las medidas de apoyo para comprender el alcance de las capitulaciones matrimoniales, estas, en ningún caso, complementan la capacidad, sino que opera *ex ante*, adquiriendo protagonismo en el proceso interno de formación de una voluntad consciente y libre, a fin de que el otorgante pueda actuar con independencia, autonomía y libertad, sin estar encorsetado a la autorización de un tercero.

En tercer y último lugar, hemos tratado los artículos 1387 y 1393.1º del Código Civil, relativos a la gestión y disolución judicial de la sociedad de gananciales. Los citados preceptos están dotados de una notable ambigüedad, habida cuenta de que supedita la gestión unilateral de los bienes gananciales a que el cónyuge ejerza una curatela con facultades de *representación plena* respecto al otro consorte y, en cuanto la posibilidad

de instar la disolución judicial, a que uno de los cónyuges tenga, judicialmente, medidas de apoyo que impliquen facultades de *representación plena*. Valorando que la Exposición de Motivos de la LAPCD no se pronuncia sobre el significado de «representación plena» y que el artículo 269 permite otorgar al curador facultades representativas pero ciñéndola a «actos concretos», la exégesis de los meritados artículos en sede de sociedad de gananciales se vislumbra complicada. Por otro lado, mal se compadece la dicción legal con la generalización e institucionalización de la guarda de hecho, pues si el cónyuge ostenta la guarda de hecho con facultades de representación respecto al otro cónyuge difícilmente podrán activarse los artículos 1387 y 1393.1ª del Código Civil, máxime cuando el legislador veda la constitución de una curatela cuando, previamente, la persona con discapacidad está sujeta a una guarda de hecho u otra medida de apoyo que está funcionando correctamente (arts. 263 y 269 CC).

BIBLIOGRAFÍA

AMORÓS GUARDIOLA, Manuel, «De las capitulaciones matrimoniales», en AA.VV., *Comentarios a las reformas del Derecho de familia, vol. II*, Tecnos, Madrid, 1984, p. 1553.

ÁLVAREZ LATA, Natalia:

— «Artículos 249 al 253», en AA.VV., *Comentarios al Código Civil*, Aranzadi, Pamplona, 2021, p. 478.

— «Artículos 263 al 267», en AA.VV., *Comentarios al Código Civil*, Aranzadi, Pamplona, 2021, p. 499.

ARNAU MOYA, Federico, «Aspectos polémicos de la Ley 8/2021, de medidas de apoyo a las personas con discapacidad», *Revista Boliviana de Derecho* (2022), núm. 33, p. 561.

BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, «Protección jurídica de la persona con la capacidad modificada judicialmente. El matrimonio», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (2018), núm. 770, pp. 3305 y 3306.

BARBA, Vincenzo, «Principios generales de las medidas de apoyo en el marco de la convención de Nueva York», en AA.VV., *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*, Wolters Kluwers, Madrid, 2021, p. 88.

CASTÁN PÉREZ—GÓMEZ, Santiago, «La curatela: ¿una nueva institución?», en AA.VV., *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 225.

CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho civil español, común y foral. t. V. Derecho de familia. vol. I. Relaciones conyugales*, Reus, Madrid, 1994, pp. 129 y 509.

DÍEZ PICAZO, Luis, «El negocio jurídico del Derecho de familia», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (1962), núm. 6, pp. 783 y 784.

DE SALAS MURILLO, Sofía, «Significado jurídico del apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad: presente tras diez años de la Convención», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* (2018), núm. 5, pp. 7 y 8.

DE TORRES PEREA, José Manuel, «Las medidas de apoyo a la discapacidad (IV) La excepción: La curatela representativa. Casos en que procede. Especialidades del cargo. Régimen jurídico», en AA.VV., *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Atelier, Barcelona, 2022, p. 362.

DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón y CHAPARRO MATAMOROS, Pedro, «El matrimonio: constitución, requisitos de validez y efectos», en AA.VV., *Las crisis familiares. Tratado práctico interdisciplinar*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 46.

DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón:

— «Capacidad para contraer matrimonio de las personas con discapacidad», en AA.VV., *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*, Wolters Kluwers, Madrid, 2021, pp. 708 y 710.

— «Validez del matrimonio contraído por un contrayente con alzhéimer. Comentario a la STS de España núm. 145/2018, de 15 de marzo (RAJ 2018, 1478)», *Revista Boliviana de Derecho* (2019), núm. 27, p. 408.

— «Primeras resoluciones judiciales aplicando la Ley 8/2021, de 2 de junio, en materia de discapacidad», *Diario La Ley* (2022), núm. 10021, pp. 4, 5 y 16.

FÁBREGA RUIZ, Cristóbal Francisco, *La guarda de hecho y la protección de las personas con discapacidad*, Ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006, p. 89.

GARCÍA RUBIO, María Paz y MORO ALMARAZ, J, «Artículo 250», en AA.VV., *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, Civitas, Pamplona, 2022, pp. 236, 237 y 335.

GARCÍA RUBIO, María Paz, «La reforma operada por la Ley 8/2021 en materia de apoyo a las personas con discapacidad: planteamiento general de sus aspectos civiles», en AA.VV., *El nuevo Derecho de las capacidades*, Wolters Kluwers, Madrid, 2021, pp. 63 y 64.

GÓMEZ VALENZUELA, Manuel Ángel, «Problemática de testar mediante medios digitales en tiempos de epidemia: análisis, de lege lata y de lege ferenda, de la modernización de las formas testamentarias», en AA.VV., *Declaración de voluntad en un entorno virtual*, Aranzadi, Pamplona, 2021, pp. 268 y 269.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, «Matrimonio y discapacidad», *Derecho Privado y Constitución* (2018), núm. 32, pp. 83 y 84.

HERAS FERNÁNDEZ, María del Mar, «Igualdad jurídica, matrimonio y discapacidad: apoyos y salvaguardias proyectadas», en AA.VV., *La voluntad de la persona protegida*.

Oportunidades, riesgos y salvaguardias, Dykinson, Madrid, 2018, pp. 219, 228, 229 y 230.

LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Derecho de Familia, Principios de Derecho Civil, t. VI*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Sao Paulo, 2021, pp. 24, 25, 39, 40, 50, 154 y 201.

LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Derecho de Familia. El matrimonio y su economía*, Bosch, Barcelona, 1963, pp. 37, 271, 272 y 278.

LETE DEL RIO, José Manuel, «Sujetos de las capitulaciones matrimoniales», *Anuario de Derecho Civil*, t. XXXVI (1983), pp. 397-420.

LECIÑENA IBARRA, Ascensión, «Reflexiones sobre la formación de la voluntad negocial en personas que precisan apoyos en el ejercicio de su capacidad jurídica», *Revista de Derecho Civil*, vol. IX (2022), núm. 1, pp. 259 y 265.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos, «Curatela y representación: cinco tesis heterodoxas y un estrambote», en AA.VV., *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 264 y 265.

MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, Nieves, «Discapacidad y Derecho de Familia. Nuevos principios, nuevas normas», en AA.VV., *El nuevo Derecho de las capacidades*, Wolters Kluwers, Madrid, 2021, p. 320.

MARTÍN SALAMANCA, Sara, «El matrimonio (I)», en AA.VV., *Manual de Derecho Civil. vol. V. Derecho de familia*, Wolters Kluwers, Madrid, 2021, p. 76.

NIETO ALONSO, Antonia:

— «Artículo 1330», en AA.VV., *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, Civitas, Pamplona, 2022, pp. 686, 689 y 690.

— «Artículo 263», en AA.VV., *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, Civitas, Pamplona, 2022, pp. 296 y 297.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier:

— *Compendio de Derecho Civil, t. IV, Derecho de la familia*, Ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2022, p. 29, 114 y 115.

— *Compendio de Derecho Civil, t. I, Introducción y parte general del Derecho civil, Derecho de la persona*, 2022, Ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2022, p. 295.

PAU, Antonio, «De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código Civil», *Revista de Derecho Civil*, vol. V (2018), núm. 3, p. 9.

PRADOS GARCÍA, Celia, «Negativa de un banco a reconocer la condición de guardador de hecho. Comentario al Auto 8/2022 del Juzgado n.º 3 de Córdoba, de 11 de enero de 2022», *Diario la Ley* (2022), núm. 1008.

PÉREZ GALLARDO, Leonardo Bernardino, «El testamento otorgado con apoyos por persona con discapacidad ¿una quimera?», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (2020), núm. 782, pp. 3632, 3633 y 3644.

PEREÑA VICENTE, Montserrat:

«El régimen jurídico de los poderes preventivos en la reforma del Código Civil», en AA.VV., *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad. El Derecho en el umbral de la política*, Marcial Pons, Madrid, 2021, p. 198.

— «Una contribución a la interpretación del régimen jurídico de las medidas de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica consagrada en la Ley 8/2021, de 2 de junio», en AA.VV., *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 161 y 180.

PETIT SÁNCHEZ, Milagros, «La adopción de medidas de apoyo para las personas con discapacidad: armonización entre la autonomía de la voluntad y el mejor interés», *Revista de Derecho Civil*, vol. VII (2020), núm. 5, p. 269.

RUIZ-RICO RUIZ, José Manuel, «Las medidas de apoyo a la discapacidad. Sistema general (II): La guarda y de hecho de los discapacitados. Su comparación con la guarda de los menores», en AA.VV., *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Atelier, Barcelona, 2022, p. 281.

RIBOT IGUALADA, Jordi, «La nueva curatela», en AA.VV., *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 225.

SERRANO CHAMORRO, María Eugenia, «Consideraciones sobre la capacidad jurídica versus capacidad de ejercicio tras los nuevos cambios legislativos: criterios jurisprudenciales», *Actualidad Civil* (2022), núm. 2, pp. 4, 6, 8, 11, 15 y 16.

SÁNCHEZ GÓMEZ, Amelia:

— «El matrimonio de las personas con discapacidad: reflexiones críticas sobre las últimas reformas del art. 56.2º. del Código Civil», *Revista de Derecho Privado* (2020), núm. 1, p. 54.

— «Capacidad capitular de las personas con discapacidad psíquica o intelectual», *Revista de Derecho Privado* (2020), núm. 6, pp. 45 y 46.

— «Reflexiones a propósito del Proyecto de Ley de 17 de julio de 2020 por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica», *Revista de Derecho Civil*, vol. VII (2020), núm. 5, pp. 419, 420 y 423.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Ángel, «Aspectos generales de la reforma del Código Civil relativa a las personas con discapacidad intelectual en el ejercicio de su capacidad jurídica», *Revista Boliviana de Derecho* (2020), núm. 33, p. 23.

SANTOS URBANEJA, Fernando, *La guarda de hecho: institución clave en el nuevo sistema de protección jurídica de las personas con discapacidad*, Ed. Fundación Aequitas, 2017, p. 30.

TORAL LARA, Estrella, «Las medidas de apoyo judiciales e informales en el nuevo sistema de provisión de apoyos del Código Civil», en AA.VV., *El nuevo Derecho de las capacidades*, Wolters Kluwers, Madrid, 2021, pp. 158 y 174.

VIVAS TESÓN, Inmaculada, «Curatela y asistencia», en AA.VV., *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad. El Derecho en el umbral de la política*, Marcial Pons, Madrid, 2021, p. 281.

Fecha de recepción: 03.05.2022

Fecha de aceptación: 21.09.2022