

JA

JURISPRUDENCIA ARGENTINA

DIRECTOR:
LUIS DANIEL CROVI

Bs. As., 08/09/2021

2021 - III

fasc. 11

ISSN 2545-6261

 **INCLUYE
VERSIÓN DIGITAL**

ABELEDOPERROT

ISSN: 2545-6261

RNPI: 5074812

Todos los derechos reservados

© **ABELEDOPERROT S.A.**

Dirección, administración y redacción

Tucumán 1471 (C1050AAC)

laley.redaccionjuridica@tr.com

Ventas

CASA CENTRAL

Tucumán 1471 (C1050AAC)

Tel.: 4378-4700 / 0810-266-4444

LOCAL I FACULTAD DE DERECHO - UBA

Figueroa Alcorta 2263 (C1425CKB)

Tel. / Fax: 4806-5106

Atención al cliente: 0810-266-4444

Buenos Aires - Argentina

Hecho el depósito que establece la ley 11.723.

Impreso en la Argentina. Printed in Argentina.

Nota de la Dirección: Las opiniones vertidas en los comentarios firmados son privativas de quienes las emiten.

Se terminó de imprimir en la 1ra. quincena de septiembre de 2021, en los talleres gráficos de La Ley S.A.E. e l., Bernardino Rivadavia 130, Avellaneda - Provincia de Buenos Aires, República Argentina

La reforma de la ley española en materia de capacidad jurídica: una comparación con Argentina

Jorge Nicolás Lafferriere

Sumario: I. Introducción.— II. Metodología y terminología.— III. Principios fundamentales.— IV. Las personas abarcadas por las medidas de apoyo para personas con discapacidad.— V. Los tipos de medidas de apoyo.— VI. Las medidas voluntarias de apoyo.— VII. La guarda de hecho.— VIII. La curatela.— IX. El defensor judicial como medida formal de apoyo.— X. Los supuestos de representación.— XI. Registración de las medidas e impugnación de actos.— XII. Conclusiones.

I. Introducción

El 3 de junio de 2021 se publicó en el Boletín Oficial de España la ley 8/2021 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. La nueva ley procura receptor en el ordenamiento jurídico español las disposiciones de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006).

En este trabajo (1), ofreceré un análisis comparativo entre la nueva ley y las disposiciones del Código Civil y Comercial en Argentina en el específico campo del ejercicio de la capacidad jurídica. Tomo como punto de partida un trabajo del profesor Carlos Martínez de Aguirre que sistematiza los principales cambios operados en España (2). El trabajo tiene un tono marca-

damente descriptivo, que apunta a ofrecer una comparación entre ambas regulaciones.

II. Metodología y terminología

En cuanto al método de recepción legislativa de la Convención, en España la ley 8/2021 modifica principalmente el Código Civil y la ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, además del Código Penal, el Código de Comercio (arts. 4º, 5º y 234), la ley Hipotecaria, la de Jurisdicción voluntaria, la de Notariado, la del Registro Civil y la ley 41/2003 de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad (3).

En Argentina, la recepción de la Convención se realizó primero con una ley denominada de Salud Mental (nro. 26.657, BO 03/12/2010) que se focalizó sobre todo en lo referido a las insti-

del Código Civil sobre discapacidad psíquica", Diario La Ley (España), 9851, de 17 de mayo de 2021, Ed. Wolters Kluwer; "Líneas básicas de la reforma legal española en materia de discapacidad psíquica", Exposición en las Jornadas Iberoamericanas sobre el ejercicio de la capacidad jurídica por adultos vulnerables, Universidad de Zaragoza, 21 y 22 de junio de 2021 (inédito).

(3) Para un estudio de la nueva ley en la etapa de su debate parlamentario, ver la obra colectiva "Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de Discapacidad", Sofia DE SALAS MURILLO — María Victoria MAYOR DEL HOYO (dirs.), Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019.

(1) Este artículo se enmarca en el Proyecto de investigación del Ministerio de Ciencia e Innovación de España titulado "Vulnerabilidad patrimonial y personal: retos jurídicos" PID2019-105489RB-I00 (IIPP M^a Victoria Mayor del Hoyo / Sofía de Salas Murillo) y tiene como base la exposición realizada en las Jornadas Iberoamericanas sobre el ejercicio de la capacidad jurídica por adultos vulnerables organizadas por el citado proyecto los días 21 y 22 de junio de 2021 (Zaragoza, España).

(2) Tomo como referencia dos trabajos del catedrático de la Universidad de Zaragoza, MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos, "Autonomía, apoyos y protección en la reforma

tuciones psiquiátricas y las medidas de internación y que realizó una primera y muy acotada reforma al Código Civil, entonces, vigente. La reforma integral del sistema de capacidad jurídica se realizó en 2014 con la sanción del nuevo Código Civil y Comercial (ley 26.994, BO 08/10/2014), que entró en vigencia el 1º de agosto de 2015 (4). En cuanto a la materia procesal, corresponde a cada provincia el dictado del Código Procesal en materia civil. El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, que rige en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, no fue reformado aun para ser adaptado al nuevo Código Civil y Comercial. Según he podido establecer para este trabajo, solo 4 provincias sobre 24 jurisdicciones reformaron sus códigos procesales en este período: Entre Ríos (Ley Procesal de Familia), Mendoza (Código Procesal de Familia y de Violencia Familiar) y Río Negro (Código Procesal de Familia). Misiones había realizado una reforma de su Código Procesal Civil, Comercial, de Familia y de Violencia Familiar en 2013 en función de la ley 26.657 de Salud Mental.

Así, enfocados a los aspectos vinculados a la capacidad jurídica en sentido estricto y civil, desde lo terminológico, la ley española denomina al tít. XI del libro I del Código Civil de la siguiente forma: "De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica".

En cambio, en Argentina, dentro del Libro I, en el cap. 2 sobre la Capacidad, la sección 3ª se denomina "Restricciones a la capacidad".

III. Principios fundamentales

Como destaca Martínez de Aguirre, en la nueva ley española se concede un gran protagonismo a la voluntad de la persona afectada por una discapacidad psíquica y ello se manifiesta en el papel de dicha voluntad a la hora de diseñar y establecer las medidas de apoyo (arts. 250 y 256 y ss., Código Civil español, por ejemplo), y de designar a los prestadores de apoyo (5). Tam-

bién en establecer que el principio rector de la actuación del prestador de apoyos, o de la intervención judicial, sea la atención a la voluntad y deseos de la persona con discapacidad psíquica (por ejemplo, arts. 249, 250, 253, 268, Cód. Civil).

En Argentina, también la autonomía ocupa un lugar central. El art. 43, Cód. Civ. y Com. contempla la posibilidad de que el interesado proponga "al juez la designación de una o más personas de su confianza para que le presten apoyo". No contempla, pero tampoco niega, la posibilidad de que la persona proponga el diseño de las medidas de apoyo. En el mismo art. 43, Cód. Civ. y Com. se señala: "[L]as medidas de apoyo tienen como función la de promover la autonomía y facilitar la comunicación, la comprensión y la manifestación de voluntad de la persona para el ejercicio de sus derechos". En el mismo sentido, el art. 32, Código Civil y Comercial dispone: "El o los apoyos designados deben promover la autonomía y favorecer las decisiones que respondan a las preferencias de la persona protegida".

En cuanto a los límites de tal autonomía, en concordancia con el art. 12 de la Convención, el art. 250, Cód. Civil español dispone: "[A]l determinar las medidas de apoyo se procurará evitar situaciones en las que se puedan producir conflictos de intereses o influencia indebida". El Cód. Civil agrega que el control judicial apunta a "garantizar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona que precisa el apoyo, así como para evitar los abusos, los conflictos de intereses y la influencia indebida" (art. 270, Cód. Civil español).

Una norma parecida encontramos en el art. 43, Cód. Civ. y Com. argentino: "El juez debe evaluar los alcances de la designación y procurar la protección de la persona respecto de eventuales conflictos de intereses o influencia indebida".

Como principio, en Argentina subyace también la idea de protección. En efecto, para la configuración de una situación de capacidad restringida se requiere que exista peligro de que la persona sufra un "daño" en su persona o bienes (art. 32, Cód. Civ. y Com.). Esta protección tiene componentes cercanos con lo terapéutico, que hasta donde alcanzo a ver no están

(4) Para un análisis más completo del tema en el Código Civil y Comercial ver PEYRANO, Guillermo F. — LAFFERRIERE, Jorge N., "Restricciones a la capacidad", Ed. El Derecho, Buenos Aires, 2016.

(5) MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos, "Autonomía, apoyos y protección en la reforma del Código Civil sobre discapacidad psíquica", ob. cit.

presentes en la ley española. Así, en las reglas generales del art. 31, Cód. Civ. y Com. se señala: “[D]eben priorizarse las alternativas terapéuticas menos restrictivas de los derechos y libertades” (inc. f) y se incluyen normas sobre la “internación” (arts. 41 y 42, Cód. Civ. y Com.). En el art. 47, Cód. Civ. y Com., para el cese de la restricción, debe determinarse “el restablecimiento de la persona”. Y en cuanto a las funciones del curador para los casos extremos de incapacidad, su función incluye el objetivo de “tratar de que [la persona con discapacidad] recupere su salud” (art. 138, Cód. Civ. y Com.).

En España, la idea de protección se encuentra en la exposición de motivos y en forma explícita en el art. 271, Cód. Civil español cuando dispone: “Aquellas facultades que tengan por objeto la protección de la persona no serán delegables”. También en el art. 281, Cód. Civil español cuando se refiere a que la excusación o remoción de un apoyo no puede “generar desprotección o indefensión a la persona que precisa dichos apoyos”. También en la nueva redacción del art. 762 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre las Medidas Cautelares: “Cuando el Tribunal competente tenga conocimiento de la existencia de una persona en una situación de discapacidad que requiera medidas de apoyo, adoptará de oficio las que estime necesarias para la adecuada protección de aquella o de su patrimonio” (art. 762.1). No hay, en cambio, ninguna referencia a posibles implicaciones terapéuticas de las medidas de apoyo.

Sobre la noción de protección, Martínez de Aguirre explica: “Tanto la Convención como, tras sus pasos, nuestra reforma, hablan de protección, pero desde una perspectiva diferente a la habitual: se trata de la protección frente a los posibles abusos en el establecimiento y actuación de las medidas de apoyo” (6). Pero agrega: “Pero junto a ello, una concepción más amplia de la idea de protección referida a las personas con discapacidad psíquica, subyace en buena parte de las reglas que permiten apartarse de la voluntad conocida (por ejemplo, porque ha sido oída) de la persona con discapacidad psíquica: es esa idea de protección, incluso fren-

(6) MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos, “Autonomía, apoyos y protección en la reforma del Código Civil sobre discapacidad psíquica”, ob. cit.

te a su propia voluntad, la que está detrás de este planteamiento, y aflora en él... Hay que ser conscientes de que en un número significativo de ocasiones la ausencia o insuficiencia de la voluntad no pueden ser subsanadas por la intervención del prestador de apoyos, quién si de verdad quiere atender a la voluntad de la persona apoyada, debería actuar o permitirle actuar en su perjuicio (personal o patrimonial), porque precisamente por el problema determinante de la insuficiencia de su voluntad, no ha sido posible convencerle de otra cosa” (7).

IV. Las personas abarcadas por las medidas de apoyo para personas con discapacidad

Explica Martínez de Aguirre que en la nueva ley española desaparece la incapacitación que es sustituida por un procedimiento judicial para la provisión de apoyos a la persona que lo necesite, aunque “no se aclara por qué hay personas que necesitan de apoyo para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica, más allá de la breve alusión al “defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate” (art. 249, Cód. Civil)” (8). A lo largo del articulado de la ley 8/2021 se utiliza la expresión “personas que precisen apoyo”, o “personas con discapacidad”, pero, como decía el prof. Martínez de Aguirre, “no queda claro cuándo procede el nombramiento de un curador, y, sobre todo, queda en penumbra cuál es el problema que la ley intenta resolver” (9).

En Argentina, hay una mayor delimitación de las personas comprendidas en los procesos vinculados con la capacidad de ejercicio. Por un lado, tenemos el caso “de una persona mayor de trece años que padece una adicción o una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad, siempre que estime que del

(7) *Idem.*

(8) MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos, “Líneas básicas de la reforma legal española en materia de discapacidad psíquica”, ob. cit.

(9) MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos, “Curatela y representación: cinco tesis heterodoxas y un estrambote”, en Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de Discapacidad, Sofía DE SALAS MURILLO — María Victoria MAYOR DEL HOYO (dirs.), Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, p. 256.

ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes” (art. 32, Cód. Civ. y Com.). Por el otro, subsiste un supuesto de “incapacidad” en el art. 32, Cód. Civ. y Com.: “Por excepción, cuando la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado y el sistema de apoyos resulte ineficaz, el juez puede declarar la incapacidad y designar un curador”. El “curador” asume en estos casos funciones de representación, aunque también en este caso se requiere que su intervención sea siempre en respeto a la voluntad y preferencias de la persona y será la sentencia judicial la que determinará los alcances de la incapacidad, indicando las funciones y actos que se limitan y la modalidad de intervención del curador.

Este último caso guarda alguna relación con el nuevo art. 249 del Cód. Civil español ya citado: “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”.

V. Los tipos de medidas de apoyo

Según el nuevo art. 250, Cód. Civil español, las medidas de apoyo son, por un lado, las voluntarias, y por otro, “la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial”. Como explica Martínez de Aguirre, de ellas, la centralidad legal corresponde a la curatela (10).

En Argentina, por su parte, se contempla como figura central la “restricción a la capacidad” (art. 32, primer párrafo, Código Civil y Comercial), como figura excepcional la “incapacidad” (art. 32, último párrafo, Cód. Civ. y Com.), mientras que la “inhabilitación” queda reservada para el caso de prodigalidad y con un doble fundamento vinculado con la protección de la persona y su familia (art. 48, Cód. Civ. y Com.). Por su parte, también se contempla la posibilidad de apoyos extrajudiciales (art. 43, Cód. Civ. y Com.), aunque sin una adecuada y detallada reglamentación.

(10) MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos, “Líneas básicas de la proyectada reforma legal española en materia de discapacidad psíquica”, ob. cit.

Comparando las figuras, las medidas voluntarias en el Cód. Civil español aparecen reguladas en detalle entre el art. 254 y el 262. En Argentina, no hay tal regulación exhaustiva de las medidas voluntarias de apoyo.

Como explica Martínez de Aguirre, con la nueva ley española “la tutela y la curatela pasan a ser figuras bien diferenciadas por su ámbito subjetivo de aplicación (la tutela se reserva para los menores de edad, y la curatela para las personas con discapacidad psíquica), pero también por su alcance y contenido concreto” (11).

Ello es también así en Argentina, en que la tutela se aplica únicamente a las personas menores de edad (arts. 104 y ss., Cód. Civ. y Com.), y la curatela a los casos excepcionales de incapacidad ya explicados (arts. 32 y 101, Cód. Civ. y Com.). Sin embargo, el Código Civil y Comercial argentino prevé la posibilidad de restringir la capacidad de las personas desde los 13 años (art. 32, Cód. Civ. y Com.), lo que significa que excepcionalmente podría aplicarse una medida de apoyo al mismo tiempo que la persona es menor de edad y está bajo la autoridad de sus padres o tutores. En cambio, en el art. 254, Cód. Civil español se señala que tales medidas serían adoptadas para el momento en que concluya la minoría de edad y se aclara que las “medidas se adoptarán si el mayor de dieciséis años no ha hecho sus propias previsiones para cuando alcance la mayoría de edad”.

Respecto a la prodigalidad, según el Preámbulo de la ley española 8/2021 esta figura se suprime “como institución autónoma, dado que los supuestos contemplados por ella encuentran encaje en las normas sobre medidas de apoyo aprobadas con la reforma”. En cambio, en Argentina subsiste para casos en que la persona que dilapida su fortuna posee familias y las medidas de apoyo se adoptan en atención del interés personal y también familiar. Sin embargo, en la práctica son pocos los casos de prodigalidad que llegan a ser tratados judicialmente.

El siguiente cuadro resume esta comparación entre ambos sistemas normativos:

(11) MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos, “Líneas básicas de la proyectada reforma legal española en materia de discapacidad psíquica”, ob. cit.

España	Argentina
Tutela para personas menores de edad – Arts. 199-234 Cód. Civil	Tutela para personas menores de edad – Arts. 104-137 Cód. Civ. y Com.
Medidas voluntarias de apoyo para personas con discapacidad – Arts. 254 a 262 Cód. Civil	<p>Norma genérica sobre apoyos extrajudiciales – Art. 43 Cód. Civ. y Com.</p> <p>Norma sobre directiva anticipada acotada a la designación de curador – Art. 139 Cód. Civ. y Com.</p> <p>Directivas anticipadas sobre salud – Art. 60 Cód. Civ. y Com.</p> <p>Normas generales sobre representación voluntaria (arts. 362 a 381, Cód. Civ. y Com.) y sobre mandato (1319 a 1334 Cód. Civ. y Com..)</p>
Guarda de hecho para personas con discapacidad – Arts. 263 a 267 Cód. Civil	Sin tratamiento específico - Norma genérica sobre apoyos extrajudiciales – Art. 43 Cód. Civ. y Com.
Curatela para personas con discapacidad – Art. 268 a 294 Cód. Civil	<p>a) Personas con capacidad Restringida con sistema de apoyos – Arts. 31 a 47 CCC</p> <p>b) Personas incapaces con representación por curador – Art. 32 último párrafo y arts. 138 a 140 Cód. Civ. y Com.</p>
Defensor judicial de la persona con discapacidad – Arts. 295 a 298 Cód. Civil	<p>Sin un paralelo preciso</p> <p>Norma genérica sobre apoyos judiciales como medida independiente sin proceso de determinación de la capacidad – Art. 43 Cód. Civ. y Com.</p> <p>Norma sobre Ministerio Público – Art. 103 Cód. Civ. y Com.</p> <p>Norma sobre medidas cautelares durante el proceso – Art. 34 Cód. Civ. y Com.</p>
Prodigalidad sin un tratamiento específico y propio – Integrado en las demás medidas	Inhabilitación para supuestos de prodigalidad con designación de apoyos – Arts. 48 a 50 Cód. Civ. y Com.

VI. Las medidas voluntarias de apoyo

Entre los arts. 254 y 262, Cód. Civil español se regulan las medidas voluntarias de apoyo, con amplitud y detalle en sus alcances y validez. Estas medidas voluntarias tienen preeminencia por sobre las medidas judiciales, como se dispone en el art. 255, Cód. Civil español: “Solo en defecto o por insuficiencia de estas medidas de naturaleza voluntaria, y a falta de guarda de hecho que suponga apoyo suficiente, podrá la autoridad judicial adoptar otras supletorias o complementarias”.

Las medidas voluntarias se prevén o acuerdan “en escritura pública” y pueden estar relacionada con la persona o los bienes, “en previsión o apreciación de la concurrencia de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás” (art. 255, Cód. Civil español). Estas medidas pueden “establecer el régimen de actuación, el alcance de las facultades de la persona o personas que le hayan de prestar apoyo, o la forma de ejercicio

del apoyo”, “las medidas u órganos de control que estime oportuno, las salvaguardas necesarias para evitar abusos, conflicto de intereses o influencia indebida y los mecanismos y plazos de revisión de las medidas de apoyo, con el fin de garantizar el respeto de su voluntad, deseos y preferencias” (art. 255, Cód. Civil español). Estas medidas deben hacerse constar en el Registro Civil por notificación del notario actuante (art. 255, Cód. Civil español).

En Argentina se contempla muy parcialmente la adopción de directivas anticipadas en previsión de la propia situación de imposibilidad de tomar decisiones. Están orientadas a la propuesta de designación de un curador (art. 139, Cód. Civ. y Com.): “La persona capaz puede designar, mediante una directiva anticipada, a quien ha de ejercer su curatela. Los padres pueden nombrar curadores y apoyos de sus hijos incapaces o con capacidad restringida, en los casos y con las formas en que pueden designarles tutores. Cualquiera de estas designaciones debe ser aprobada judicialmente. A falta de estas previsiones el juez puede nombrar al cónyuge no separado de hecho, al conviviente, a los hijos, padres o hermanos de la persona a proteger según quien tenga mayor aptitud. Se debe tener en cuenta la idoneidad moral y económica” (12). Hay también una norma sobre las directivas anticipadas para los tratamientos médicos (art. 60, Cód. Civ. y Com.). También podrían ingresar en este campo las medidas de apoyo extrajudiciales mencionadas en el art. 43, Cód. Civ. y Com., pero el tema no recibe ninguna regulación adicional.

En Argentina, toda persona puede dar un “mandato” pero según el inc. e del art. 1329, Cód. Civ. y Com. tal contrato se extingue “por la muerte o incapacidad del mandante o del mandatario”. En cambio, el art. 256 del Cód. Civil español contempla la posibilidad de que el poderdante incluya “una cláusula que estipule que el poder subsista si en el futuro precisa apoyo en el ejercicio de su capacidad”. Los arts. 257 a 261, Cód. Civil español regulan estos poderes preventivos en detalle. Así, “para acreditar que se ha producido la situación de necesidad

de apoyo se estará a las previsiones del poderdante” (art. 257, Cód. Civil) aunque contempla la posibilidad de que se incorpore un “informe pericial” si fuera preciso (art. 257, Cód. Civil). Se regula la vigencia de los poderes preventivos y sus alcances (art. 258, Cód. Civil español), la aplicación supletoria de las reglas de la curatela (art. 259 CC español), la prescripción de que se otorguen por escritura pública (art. 260, Cód. Civil español), el carácter personal de las facultades representativas (art. 261, Cód. Civil español) y la aplicación de estas reglas al mandato sin poder (art. 262, Cód. Civil español).

VII. La guarda de hecho

En cuanto a la guarda de hecho, según el art. 250, Cód. Civil español: “[E]s una medida informal de apoyo que puede existir cuando no haya medidas voluntarias o judiciales que se estén aplicando eficazmente” (art. 250, Cód. Civil). Está regulada en los arts. 263 a 267, Cód. Civil español. La guarda de hecho adquiere relevancia jurídica cuando se solicita autorización por parte del guardador para realizar actuación representativa en forma excepcional (art. 264, Cód. Civil español) y también porque la ley enuncia los actos que necesariamente requieren autorización judicial (arts. 264 y 287, Cód. Civil español). También se regula cuándo se extingue la guarda de hecho (art. 267, Cód. Civil español).

Al respecto, se ha dicho sobre la guarda de hecho: “Adaptada a las necesidades de la persona con discapacidad y el al principio de proporcionalidad que recoge el art. 12.4, CDPD, su presencia se justifica por la pertinencia de adoptar puntuales decisiones que afectan a la esfera personal y patrimonial del guardado, sometiéndola a controles y garantías” (13). Explica la misma autora: “La guarda de hecho carece de investidura judicial formal pues su realidad es previa a toda actuación judicial. El guardador, por iniciativa propia, forma parte de la vida de la persona con discapacidad con la que le une una relación de confianza, como familiar o allegado, ofre-

(13) LECIÑEÑA IBARRA, Ascensión, “La guarda de hecho como institución de apoyo a las personas con discapacidad”, en Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de Discapacidad, Sofía DE SALAS MURILLO — María Victoria MAYOR DEL HOYO (dirs.), Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, p. 291.

(12) LAFFERRIERE, Jorge N. — MUÑIZ, Carlos, “Directivas anticipadas en materia de capacidad en el nuevo Código Civil y Comercial Unificado”, Ed. La Ley, Revista DFyP 2015 (junio), ps. 147-165, AR/DOC/1411/2015.

ciéndole a diario apoyos de tipo asistencial y en el proceso de toma de decisiones de toda índole “en todos los aspectos de la vida” (14).

En Argentina no existe una previsión normativa semejante. La única institución que se podría aproximar a esta guarda de hecho es la de los apoyos “extrajudiciales”, que figuran en el art. 43, Cód. Civ. y Com., con la siguiente redacción: “Se entiende por apoyo cualquier medida de carácter judicial o extrajudicial que facilite a la persona que lo necesite la toma de decisiones para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general”. En realidad, no queda claro qué alcance tienen esos apoyos extrajudiciales (15). Vale enfatizar que esa ambigüedad surge del propio art. 43, Cód. Civ. y Com., que también dispone que “el interesado puede proponer al juez la designación de una o más personas de su confianza para que le presten apoyo”.

Ciertamente, se podría considerar que el art. 43, Cód. Civ. y Com., sobre las medidas de apoyo como una figura independiente de la restricción a la capacidad pueden englobar estos supuestos de la guarda de hecho. Pero el Código ofrece una simple mención, sin regulación de los aspectos que, por ejemplo, aparecen en la nueva ley española. Además, el art. 43, Cód. Civ. y Com. no está acompañado por disposiciones operativas en el derecho procesal. El principal problema interpretativo es que el art. 43, Cód. Civ. y Com. al tiempo que habla de los apoyos “extrajudiciales”, señala la necesidad de presentar los pedidos de apoyo al juez.

VIII. La curatela

Respecto a la “curatela” española, dispone el art. 250, Cód. Civil: “La curatela es una medida formal de apoyo que se aplicará a quienes precisen el apoyo de modo continuado. Su extensión vendrá determinada en la correspondiente resolución judicial en armonía con la situación y circunstancias de la persona con discapacidad y con sus necesidades de apoyo”. Está regulada entre los arts. 268 al 294, Cód. Civil español y se extiende en cuatro secciones (disposiciones ge-

nerales, de la autotutela y del nombramiento de curador, del ejercicio de la curatela y de su extinción). Esta figura se asemeja a la de la persona con capacidad restringida del Código Civil y Comercial en Argentina, que es la figura central, flexible y adaptable a la realidad de cada persona. Sin embargo, en Argentina a estas personas con capacidad restringida se les designan “apoyos”, mientras que el término “curador” queda reservado exclusivamente para las personas incapaces del art. 32, último párrafo.

En ambos ordenamientos se dispone que las medidas sean proporcionadas. En España, hay una exigencia de que la curatela solo se establezca “cuando no exista otra medida de apoyo suficiente para la persona con discapacidad” (art. 269, Cód. Civil español). En el Código Civil y Comercial argentino no hay una norma semejante para la designación de apoyos, aunque siempre se señala que la sentencia debe procurar que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible (art. 38, Cód. Civ. y Com.).

Un tema tratado en la ley española es si el juez está obligado a nombrar curador a la persona propuesta por la persona con discapacidad. El tema es abordado por el art. 272, Cód. Civil español que establece que establece: “[L]a propuesta de nombramiento y demás disposiciones voluntarias a que se refiere el artículo anterior vincularán a la autoridad judicial al constituir la curatela”, pero admite que la autoridad judicial pueda “prescindir total o parcialmente de esas disposiciones voluntarias, de oficio o a instancia de las personas llamadas por ley a ejercer la curatela o del Ministerio Fiscal y, siempre mediante resolución motivada, si existen circunstancias graves desconocidas por la persona que las estableció o alteración de las causas expresadas por ella o que presumiblemente tuvo en cuenta en sus disposiciones”. Este punto no está regulado en el Código Civil y Comercial argentino para el caso del nombramiento de apoyos (art. 43, Cód. Civ. y Com.) o de curador (art. 139, Cód. Civ. y Com.).

El art. 275, Cód. Civil español regula las prohibiciones para ser curador y las causales de remoción o excusación del curador (arts. 278 y 279, Cód. Civil español). En el Código Civil y Comercial, estas cuestiones encuentran reguladas por la remisión que el art. 138, Cód. Civ. y Com.,

(14) *Ibidem*, p. 292.

(15) Sobre el tema ver MÖLLER ROMBOLÁ, Martín, “Los apoyos extrajudiciales para el ejercicio de la capacidad en el derecho argentino”, *Lecciones y Ensayos*, 100, 2018, ps. 107-131.

realiza a las normas sobre la "tutela". Pero hay que recordar que estas normas se refieren a supuestos de representación (curador para la ley argentina) y no hay una regulación análoga para todos los casos de personas designadas como apoyos que son la regla general (curador para la ley española). Sobre el punto en el derecho argentino, Tobías afirma: "[A]l haber quedado notoriamente reducida la procedencia de la curatela para estos casos extremos, también se ha acotado el campo de aplicación directa de las normas que regulan la tutela, aunque... corresponderá aplicar siempre las reglas favorables al interés de la persona protegida, aunque se trata de un caso de restricción de la capacidad con fijación de un sistema de apoyos" (16). Tobías considera que debe hacerse una aplicación análoga de las reglas sobre tutela a los sistemas de apoyo, en particular en lo que concierne al deber de rendir cuentas, a las normas que prohíben o limitan actos del tutor, a los actos prohibidos para el tutor o curador o a los actos que requieren autorización judicial (17).

En el caso de la curatela, el art. 268, Cód. Civil español dispone: "Las medidas de apoyo adoptadas judicialmente serán revisadas periódicamente en un plazo máximo de tres años. No obstante, la autoridad judicial podrá, de manera excepcional y motivada, en el procedimiento de provisión o, en su caso, de modificación de apoyos, establecer un plazo de revisión superior que no podrá exceder de seis años". El nuevo art. 42 bis, inc. c de la Ley de Jurisdicción Voluntaria en España contempla que las medidas sean objeto de "revisión periódica en el plazo y la forma en que disponga el auto que las hubiera acordado" y cualquiera de las personas legitimadas para iniciar la causa judicial puede pedir la revisión de las medidas antes de que transcurra el plazo.

En Argentina, en cambio, la revisión de la sentencia se debe realizar en un plazo no superior a tres años, salvo que el propio interesado lo solicite con antelación a ese plazo (art. 40, Cód. Civ. y Com.).

(16) TOBIÁS, José W., "Comentario al art. 138", en AL-TERINI, Jorge H. (dir.), Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2016, 2ª ed., t. I, p. 1105.

(17) *Ibidem*, p. 1107.

Como situación excepcional, el nombramiento de un curador en el Código Civil y Comercial argentino apunta a situaciones extremas en que la persona no puede interaccionar en absoluto con su entorno. Al respecto, en el art. 138, Cód. Civ. y Com. argentino se indica: "La principal función del curador es la de cuidar a la persona y los bienes de la persona incapaz, y tratar de que recupere su salud. Las rentas de los bienes de la persona protegida deben ser destinadas preferentemente a ese fin". El tema del "cuidado" aparece en el art. 271, Cód. Civil español cuando habla de la autocuratela: "Podrá igualmente establecer disposiciones sobre el funcionamiento y contenido de la curatela y, en especial, sobre el cuidado de su persona". En el resto del articulado no aparece la idea de "cuidado" de la persona.

En el art. 251, Cód. Civil español tenemos enumerados distintos actos que están prohibidos para quien desempeñe una función de apoyo: "1º. Recibir liberalidades de la persona que precisa el apoyo o de sus causahabientes, mientras que no se haya aprobado definitivamente su gestión, salvo que se trate de regalos de costumbre o bienes de escaso valor. 2º. Prestar medidas de apoyo cuando en el mismo acto intervenga en nombre propio o de un tercero y existiera conflicto de intereses. 3º. Adquirir por título oneroso bienes de la persona que precisa el apoyo o transmitirle por su parte bienes por igual título. En las medidas de apoyo voluntarias estas prohibiciones no resultarán de aplicación cuando el otorgante las haya excluido expresamente en el documento de constitución de dichas medidas". En el caso del Código Civil y Comercial argentino, las prohibiciones están contempladas en el art. 120 referido a la tutela ("Quien ejerce la tutela no puede, ni con autorización judicial, celebrar con su tutelado los actos prohibidos a los padres respecto de sus hijos menores de edad. Antes de aprobada judicialmente la cuenta final, el tutor no puede celebrar contrato alguno con el pupilo, aunque haya cesado la incapacidad"), que se aplica a la curatela (cf. art. 138, Cód. Civ. y Com.) y por analogía a los apoyos designados judicialmente.

No encontramos en Argentina una norma similar al art. 252, Cód. Civil español: "El que disponga de bienes a título gratuito en favor de una

persona necesitada de apoyo podrá establecer las reglas de administración y disposición de aquellos, así como designar la persona o personas a las que se encomienden dichas facultades. Las facultades no conferidas al administrador corresponderán al favorecido por la disposición de los bienes, que las ejercerá, en su caso, con el apoyo que proceda. Igualmente podrán establecer los órganos de control o supervisión que se estimen convenientes para el ejercicio de las facultades conferidas”.

IX. El defensor judicial como medida formal de apoyo

En cuanto al “nombramiento de defensor judicial como medida formal de apoyo procederá cuando la necesidad de apoyo se precise de forma ocasional, aunque sea recurrente” (art. 250, Cód. Civil) y está regulado en los arts. 295 a 298, Cód. Civil español. Según el art. 295, Cód. Civil español, esta designación procede: “1º Cuando, por cualquier causa, quien haya de prestar apoyo no pueda hacerlo, hasta que cese la causa determinante o se designe a otra persona. 2º Cuando exista conflicto de intereses entre la persona con discapacidad y la que haya de prestarle apoyo. 3º Cuando, durante la tramitación de la excusa alegada por el curador, la autoridad judicial lo considere necesario. 4º Cuando se hubiere promovido la provisión de medidas judiciales de apoyo a la persona con discapacidad y la autoridad judicial considere necesario proveer a la administración de los bienes hasta que recaiga resolución judicial. 5º Cuando la persona con discapacidad requiera el establecimiento de medidas de apoyo de carácter ocasional, aunque sea recurrente”.

En Argentina no hay una figura análoga en el Código Civil y Comercial, aunque nuevamente podría alguien interpretar que a través del art. 43, Cód. Civil, antes citado se pueden designar apoyos para actos específicos sin que ello vaya acompañado de una resolución judicial de restricción a la capacidad (18).

(18) Ver GIAVARINO, Magdalena B. — BALMACE-DA, Mónica P., “La consideración del sistema de ‘apoyos’ como recurso autónomo”, DFyP 2017 (diciembre), 15/12/2017, p. 152; MUÑIZ, Carlos, “Algunas precisiones sobre la noción de apoyo a las personas con discapacidad. Comentario acerca del Informe de la Relatora especial sobre los Derechos de las Personas con Disca-

Esta posibilidad sería semejante al inc. 5º antes transcrito del art. 295, Cód. Civil español. Otra norma con vinculación con los incs. 1º y 2º del art. 295, Cód. Civil español, sería el art. 103, Cód. Civ. y Com. argentino cuando regula las formas en que interviene el Ministerio Público de la Defensa, especialmente como actuación judicial principal: “i) cuando los derechos de los representados están comprometidos, y existe inacción de los representantes; ii) cuando el objeto del proceso es exigir el cumplimiento de los deberes a cargo de los representantes; iii) cuando carecen de representante legal y es necesario proveer la representación”. Por su parte, con relación al inc. 4º del art. 295, Cód. Civil español, el art. 34, Cód. Civ. y Com. argentino contempla la posibilidad de nombrar apoyos o curadores durante el proceso como medida cautelar.

X. Los supuestos de representación

Mientras que en la nueva ley española la curatela puede excepcionalmente incluir facultades de representación (art. 249, Cód. Civil), en el Código Civil y Comercial argentino la posibilidad de otorgar funciones de representación se presenta de dos modos: por la designación de “apoyos” con esas funciones en el caso de personas con capacidad restringida (arts. 32, primer párrafo, y 101, inc. c, Cód. Civ. y Com.), o bien por la designación de un “curador” (arts. 32, último párrafo, y 101, inc. c, Cód. Civ. y Com.): “[P]or excepción, cuando la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interactuar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado y el sistema de apoyos resulte ineficaz” (art. 32, último párrafo, Cód. Civ. y Com.).

El Cód. Civil español precisa también el carácter excepcional de las medidas de representación. Así, en el art. 249, Cód. Civil: “En casos excepcionales, cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona, las medidas de apoyo podrán incluir funciones representativas. En este caso, en el ejercicio de esas funciones se deberá tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con dis-

capacidad (A/HRC/34/58)”, DFyP 2019 (febrero), p. 145, AR/DOC/1343/2018.

capacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación". También vemos ese carácter excepcional en el art. 269, Cód. Civil: "Solo en los casos excepcionales en los que resulte imprescindible por las circunstancias de la persona con discapacidad, la autoridad judicial determinará en resolución motivada los actos concretos en los que el curador habrá de asumir la representación de la persona con discapacidad".

En Argentina, para el caso de los "apoyos con funciones de representación" (art. 101, inc. c, Cód. Civ. y Com.) no se pide explícitamente que la determinación de las funciones de representación para los apoyos sea motivada, ni excepcional, ni que sea para actos concretos. Pero ello puede inferirse de todo el ordenamiento civil y convencional.

XI. Registración de las medidas e impugnación de actos

Tanto en la ley española, como en el Código Civil y Comercial argentino, el Registro Civil opera como lugar donde se asientan las medidas de apoyo. Sin embargo, la modificación del art. 84 de la ley de Registro Civil de la ley 8/2021 brinda mayores resguardos para la protección de los datos personales: "Solo el inscrito o sus representantes legales, quien ejerza el apoyo y que esté expresamente autorizado, el apoderado preventivo general o el curador en el caso de una persona con discapacidad podrán acceder o autorizar a terceras personas la publicidad de los asientos que contengan datos especialmente protegidos en los términos que reglamentariamente se establezcan. Las Administraciones Públicas y los funcionarios públicos podrán acceder a los datos especialmente protegidos del apart. 1.b) del art. 83 cuando en el ejercicio de sus funciones deban verificar la existencia o el contenido de medidas de apoyo".

Como contracara del reconocimiento de la plena autonomía, se encuentran las restricciones a la posibilidad de impugnar la validez de actos celebrados por la persona con discapacidad. Este tema es regulado en el art. 1302, inc. 3º del Cód. Civil español que distingue según la nulidad la pida la propia persona con discapaci-

dad, los herederos o la persona a la que hubiera correspondido prestar el apoyo. En este caso, se habilita la posibilidad de pedir la anulación solo "cuando el otro contratante fuera conocedor de la existencia de medidas de apoyo en el momento de la contratación o se hubiera aprovechado de otro modo de la situación de discapacidad obteniendo de ello una ventaja injusta".

En cambio, en Argentina no hay tal limitación en la legitimación para pedir la nulidad luego de inscrita la sentencia (art. 44, Cód. Civ. y Com.) e incluso se pueden anular "actos anteriores a la inscripción de la sentencia pueden ser declarados nulos, si perjudican a la persona incapaz o con capacidad restringida, y se cumple alguno de los siguientes extremos: a) la enfermedad mental era ostensible a la época de la celebración del acto; b) quien contrató con él era de mala fe; c) el acto es a título gratuito" (art. 45, Cód. Civ. y Com.). Un problema que presenta la legislación argentina es que "los registros de la capacidad de las personas son provinciales y es posible que una persona que contrate con un sujeto restringido en su capacidad no pueda enterarse que el acto que fue objeto de ese contrato le estaba vedado pues la sentencia fue dictada e inscrita en el registro perteneciente a otra provincia" (19).

XII. Conclusiones

A modo de recapitulación, van algunas conclusiones de este primer análisis comparativo entre ambos ordenamientos:

— Metodológicamente, la reforma española es más amplia y completa, pues no se limita al Código Civil, sino que abarca otras leyes, especialmente procesales.

— En lo terminológico, España usa la expresión medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica y Argentina la expresión "restricciones a la capacidad".

(19) RIVERA, Julio C. — CROVI, Luis D., "Derecho Civil. Parte General", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2ª ed. actualizada, cap. X - Personas incapaces y con capacidad restringida, <https://proview.thomson-reuters.com/launchapp/title/laley/2018/42620765/v1/document/53AC014B-9A3F-A86A-6514-FB17F6E8EBF8/anchor/9E52EA81-AA3A-30C6-E584-B620DB4E9D6B>.

— En cuanto a los principios, ambos ordenamientos confieren centralidad a la autonomía, tanto en lo que concierne a la propuesta de medidas de apoyo como al criterio de actuación de las personas que las llevan adelante.

— En ambos sistemas el límite a la autonomía se encuentra en la necesidad de evitar conflictos de intereses e influencia indebida, tal como surge del art. 12 de la Convención DPD.

— En el ordenamiento jurídico argentino se advierte mayor presencia del principio de protección e incluso se precisa que es función del curador tratar de que [la persona con discapacidad] recupere su salud. En España la presencia del principio de protección es muy acotada y no hay menciones a aspectos terapéuticos.

— Las medidas de apoyo que están reguladas explícitamente en España son: las voluntarias, la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial. En Argentina encontramos la restricción a la capacidad, la incapacidad, la inhabilitación y los apoyos extrajudiciales.

— En ambos países ahora la tutela queda limitada a los casos de personas menores de edad.

— En España se suprime la prodigalidad como institución autónoma, mientras que en Argentina subsiste bajo la figura de inhabilitación.

— España otorga preminencia a las medidas voluntarias de apoyo y las regula en detalle. En Argentina, no hay una regulación propia y autónoma de estas medidas, aunque hay algunas menciones aisladas en el art. 139, Cód. Civ. y Com., sobre la posibilidad de proponer la persona que ejercerá la curatela, en el art. 60, Cód. Civ. y Com. sobre tratamientos médicos y en el art. 43, Cód. Civ. y Com.

— En España se regulan detalladamente los poderes preventivos mientras que en Argentina el tema presenta algunas complicaciones porque según el inc. e del art. 1329, Cód. Civ. y Com., el mandato se extingue por la incapacidad del mandante o del mandatario.

— El art. 43, Cód. Civ. y Com. argentino, al mencionar la posibilidad de apoyos extrajudiciales, queda abierto a interpretación para determinar si puede considerarse como una

medida análoga a la guarda de hecho que regula la ley española. Sin embargo, el art. 43, Cód. Civ. y Com. no ofrece ninguna orientación sobre cuándo sería jurídicamente relevante esa guarda de hecho y en qué casos se requiere la intervención judicial, de la que habla el mismo art. 43, Cód. Civ. y Com.

— En España, la curatela es la figura central de la nueva ley, es proporcionada a las necesidades de la persona y flexible. En Argentina, el paralelo se encuentra con las restricciones a la capacidad y la designación de apoyos.

— Debe tenerse en cuenta que el término “curador” de la ley española engloba tanto al apoyo del primer y segundo párrafos del art. 32, Cód. Civ. y Com., como al “curador” del último párrafo del mismo artículo.

— En España, la curatela se debe revisar cada tres años, pero excepcionalmente se puede establecer por decisión judicial que esa revisión sea cada seis años. En Argentina el plazo es de 3 años.

— La ley española regula con más detalle los casos en que el juez puede apartarse de la propuesta de designación de un curador hecha por la persona interesada.

— La ley española regula en detalle las prohibiciones para ser curador y las causales de remoción o excusación del curador. Estas disposiciones se encuentran reguladas de forma explícita para el “curador” de la ley argentina por la remisión que el art. 138, Cód. Civ. y Com., hace a las normas sobre tutela, pero no hay una tal remisión para el caso de la designación de apoyos. Sin embargo, la doctrina considera aplicables por analogía esas disposiciones a la designación y actuación de los apoyos.

— El nombramiento de un defensor judicial es una medida ocasional regulada en la ley española, que encuentra semejanza con la actuación del Ministerio Público regulada en el art. 103, Cód. Civ. y Com., con la posibilidad de nombrar apoyos prevista en el art. 43, Cód. Civ. y Com., y con las normas sobre medidas cautelares del art. 34, Cód. Civ. y Com.

— En ambos ordenamientos se mantienen supuestos excepcionales de representación.

— Tanto la ley española, como la argentina disponen que las medidas de apoyo o restricción a la capacidad, respectivamente, sean inscriptas en el Registro Civil, pero en la ley española se incorporan disposiciones sobre protección de datos personales.

— La ley española es más restrictiva en cuanto a la posibilidad de impugnar actos celebrados por la persona con discapacidad en caso de que sea el curador quien solicite la nulidad. En cambio, en Argentina, no hay tal limitación de la legitimación para impugnar actos e incluso se pueden impugnar actos anteriores a la sentencia.

En síntesis, mientras que la figura de la curatela de la ley española encuentra un claro paralelo con la restricción a la capacidad regulada

por el Código Civil y Comercial, se advierte que varios supuestos regulados de forma explícita y detallada en la ley española (medidas voluntarias de apoyo, guarda de hecho y defensor judicial) podrían guardar relación con las disposiciones genéricas y abiertas del art. 43, Cód. Civ. y Com. argentino, en tanto este artículo regula los apoyos extrajudiciales (aunque luego exige que sean aprobados por el juez) y los apoyos como una posible medida independiente y aislada, sin que ello signifique un proceso de restricción a la capacidad. Sin embargo, como ello no va acompañado de normas procesales y la redacción del art. 43, Cód. Civ. y Com. es muy escueta, no se advierte cómo se volvería operativa esta disposición para el cumplimiento de los fines de las figuras que están desarrolladas en la nueva ley española. Seguramente este sea uno de los puntos que habrá que considerar en futuras reformas del ordenamiento jurídico argentino.