

SILVIA VÉLIZ VITE

**LA PRODIGALIDAD: UN ESTUDIO DESDE EL
DERECHO ROMANO HASTA LA REFORMA DE LA LEY
8/2021 DE APOYO A LAS PERSONAS CON
DISCAPACIDAD**

TRABAJO DE FIN DE GRADO

Dirigido por el Dr. ALBERT GÓMEZ JORDÁN

GRADO DE DERECHO



UNIVERSITAT ROVIRA i VIRGILI

Tarragona

2023

“Disfruta de lo que tienes como si tuvieras que morir pronto, y gástalo comedidamente como si hubieses de vivir todavía. Sabio será aquel que comprenda ambos preceptos y ponga medida a la avaricia y a la prodigalidad.”

Luciano de Samósata.

Este TFG se ha desarrollado en la modalidad de:

Trabajo de Investigación

Este trabajo de investigación se presenta siguiendo las directrices para autores previstas en la Revista Glossae.

Disponible en:

<https://www.glossae.eu/glossaeojs/about/submissions>

Resumen:

El objeto del presente trabajo de investigación se centra en analizar la situación jurídica del pródigo partiendo de la base de su configuración en Derecho Romano y examinando también los diferentes mecanismos de protección introducidos en el Código Civil a través de la Ley 8/2021, para el apoyo de personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica -y en el Código Civil de Cataluña a través del Decreto-ley 19/2021-. En esta nueva regulación veremos como desaparece la figura de la declaración de prodigalidad como figura autónoma.

Palabras clave: Pródigo, prodigalidad, discapacidad, curatela, medidas de apoyo

Resum:

L'objecte del present treball de recerca se centra en analitzar la situació jurídica del pròdig partint de la base de la seva configuració en Dret Romà i també a través de l'examen dels diferents mecanismes de protecció introduïts al Codi Civil a través de la Llei 8/2021, per al Suport de persones amb discapacitat en l'exercici de la seva capacitat jurídica -i al Codi Civil de Catalunya a través del Decret llei 19/2021-. En aquesta nova regulació veurem com desapareix la figura de la declaració de prodigalitat com a figura autònoma.

Paraules clau: Pròdig, prodigalitat, discapacitat, curatela, mesures d'assistència

Abstract:

The purpose of this research work focuses on analysing the legal situation of the prodigal starting from the basis of its configuration in Roman Law and examining the different mechanisms of protection introduced in the Civil Code through the Law 8/2021, for the support of people with disabilities in the exercise of their legal capacity -and in the Civil Code of Catalonia through the Decree-Law 19/2021-. In this new regulation we will see how the figure of the declaration of prodigality as an autonomous figure disappears.

Keywords: Prodigal, prodigality, disability, curatorship, support measures

ÍNDICE

ABREVIATURAS UTILIZADAS	7
INTRODUCCIÓN	8
I. LA FIGURA JURÍDICA DE LA PRODIGALIDAD EN EL DERECHO ROMANO	9
1.1. Origen histórico	9
1.2. Definición	11
1.3. Requisitos.....	12
1.4. Figura de protección de la prodigalidad	14
II. LA FIGURA DE LA PRODIGALIDAD EN LA LEY 8/2021	17
2.1. Modificación del régimen legal de la protección a la discapacidad	17
2.1.1. Modificaciones en el Código Civil.....	18
2.1.2. Modificaciones en la Ley de Enjuiciamiento Civil	18
2.1.3. Modificaciones en la Ley de Jurisdicción Voluntaria	19
2.1.4. Modificaciones en la Ley del Notariado.....	20
2.2. Supresión de la declaración de prodigalidad	21
2.3. Medidas de Apoyo	22
2.3.1. Medidas voluntarias.....	23
2.3.2. Medidas informales	24
2.3.3. Medidas formales	26
III. LA PRODIGALIDAD EN CATALUÑA	27
3.1. Medidas de Asistencia	28
3.2. Primeras resoluciones judiciales que aplican el Decreto-ley 19/2021	29
CONCLUSIONES	31
BIBLIOGRAFÍA	33
LEGISLACIÓN	34
JURISPRUDENCIA	34
WEBGRAFÍA	35

ABREVIATURAS UTILIZADAS

Art.: Artículo

C.E.: Constitución Española de 29 de diciembre de 1978

C.C.: Código Civil, de 24 de julio de 1889

C.C.Cat.: Código Civil de Cataluña

D.: Digesto

I.: Instituciones de Justiniano

L.E.C.: Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil

L.J.V.: Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria

P.S.: *Pauli Sententiae* (Sentencias de Paulo)

S.A.P.: Sentencia de la Audiencia Provincial

S.J.P.I.: Sentencia del Juzgado de Primera Instancia

Op. Cit.: Obra citada

INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo de investigación pretendemos abordar una figura un poco compleja y olvidada como es la prodigalidad. Compleja en el sentido de que siempre ha sido un problema para el legislador definirla y ubicarla dentro de nuestro ordenamiento jurídico y olvidada en lo referente a que se trata de una figura relativamente desconocida para el jurista que sale de un grado universitario de Derecho, puesto que es una institución sobre la que no se realiza un examen en profundidad.

Nuestro interés por estudiar la prodigalidad tiene un objetivo dual. Por una parte, seguir el hilo conductor de ciertas instituciones iusprivatistas que, de una u otra forma han quedado plasmadas en la tradición jurídica española. Por otra parte, examinar la profunda reforma que ha sufrido nuestro ordenamiento jurídico en cuanto a las personas con discapacidad y la supresión de la declaración de prodigalidad, incidiendo en los puntos más novedosos de la reforma y en la jurisprudencia más reciente sobre la cuestión.

La metodología utilizada para la primera parte del trabajo, dedicada al Derecho romano, ha sido el estudio de las fuentes a través del método histórico crítico, diferenciando entre las diversas épocas del Derecho romano. Por lo que se refiere a la segunda parte, que viene reservada al estudio del Derecho español y catalán, el estudio se ha llevado a cabo mediante el método dogmático de análisis de la legislación, la doctrina y la jurisprudencia relacionada con la reforma.

El trabajo se estructura en tres capítulos. En el primer capítulo se expone el origen de la figura de la prodigalidad desde una perspectiva histórica; en concreto, desde el Derecho romano. En el segundo capítulo se lleva a cabo un análisis de la reciente reforma que ha sufrido nuestro ordenamiento jurídico a través de la Ley estatal 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. En el tercer capítulo, nos centramos en el estudio de las medidas de asistencia fijadas en el ámbito de Cataluña por el Decreto ley 19/2021, por el cual se adapta el Código civil de Cataluña a la reforma del procedimiento de modificación judicial de la capacidad. Finalmente, un último apartado viene dedicado a las consideraciones conclusivas del estudio.

I. LA FIGURA JURÍDICA DE LA PRODICALIDAD EN EL DERECHO ROMANO

1.1. Origen histórico

El Derecho romano conocía por *prodigus* a “quien carecía de límites en el tiempo y en la medida de sus gastos y quien está consumiendo su patrimonio dilapidándolo y disipándolo” (*Ulp. 1 ad Sab. D. 27,10,1,pr.*¹). En un inicio, el pródigo tenía tanto capacidad negocial como delictual, pero en vista a su comportamiento derrochador, su capacidad podía ser limitada.²

En una primera fase, que corresponde a la época arcaica (454 a.C.), los pródigos no eran incapacitados automáticamente, sino que una disposición de las XII Tablas, que fue el primer *corpus* jurídico conocido de occidente en el que se daba una reunión de usos y costumbres ancestrales (*mores maiorum*), preveía que podían ser privados de la posibilidad de administrar su patrimonio y solo se aplicaba a los bienes recibidos *ab intestato* por la vía paterna. Y todo ello con la finalidad de conservar la herencia en favor de sus familiares.

En concreto, en las XII Tablas se disponía que, en estos supuestos, el magistrado (pretor) debía dictar una resolución (decreto de interdicción)³ mediante la cual procediera a prohibir al pródigo la administración de sus bienes. La resolución de la condición de pródigo debía ser formalmente declarada por el magistrado mediante la siguiente fórmula⁴: *Quando tibi bona paterna abitaque nequitia tua disperdias liberosque tuos ad egestatem perducis, ob eam rem tibi ea re comercio que interdico* (P.S. 3,4,7)⁵.

¹ *Ulp. 1 ad Sab. D. 27,10,1,pr.: Lege duodecim tabularum prodigo interdicatur bonorum suorum administratio, quod moribus quidem ab initio introductum est. Sed solent hodie praetores vel praesides, si talem hominem invenerint, qui neque tempus neque finem expensarum habet, sed bona sua dilacerando et dissipando profudit, curatorem ei dare exemplo furiosi: et tamdiu erunt ambo in curatione, quamdiu vel furiosus sanitatem vel ille sanos mores receperit: quod si evenerit, ipso iure desinunt esse in potestate curatorum.*

² BARRIO GALLARDO, A., “La prodigalidad en el Derecho Romano”, *El largo camino hacia la libertad de testar. De la legítima al derecho sucesorio de alimentos*, 2012, p. 299.

³ BARRIO GALLARDO, A., op. cit., p. 317. (2012).

⁴ CANTARELLA, E., *Instituciones e Historia del Derecho Romano Mayores in Legibus*. Valencia, esta obra fue traducida del italiano por: María Isabel Núñez Paz y Carla Rubiera Cancelas, 2017, p. 178.

⁵ Traducción: “Puesto que con tu ineptitud dilapidas los bienes paternos y conduces a tus hijos a la pobreza, te retiro el poder de disposición sobre ellos”.

Cuando se le prohíbe al pródigo la administración de sus bienes, se acompaña del nombramiento de un curador que es elegido por el magistrado, de entre los más próximos familiares agnados o miembros de la gens a la que pertenece la persona pródigo. Los familiares agnados son aquellos familiares que en algún momento estuvieron bajo la patria potestad de un *paterfamilias* común (habitualmente los hermanos), y los miembros de la gens son los que forman parte de la misma tribu; esto es, el grupo familiar amplio, que venían denominados con el mismo apellido o gentilicio. En caso de que no hubiera curador legítimo o en caso de que fuera inepto, el magistrado podía nombrar curador a persona distinta de la familia o miembro de la gens (curatela dativa). Cabe señalar también que no existía curatela testamentaria, pero si, por ejemplo, a un enfermo mental le era designado por su padre en testamento un curador, el Pretor podía confirmarlo (*Tryph. 13 disput. D. 27,10,16,pr.*)⁶.

En el Derecho preclásico y clásico vemos que existieron dos tipos de pródigos: aquellos a los que se refirió la Ley de las XII Tablas, respecto de los cuales el decreto de interdicción del magistrado abarcaba exclusivamente los bienes recibidos por vía paterna, y los que, no teniendo esta clase de bienes, eran privados del comercio por el pretor por asimilarse a los *furiosi* (enfermos mentales). Aunque se equiparó el pródigo a la figura del loco, no es en realidad idéntica la condición jurídica de ambos, ya que al pródigo no le falta capacidad, sino poder de disposición, y se le considera una persona con inteligencia, pero deficiente, como a los *impúberes infantia maiores*, y por eso -tal y como señalaremos más adelante- puede en todo momento mejorar su condición sin practicar actos onerosos⁸.

En realidad, a través del Pretor, el decreto de interdicción dejó de aplicarse solo a los negocios que afectaban directamente a la herencia recibida del padre, y pasó a aplicarse a todos los negocios que suponían un perjuicio para el patrimonio en conjunto. En cambio, en el Derecho postclásico vemos como aplicaban a las personas mentalmente sanas la regla de la capacidad de obrar de los enfermos mentales, ya que en los momentos en que

⁶ *Tryph. 13 disput. D. 27,10,16,pr.: Si furioso puberi quamquam maiori annorum viginti quinque curatorem pater testamento dederit, eum praetor dare debet secutus patris voluntatem: manet enim ea datio curatoris apud praetorem, ut rescripto divi Marci continetur.*

⁷ IGLESIAS, J., *Derecho romano*, Barcelona, 1979, p. 589.

⁸ BARRIO GALLARDO, A., op. cit., pp. 314-316. (2012).

estas perdían circunstancialmente su lucidez, sus efectos eran equiparados a los efectos de la incapacidad de obrar que tenían los locos.

Ya en el Derecho Justiniano hay una gran evolución tanto en la declaración de la prodigalidad, como en la figura de la curatela, ya que se procede a declarar pródigo a una persona, aunque carezca de hijos, y la curatela pasa a establecerse en el interés del pródigo y no solo se centra en lo patrimonial. En base a la evolución que ha tenido la figura de la prodigalidad a lo largo del Derecho romano, podemos considerar que podía declararse pródigo a aquel que dilapidaba su fortuna, sin importar la forma en que la hubiese adquirido⁹.

1.2. Definición

La prodigalidad viene definida en algunas manifestaciones de la filosofía grecolatina. Platón, en sus diálogos, muestra la ligereza con la que los hombres suelen malgastar la riqueza, que no es debida a su propio esfuerzo, sino que ha sido dada por otros títulos. También Aristóteles dedica un capítulo en su obra “Ética para Nicómaco”, donde distingue la avaricia y la prodigalidad, y comenta que los pródigos no saben dominarse y que gastan locamente para satisfacer su intemperancia¹⁰.

Si nos centramos en el Derecho Romano, podemos afirmar que la persona pródiga es aquella persona física que dilapida sus bienes en perjuicio de sus herederos, poniendo en riesgo la subsistencia de su familia y de sí mismo. Es importante mencionar que la persona pródiga no es un enfermo mental, ya que la prodigalidad no es una enfermedad sino una debilidad de carácter.

Como hemos visto también al inicio del presente trabajo, en el Digesto (en concreto, en *Ulp. 1 ad Sab. D. 27,10,1,pr.*, el jurista Ulpiano define al pródigo como una persona que no sea capaz de llevar sus cuentas y no tenga límites en sus gastos, y que se arruine dilapidando y malgastando sus bienes.

⁹ PANERO, R., “ Tutela y Curatela ”, *Derecho Romano*, Valencia, 2021, pp. 270-271.

¹⁰ BARRIO GALLARDO, A., op. cit., pp. 297,298. (2012).

Así, con todas estas definiciones podemos entender el verdadero sentido de la palabra prodigalidad, que es la disipación insensata de los propios bienes, que a su vez es una especie de destrucción de sí mismo, puesto que solo se vive con lo que se tiene.

1.3. Requisitos

Como hemos visto en el apartado relativo al origen histórico, en Derecho romano el pródigo debía ser un sujeto de derecho con obligaciones y deberes tanto desde el punto de vista familiar como de negocios, tener a su cargo familiares directos, y un comportamiento reiterativo en gastos no útiles y de forma desordenada poniendo en peligro la economía familiar. El concepto de persona física no tenía el significado que tiene en la actualidad, así que para ser considerado sujeto de derecho era necesario que se cumpliera con tres requisitos, que estaban relacionados con los tres *status*¹¹:

- ***Status libertatis***: ser persona libre; esto es, no ser esclavo.
- ***Status civitatis***: ser ciudadano romano. Las formas en que se podía adquirir la ciudadanía romana eran: a través de nacimiento de padres romanos, o mediante una manumisión solemne, o por concesión de la asamblea (comicios).
- ***Status familiae***: era la situación que existía entre los miembros de la familia romana. En este sentido, el *status familiae* de una persona podía ser *sui iuris* (que no se encontraba bajo el poder o potestad de nadie) o *alieni iuris* (que era la persona que se encontraba sujeta al poder del *paterfamilias*).

En base a lo expuesto, el hombre libre, ciudadano romano y *sui iuris* poseía plenos poderes dentro de la estructura familiar. Se encontraba representado en la figura principal de padre y esposo, como jefe de familia (*paterfamilias*), con plenos poderes sobre la esposa *cum manu*, los hijos y los esclavos, (estos últimos no disponían de ninguno de los tres *status*).

¹¹ MIQUEL, J., "Sujetos de Derecho", *Derecho Romano*, Madrid, 2016, pp. 105-114.

De hecho, en la época clásica el *paterfamilias* era el único sujeto de derecho con plena capacidad jurídica y de obrar. Pero con el paso del tiempo la esposa y los hijos fueron adquiriendo un *status* de poder que les habilitaba para poder realizar acciones en su propio beneficio y en contra del *paterfamilias*, para proteger el patrimonio económico familiar.

Podemos decir que una persona *sui iuris* podía tener limitada su capacidad de obrar en atención a diferentes circunstancias, ya fuera por la edad, enfermedad mental o en este caso la prodigalidad. Con lo cual es necesario tener presentes los conceptos de capacidad jurídica y capacidad de obrar para entender mejor la persona del pródigo. La capacidad jurídica es la que permite tener derechos y obligaciones, ser titular de un patrimonio. Por otro lado, la capacidad de obrar es la que permite realizar actos jurídicos válidos y ejercer derechos y obligaciones específicos como, por ejemplo: otorgar un testamento, actuar en concepto de fiador o ser constreñido a la devolución de un préstamo¹².

A grandes rasgos, los presupuestos que se tenían que dar para que el Pretor pudiera dictar la interdicción del pródigo eran: por un lado, que los bienes objeto de malgasto proviniesen por sucesión intestada y que existieran agnados o gentiles que se vieran afectados por tal malversación, ya que en este caso se estaba impidiendo que les llegasen los activos del patrimonio familiar heredado¹³. El Pretor para declarar pródigo a una persona dictaba una orden de carácter provisional, que no era una declaración automática de prodigalidad, sino que iba enfocada a proteger los bienes del presunto pródigo. Con lo cual este podía acatarla y, si era así, pasaba a ser una orden definitiva, pero si no la acataba y seguía dilapidando su patrimonio, el Pretor podía dictar una resolución en la cual le prohibía la administración de sus bienes y el ejercicio del comercio.

Las consecuencias jurídicas que se derivaban de esta resolución eran: la modificación de la capacidad de obrar del sujeto de derecho declarado pródigo, la constitución de una curatela con la finalidad de amparo económico de la familia, y la prohibición de realizar cualquier acto económico que fuera perjudicial tanto para él y su familia en relación con su patrimonio. Sin embargo, se le permitía realizar actos que fueran beneficiosos para mejorar su situación; por ejemplo: aceptar regalos y donaciones.

¹² FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., "La persona física causas modificativas de la capacidad jurídica", *Derecho Privado Romano*, Madrid, 2017, pp. 187, 213.

¹³ BARRIO GALLARDO, A., op. cit., p. 306. (2012).

También se le prohibía realizar testamento, instituir heredero o ser testigo en un testamento, ya que le faltaba la capacidad de obrar. De hecho, las personas que habían sido privadas de administrar sus bienes no podían transmitir nada, ya que legalmente no disponían de nada. En el supuesto de que el declarado pródigo llegaba a recuperar su capacidad de obrar dejaba de estar inmerso en la causa de prodigalidad, y era necesario que el Pretor formalizara su estado mediante una nueva resolución, que le otorgaba su plena capacidad de obrar¹⁴.

1.4. Figura de protección de la prodigalidad

En el Derecho Romano -en concreto, en las XII Tablas-, encontramos recogidas dos instituciones de protección y de asistencia, la tutela y la curatela, que fueron creadas para sustituir y complementar a las personas que tenían disminuida su capacidad de obrar.

Justiniano reproduce en las Instituciones la definición elaborada por el jurista Servio sobre la tutela (Inst. 1,13,1)¹⁵, que nos define la tutela como un poder y una potestad sobre una persona libre, otorgado y permitido por el Derecho Civil para proteger a quienes siendo *sui iuris*, por razón de su edad, no podían defenderse por sí mismas. La tutela se debe concebir como una institución encaminada a proteger a las personas impúberes que no pueden defenderse por sí mismas, sobre los que se ejercerá poder y potestad en el ámbito patrimonial y no en la efectiva protección de esas personas.

En una primera época la tutela era tratada como una institución de carácter egoísta, es decir, el tutor defendía al asumir ese cargo sus propios intereses en el sentido de que podía ser él un posible heredero de ese patrimonio. En una segunda etapa se supera la anterior concepción y el interés del tutor pasa a segundo plano, puesto que es sometido a inspección pública, con lo cual prevalece el interés legal del declarado incapaz. Cabe decir que en la época clásica la figura de la tutela únicamente quedaba reservada para los impúberes (*tutela impuberum*) y también para las mujeres (*tutela mulierum*). Sin embargo, para los *furiosi* y los pródigos se reservaba la institución de la curatela.

¹⁴ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., op. cit., p. 212. (2017).

¹⁵ Inst.1,13,1: *Est autem tutela, ut Servius definit, ius ac potestas in capite libero ad tuendum eum qui propter aetatem se defendere nequit, iure civili data ac permissa.*

La curatela tenía por objeto la gestión y administración del patrimonio del sujeto incapaz cuya capacidad de obrar había sido limitada o eliminada, limitándose el curador a sustituir al asistido solo en el ámbito patrimonial, siendo esta su principal diferencia con la tutela, ya que la misma se ejerce sobre personas que nunca han gozado de dicha capacidad de obrar¹⁶.

La curatela era un encargo de administración que iba dirigido a sujetos incapaces de administrar sus bienes, con la finalidad de proteger a otros sujetos que realizaban negocios jurídicos para que no resulten perjudicados, por personas que debían ser asistidas en la administración del patrimonio y en el ejercicio del comercio con tal de obtener una seguridad jurídica. La curatela comporta la idea de necesidad de cuidado y protección de personas *sui iuris* incapaces. Existen diferentes tipos de curatela:

- ***Cura furiosi***: por ley o por decisión del magistrado se nombraba un curador para enfermos mentales.
- ***Cura prodigi***: ésta consiste en la administración de los bienes del pródigo, persona que por sus hábitos de dilapidación era declarada por el Pretor incapaz de administrar sus propios bienes, prohibiéndole realizar actos que fueran perjudiciales para su patrimonio, dejándole únicamente realizar actos jurídicos que mejorasen su condición, tales como la aceptación de donaciones o regalos. Su régimen jurídico era, por lo tanto, similar al de los *impúberes infantia maiores*. Con esto se puede comprender como la curatela del pródigo no pretendía proteger al pródigo, es decir, a la persona que se veía sumida en la miseria, sino que garantizaba que los bienes procedentes de la herencia siguieran su curso habitual en la sucesión¹⁷.
- ***Cura minorum***: para aquellos que habían alcanzado la pubertad -en concreto, los varones mayores de 14 años, pero menores de 25- que tenían plena capacidad de obrar, podían solicitar que se les designara o nombrara un

¹⁶ COLMENAR MALLÉN, M. D. C., "Ciertos aspectos de la incapacidad en Derecho romano, Derecho actual en España y regulación en algunos países de nuestro entorno", *Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo*, Oviedo, 2021, pp. 1464-1468.

¹⁷ BARRIO GALLARDO, A., op. cit., p. 306. (2012).

curador para que los asistiera jurídicamente para la conclusión de un acto o negocio jurídico concreto o bien para que los ayudaran en sus relaciones patrimoniales con carácter general¹⁸.

Además de las anteriores curatelas, también existían otros tipos de curatela que no están directamente relacionadas con el ámbito de la discapacidad como la *cura ventris* y la *cura bonorum*:

- ***Cura ventris***: se contemplaba esta curatela para la protección del concebido y aún no nacido (*nasciturus*); el *curator ventris* era el encargado de velar por sus intereses, comenzando por el derecho a nacer; para lo cual debía adoptar toda clase de medidas destinadas a su salvaguarda.
- ***Cura bonorum***: venía reservada para cuidar de masas patrimoniales en muy distintos supuestos, como, por ejemplo: herencia yacente, ejecución sobre el patrimonio del deudor, etc.

Por otra parte, hemos podido observar que en el Derecho justiniano las figuras de la tutela y de la curatela tendieron a aproximarse. Por ello, a diferencia del Derecho clásico, donde la intervención del curador era solo para negocios jurídicos concretos, en la etapa justiniana el curador adquiere un cierto carácter permanente y la persona que necesita ese complemento de la capacidad de obrar ha de contar con él en todo momento. El curador se empezaba a preocupar más por la suerte que pudiera correr el pródigo que en atención al enriquecimiento patrimonial de sus herederos, aunque sin descuidar del todo esta parte. Por ello muchas de las normas de la tutela pasarían a aplicarse a la curatela.

Todo lo expuesto nos lleva a afirmar que la curatela fue primero un mecanismo de conservación de la fortuna paterna a favor de las generaciones venideras y épocas más tarde sirvió para salvaguardar la protección de la persona del pródigo, acercándolo a aquel

¹⁸ PANERO, R., op. cit., p. 187. (2021).

que padecía una deficiencia mental leve y equiparando su capacidad de obrar a un impúber *infantia maior*¹⁹.

II. LA FIGURA DE LA PRODIGALIDAD EN LA LEY 8/2021

2.1. Modificación del régimen legal de la protección a la discapacidad

Nuestras normas civiles y procesales han sufrido un profundo cambio de concepto con la nueva regulación²⁰ en relación con las personas con discapacidad, ya que antes nuestro sistema se fundamentaba en la sustitución en la toma de las decisiones que afectaban a las personas con discapacidad. En este sentido, antes de la reforma, la declaración de incapacidad y la consiguiente sujeción al régimen de tutela se realizaba por parte del órgano judicial sin tener demasiado en cuenta la voluntad del “presunto incapaz”, tal y como se le denominaba anteriormente²¹.

Ahora la nueva concepción que se adopta es el respeto a la voluntad y las preferencias de las personas discapacitadas, quienes serán las encargadas de tomar sus propias decisiones. En este nuevo régimen vemos que la representación en la toma de decisiones se deja como último recurso.

Podemos entender entonces, que las personas con discapacidad son titulares del derecho a tomar sus propias decisiones, derecho que se deberá de respetar y como menciona la propia norma es una cuestión de derechos humanos. Esta nueva regulación se ha materializado en las varias modificaciones normativas relacionadas con las personas con discapacidad²².

¹⁹ “Cuando el pupilo fuese *infantia maior*, se consideraba, como dice Gayo, que aquel tenía una cierta capacidad de razonar y los actos por él realizados no resultaban inexistentes sino inválidos, los cuales, sin la asistencia del tutor, eran considerados nulos”. CANTARELLA, E., op, cit., p. 173. (2017).

²⁰ Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. Preámbulo.

²¹ CARRIÓN OLMOS, S., “Efectos de la declaración de prodigalidad”, *La Prodigalidad*, Valencia, 2007, p. 142.

²² FERNÁNDEZ, F. R., “La prodigalidad: una figura discutida y discutible. A propósito de su supresión como «institución autónoma» por la Ley 8/2021”, *La ley digital* (2023), pp. 1,2.

2.1.1. Modificaciones en el Código Civil

El Título XI del Libro Primero del C.C. pasa a rubricarse “de las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica”. En el cual se encuentran las medidas voluntarias que puede adoptar la persona con discapacidad, y las diferentes medidas de apoyo. Podemos destacar que la guarda de hecho se transforma en una propia institución jurídica de apoyo, adecuada para salvaguardar los derechos de las personas con discapacidad.

También adquieren especial importancia los poderes y mandatos preventivos, así como la posibilidad de la autotutela. Vemos que se eliminan del ámbito de la discapacidad la tutela, la patria potestad prorrogada y la patria potestad rehabilitada, figuras demasiado rígidas y muy poco adaptadas a la nueva regulación. Por tanto, la tutela queda reservada para los menores de edad que no estén protegidos a través de la patria potestad. Porque ahora el menor con discapacidad que llegue a la mayoría de edad se le prestarán las medidas de apoyo que necesite.

2.1.2. Modificaciones en la Ley de Enjuiciamiento Civil

Se introduce en la LEC una modificación relativa a la capacidad para comparecer en juicio de las personas con medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica, adaptando el lenguaje de las comunicaciones a su nivel de comprensión²³. La principal reforma es que se sustituyen los tradicionales procesos de modificación de la capacidad por los dirigidos a proveer de apoyos a las personas con discapacidad, que solo podrán conducir a una resolución judicial que determine los actos para los que la persona con discapacidad requiera el apoyo, pero en ningún caso la declaración de incapacitación ni a la privación de sus derechos, ya sean personales, patrimoniales o políticos.

La reforma opta por el cauce de la jurisdicción voluntaria de manera preferente, facilitando que el interesado pueda expresar sus preferencias e intervenir activamente, sin perjuicio de que el procedimiento se transforme en uno contradictorio. También se admite la presentación de alegaciones de la persona que aparezca en la demanda como curador,

²³ FERNÁNDEZ, F. R., op. cit., p. 3. (2023).

que haya sido propuesto por la persona con discapacidad. Y para evitar situaciones de desigualdad entre los familiares, se admite que estos también puedan intervenir.

En la LEC también se establece que, una vez admitida la demanda, se debe obtener de los Registros Públicos la información existente sobre las medidas de apoyo adoptadas, para respetar la voluntad de la persona con discapacidad. Además, se prescribe el nombramiento de un defensor judicial cuando aquella no comparezca en el plazo concedido para contestar a la demanda con su propia defensa y representación.

Y respecto a la prueba, en este tipo de procesos, se introduce la posibilidad de que no puedan llevarse a cabo las audiencias preceptivas cuando la demanda la presente la persona interesada y aquellas puedan invadir su privacidad, al dar a conocer a su familia datos íntimos que ella prefiera mantener reservados.

2.1.3. Modificaciones en la Ley de Jurisdicción Voluntaria

Se establece un ajuste en lo que respecta al nombramiento del defensor judicial de menores o personas con discapacidad²⁴. Se incorpora también un nuevo capítulo relativo al expediente de provisión de medidas de apoyo a personas con discapacidad para los supuestos en que no exista oposición, ya que si se da oposición ese expediente de jurisdicción voluntaria se transforma en un procedimiento de la jurisdicción ordinaria.

El procedimiento se regula en el art. 42 bis b) de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, y consta de dos fases:

- **Fase escrita**

Que se inicia con la solicitud de las medidas de apoyo y con una serie de documentos que acrediten la necesidad del apoyo, como, por ejemplo: los dictámenes emitidos por profesionales del ámbito sanitario y social.

²⁴ TENREIRO BUSTO, E., "Incapacitaciones judiciales de la reforma efectuada por la ley 8/2021", Reforma de la LEC y la LJV, Iberley Revista de Análisis (2021).

▪ **Comparecencia**

Para ilustrar a la persona con discapacidad acerca de las diferentes alternativas de apoyo, también se practica la prueba y si no hay oposición el juez dictará un auto con la provisión de apoyos. Y lo podrá promover la propia persona interesada, su cónyuge no separado de hecho o legalmente o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, ascendientes, descendientes, o hermanos. Así como también el Ministerio Fiscal cuando estas personas no hubieran presentado la correspondiente demanda.

El desarrollo incluirá una entrevista con la persona con discapacidad, también la realización de dictámenes periciales y se dará audiencia a su cónyuge o a sus personas más cercanas. Las medidas contenidas en la sentencia que se dicte serán revisadas de conformidad con lo previsto en la legislación civil.

2.1.4. Modificaciones en la Ley del Notariado

Una de las grandes novedades de la reforma es que las medidas de apoyo se podrán constituir extrajudicialmente, mediante escritura pública otorgada ante Notario, si lo solicita la persona con discapacidad²⁵. El notario deberá realizar una entrevista personal con el otorgante, o incluso con sus familiares más próximos, y utilizar todos los medios que estén a su alcance para que la persona con discapacidad pueda manifestar su voluntad. Previa indagación de que no existe riesgo de influencia indebida ni conflicto de intereses, y deberá valorar si la persona afectada es capaz de entender lo que va a firmar²⁶.

Si la persona con discapacidad no es capaz de entender, se deberá remitir el caso a la vía judicial. En el ámbito estatal, la vía judicial es en todo caso subsidiaria a la Notarial, en cambio en Cataluña son vías alternativas, en virtud del Decreto-Ley 19/2021.

²⁵ TENREIRO BUSTO, E., "Incapacitaciones judiciales de la reforma efectuada por la ley 8/2021", Reforma de la Ley del Notariado, Iberley Revista de Análisis (2021).

²⁶ LEY DEL NOTARIADO, de 28 de mayo de 1862, art. 23 modificado por la ley 8/2021.

2.2. Supresión de la declaración de prodigalidad

Antes de la reforma civil y procesal por la Ley 8/2021 la prodigalidad no protegía a la persona sino a su patrimonio. Pero hay que tener en cuenta que con la dilapidación de ese patrimonio no solo quedan afectados los futuros herederos sino también el titular de ese patrimonio²⁷. La Ley 8/2021 adopta los principios de la Convención Internacional hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, sobre los derechos de las personas con discapacidad, en su art. 12 nos dice que se les reconoce una igual capacidad jurídica sin perjuicio de los apoyos puntuales que puedan necesitar en circunstancias concretas²⁸.

El cambio esencial que hace esta reforma es la desaparición de la figura de incapacidad judicial, que deja de existir en el ámbito jurídico. Todas las personas tienen capacidad jurídica, por tanto, ya no existen incapacitados judicialmente. En la legislación anterior, el tutor de una persona con discapacidad decidía por él, firmaba por él, es decir, actuaba por él. En la reforma legal ya no se nombra un tutor. Se atenderá a la necesidad de cada persona, y en algunos casos se puede llegar a nombrar un curador.

En consecuencia, lo que se permite con esta supresión de declaración de incapacidad, es el libre desarrollo de la personalidad y el derecho de igualdad, atendiendo a la voluntad y decisión de la persona que necesite el apoyo. Se suprime la prodigalidad como institución autónoma, dado que los supuestos contemplados por ella encuentran encaje en las normas sobre medidas de apoyo aprobadas por la reforma.

Esta regulación se ha inspirado en el art. 10 de nuestra CE que propugna el respeto a la dignidad de la persona, dando un mayor protagonismo a la voluntad del sujeto ante la toma de cualquier decisión que afecte a su capacidad jurídica. Se debe considerar, como ha puesto de manifiesto la Observación General del Comité de Expertos de las Naciones Unidas²⁹, que dicha capacidad jurídica comprende tanto la titularidad de los derechos como la legitimación para ejercitarlos.

²⁷ FERNÁNDEZ, F. R. op. cit., p. 2-5. (2023).

²⁸ FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M. B., "Medidas de apoyo de carácter voluntario en las situaciones de discapacidad", *Sistema de Apoyos para Personas con Discapacidad. Medidas Jurídico – Civiles y Sociales*, 2021, p. 33.

²⁹ Observación general Nº 1 "del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad", *de la Organización de las Naciones Unidas* (2014), pp. 6,7.

Lo que se hace en este caso es suprimir la incapacitación judicial y aplicar un mecanismo de medidas de apoyo, teniendo en cuenta que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones. A partir de la entrada en vigor de esta ley, las meras privaciones de derechos de las personas con discapacidad quedaron sin efecto y los tutores y curadores, con excepción de los curadores de los declarados pródigos y defensores judiciales nombrados bajo el régimen anterior empezaron a ejercer su cargo conforme a lo dispuesto en esta ley.

En definitiva, lo que la Ley 8/2021 viene a amparar es que, en casos en que nos encontremos ante una persona con discapacidad, si lo necesita, se aplicará un mecanismo de apoyo y se le nombrará un curador. Con lo cual se puede decir que quien dilapide sus bienes no tiene por qué ser una persona discapacitada y realizar dicho comportamiento de forma totalmente consciente y se orientaría más al aspecto de una conducta desordenada, o a una falta de conciencia sobre la gestión del patrimonio. Con esta ley, desde el punto de vista humanista, se marca un antes y un después en el tratamiento de las personas con discapacidad.

2.3. Medidas de Apoyo

La nueva regulación no se centra en la incapacitación ni en la modificación de la capacidad jurídica, sino en crear medidas de apoyo adecuadas a cada persona³⁰. Estas medidas se inspiran en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de los derechos fundamentales. Tienen como finalidad el desarrollo pleno de la personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad.

Se distinguen diferentes medidas: las voluntarias, que vienen determinadas por la persona, respetando siempre sus deseos y preferencias, que designará quien debe prestarle el apoyo³¹; las informales como la guarda de hecho y las formales como son la curatela y el defensor judicial.

³⁰ ARREGUI, R. T. Recensión de la obra “Reforma civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad”. *Revista Jurídica del Notariado* (2021), pp. 571-573.

³¹ FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M. B., op. cit., p. 34. (2021).

La principal medida de apoyo de origen judicial pasa a ser la curatela, que se configura como una medida de carácter proporcionada y ajustada a la necesidad de la persona, teniendo en cuenta su autonomía, voluntad, deseos y preferencias. Se entiende como una medida adoptada cuando no se puede establecer otra medida. Y solo en casos excepcionales se le podrá atribuir al curador funciones representativas. La finalidad de las medidas de apoyo dirigidas a mayores de edad y menores emancipados es permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desarrollo jurídico en condiciones de igualdad.

Las personas que presten el apoyo deberán atender la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad. Ayudándola a comprender, informándola y facilitando que pueda expresar sus preferencias en el proceso de toma de decisiones. Y sólo cuando ello no sea posible se podría optar por la representación, pero siempre teniendo en cuenta la trayectoria vital, los factores que esa persona hubiera tomado en cuenta al momento de decidir por ella misma.

2.3.1. Medidas voluntarias

Tenemos diferentes tipos de personas las cuales pueden establecer medidas voluntarias³²:

- **Menores de edad:** cuando se prevea razonablemente dos años antes de alcanzar su mayoría de edad, que alcanzada la misma precisará apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica. Se podrá acordar a petición del menor, progenitores, tutor, o Ministerio Fiscal. Salvo que el propio menor hubiera realizado alguna previsión y teniendo en cuenta las preferencias del menor.
- **Mayores de edad o menores emancipados:** podrán prever o acordar en escritura pública medidas de apoyo relativas a su persona o bienes, con la salvaguarda necesaria para evitar abusos, estas medidas se podrán mantener, aunque se acuerden otras judicialmente.

³² FERNÁNDEZ, F.R., “La prodigalidad: una figura discutida y discutible. A propósito de su supresión como «institución autónoma» por la Ley 8/2021”, *La ley digital* (2023), p. 4.

2.3.2. Medidas informales

- **La guarda de hecho:**

El guardador de hecho lo podemos definir como aquel que convive y atiende a una persona vulnerable gestionando sus asuntos, sin que se haya establecido ninguna medida de apoyo voluntaria o judicial, es decir, sin que haya habido ningún tipo de nombramiento. Normalmente el guardador puede ser un familiar o allegado, aunque no tiene por qué ser así. La guarda de hecho es una figura que, en muchos contextos, no en todos, puede no ser adecuada ni suficiente para la persona afectada³³.

Hemos podido ver que en el caso de que no existan familiares en condiciones de asumir la guarda de hecho, se considerará procedente establecer una curatela a cargo de una persona jurídica de carácter público. Así lo ha estimado la **S.A.P. Valencia de 16 de septiembre de 2021**³⁴, respecto a una persona que padecía un trastorno mental grave (esquizofrenia y otros trastornos psicóticos), que le producía un deterioro de las funciones psicológicas básicas, es decir, pensamiento, afectividad y capacidad ejecutiva.

Esta sentencia no trata directamente la prodigalidad, pero está relacionada con el objeto de este trabajo. En este caso, la Audiencia nombra como curador, meramente asistencial, al Instituto Valenciano de Atención Social y Sanitaria, sin atribuirle facultades de representación, al ser posible determinar la voluntad, los deseos y las preferencias de la persona demandada, a tenor de sus manifestaciones hechas por ella en la vista de apelación, respondiendo con claridad y precisión.

Esa medida de apoyo no comprende actuaciones de carácter patrimonial, porque la persona con discapacidad no tiene bienes, y cuenta con unos modestos ingresos que puede administrar ella misma sin necesidad de asistencia. La Audiencia justifica el nombramiento del curador, ya que la persona con discapacidad carecía de familiares cercanos que pudieran ejercer con garantías esta medida de apoyo.

³³ FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M. B., op. cit., pp. 142-144. (2021).

³⁴ Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 10ª), nº 440/2021, de 16 de septiembre de 2021. ROJ: SAP V 3274/2021. (CENDOJ).

Por lo tanto, la curatela procederá cuando la guarda de hecho no se pueda realizar con garantías. Ya sea porque existen conflictos entre el guardador y la persona con discapacidad, o en casos en que la persona con discapacidad provoque una situación de riesgo para sus familiares.

Un claro caso de que la guarda de hecho a veces no funciona correctamente, y no es adecuada y suficiente para el cuidado de la persona con discapacidad es la **S.J.P.I. de Castellón de la Plana de 23 de septiembre de 2021**³⁵. Sujetó a curatela a una persona de 19 años, la cual padecía un retraso mental no diagnosticado, alteraciones de la conducta, ansiedad, trastorno de déficit de atención con hiperactividad y antecedentes de clínica psicótica. La persona con discapacidad reconoció que precisaba de apoyo costándole mucho el autocuidado personal, y que si tiene dinero sin que nadie le ayude a administrarlo lo malgasta.

Se constató conflictos con su padre, quien hasta el momento era su guardador de hecho, porque en muchas ocasiones su hija no aceptaba de forma voluntaria los tratamientos y él no sabía gestionar las frustraciones y los límites. En este caso se estableció una curatela de carácter asistencial: en la esfera personal, en relación con la alimentación, salud, cuidado personal y sobre todo al cumplimiento del tratamiento. Y en la esfera patrimonial en orden que la hija pudiera administrar su dinero de forma que no pudiera dilapidarlo en gastos indebidos y siendo necesaria su intervención en los contratos que realice, ayudándole a formar su voluntad correctamente. Se nombró al padre como curador. Ya que vive con su padre y es quien la ayuda, de forma que pidió que fuese su padre quien la apoye en lo que necesite.

Con estas dos sentencias podemos constatar que la guarda de hecho no es adecuada en situaciones de una desmesurada tendencia al gasto, en cuyo caso es conveniente que la eficacia jurídica de los contratos realizados por la persona con discapacidad se subordine a la asistencia de un curador o, incluso, en los casos más extremos se le atribuya al curador facultades de representación, con la finalidad de evitar que la persona pueda dilapidar su patrimonio.

³⁵ Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Castellón de la Plana (Sección 9ª), nº 324/2021, de 4 de octubre de 2021. ROJ: SJPI 1531/2021. (CENDOJ).

2.3.3. Medidas formales

- **La curatela:**

Suprimida la tutela en la reforma, a las personas con discapacidad no se les nombrará un tutor que actúe en su nombre, sino, un curador que les asista y complemente su capacidad, que les apoye en el ejercicio de sus derechos a tenor de su propia voluntad y preferencias. Como hemos visto en las dos sentencias anteriores, la curatela se aplicará a quienes precisen de apoyo continuado y se constituirá por decisión judicial cuando no exista otra medida de apoyo suficiente para la persona con discapacidad, y se deberá fijar de manera expresa en los casos en donde el curador debe ejercer la representación.

Sin embargo, las personas mayores de edad o menores emancipados podrán proponer en escritura pública el nombramiento o la exclusión de un curador, y establecer condiciones a su ejercicio que vincularán a la autoridad judicial al momento de constituir la curatela. Esto se conoce como autocuratela. La Ley 8/2021 dedica cuatro artículos a la autocuratela, con independencia de que, de forma supletoria, puedan aplicarse las normas sobre la curatela en general³⁶.

En cuanto, a la curatela entendemos que el propio significado de la palabra revela la finalidad de la institución: como el cuidado, la asistencia, el apoyo y ayuda a las personas discapacitadas. Por tanto, la curatela será primordialmente, de naturaleza asistencial. No obstante, en los casos en los que sea preciso, será posible atribuir al curador funciones representativas que solo ante casos especialmente graves de discapacidad, podrá tener un alcance general. Un claro ejemplo de curatela representativa es la **S.A.P. de Valencia de 20 de octubre de 2021**³⁷, relativo a una persona diagnosticada de esquizofrenia paranoide, con abuso de sustancias psicoactivas, cánnabis y ludopatía, ya que tenía una grave tendencia al gasto. Por lo que, según el médico forense, presentaba una disminución importante de sus facultades intelectuales, de su conducta adaptativa y de su capacidad de entender, así como de su capacidad de independencia personal y social.

³⁶ FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M. B., op. cit., p. 35. (2021).

³⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 10ª), nº 511/2021, de 20 de octubre de 2021. ROJ: SAP V 3705/2021. (CENDOJ).

La Audiencia constituyó una curatela con facultades de representación, nombrando como curador al Instituto Valenciano de Servicios Sociales, en atención a las graves dificultades en las que se desarrolla la relación de la persona con discapacidad y su familia, que impide que se puedan hacer cargo de él.

- **El defensor judicial:**

Es una figura existente tanto en el ordenamiento jurídico civil como en el catalán, esta institución pretende también proteger a la persona con discapacidad y sólo procederá cuando la necesidad de apoyo se precise de forma ocasional, aunque sea recurrente. Como, por ejemplo: cuando exista un conflicto de intereses entre la persona que ha de prestarle el apoyo y la persona con discapacidad.

En relación con el procedimiento judicial, podrá promoverse por el Ministerio Fiscal, la propia persona interesada, su cónyuge no separado de hecho o legalmente, o quien se encuentre en una situación no asimilable, y sus descendientes, ascendientes o hermanos. La resolución judicial determinará expresamente los actos para los que el discapacitado requiere el apoyo, y en ningún caso supondrán una privación de derechos. Las medidas de apoyo adoptadas judicialmente serán revisadas periódicamente en un plazo máximo de 3 años, en casos excepcionales se puede extender a 6 años. En todo caso, se pueden revisar ante cualquier modificación de sufra cada persona³⁸.

III. LA PRODIGALIDAD EN CATALUÑA

La Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, obliga a reformar y replantear las instituciones de protección de la persona a las que se someten las personas mayores de edad en el CCCat y a formular legalmente los nuevos principios y reglas generales sobre el apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica³⁹.

³⁸ Ley 8/2021 de 2 de junio, preámbulo III.

³⁹ SOLÉ RESINA, J., " La reforma del Derecho catalán en materia de discapacidad ", *Actualidad jurídica iberoamericana* 17 (2022), pp. 125-129.

Al entrar en vigor la Ley estatal 8/2021, se hizo esencial la modificación legal en el ámbito catalán, toda vez que aquella ley suprime el procedimiento judicial de modificación de la capacidad y, por tanto, se generaría en Cataluña un vacío legal que comportaría absoluta indefensión a las personas mayores de edad en situación de discapacidad y que necesitan soporte para ejercer su capacidad jurídica. Por eso, en Cataluña se aprobó el Decreto-ley 19/2021, de 31 de agosto, por el que se adaptó el CCCat, a la reforma de la Ley 8/2021.

La modificación del derecho sustantivo en materia de capacidad a través de la Ley 8/2021 no se aplica a las personas cuya ley personal es la catalana, a las que se aplica el Decreto-ley 19/2021, pero en lo relativo a materia procesal, nos encontramos ante competencia exclusiva del Estado y será de aplicación la ley antes mencionada.

El nuevo régimen que establece el Decreto-ley 19/2021⁴⁰, se basa en la modificación de la actual institución de la asistencia, que reemplazará en Cataluña las tutelas y curatelas, las potestades parentales prorrogadas y rehabilitadas y otros regímenes tutelares.

3.1. Medidas de Asistencia

La modificación del CCCat identifica el objeto de la asistencia como aquel apoyo que la persona pueda necesitar para ejercer su capacidad jurídica en condiciones de igualdad, que van desde el apoyo a una toma de decisión puntual, pasando por el apoyo esporádico, ocasional o recurrente, hasta el permanente o continuado en el tiempo. Estas medidas de asistencia pueden afectar tanto al ámbito personal como al patrimonial de la persona concernida, con un contenido absolutamente flexible y adaptable a la necesidad de apoyo del caso concreto.

Esta reforma también contempla una trascendente novedad, que se pueda designar a la persona que tiene que prestar la asistencia, además de por la vía judicial, mediante el

⁴⁰ Decreto-ley 19/2021, de 31 de agosto, por el que se adapta el Código Civil de Cataluña a la reforma del procedimiento de modificación judicial de la capacidad.

otorgamiento de una escritura pública notarial. La designación de la persona que presta la asistencia debe basarse en la mejor interpretación de la voluntad de la persona concernida y de sus preferencias⁴¹.

Excepcionalmente, y mediante resolución motivada, se puede prescindir de lo que ha manifestado la persona afectada cuando se acrediten circunstancias graves desconocidas por ella o cuando, en caso de nombrar a la persona que ella ha indicado, se encuentre en una situación de riesgo de abuso, conflicto de intereses o influencia indebida. En todo caso, la autoridad judicial puede establecer las medidas de control que estime oportunas con el fin de garantizar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, y también para evitar los abusos, los conflictos de intereses y la influencia indebida.

El nombramiento de la persona que asiste y la toma de posesión del cargo se tienen que inscribir en el registro civil mediante la comunicación de la resolución judicial correspondiente. La medida de asistencia se debe revisar de oficio cada 3 años. Excepcionalmente, la autoridad judicial puede establecer un plazo de revisión que no podrá exceder de 6 años. Para completar el régimen jurídico de la asistencia, el Decreto-ley 19/2021 hace una remisión a las normas de la tutela y establece que se aplican a la asistencia en todo aquello que no se oponga al régimen propio de la asistencia⁴².

3.2. Primeras resoluciones judiciales que aplican el Decreto-ley 19/2021

La **AP de Barcelona de 18 de mayo de 2022**⁴³, en la que se iniciaron actuaciones a instancia de la hija de la persona con discapacidad quien hasta ahora venía ejerciendo la guarda de hecho. Menciona que su padre presenta demencia frontotemporal y hacía cosas tales como salir a la calle en ropa interior, les daba a extraños la contraseña de su tarjeta para que le sacaran dinero o realizara compras compulsivas en su perjuicio. Según el informe forense el sr. fue diagnosticado de deterioro cognitivo leve que requiere soporte intenso de autocuidado y la Sala estimó que la guarda de hecho en este caso es una medida

⁴¹ SOLÉ RESINA, J., op. cit., pp. 130-133. (2022).

⁴² SOLÉ RESINA, J., op. cit., p. 140. (2022).

⁴³ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18ª), nº 262/2022, de 18 de mayo. ROJ: SAP B 5113/2022. (CENDOJ).

de apoyo que se evidencia totalmente insuficiente y aplica el Decreto-Ley 19/2021, nombrando como asistente con funciones de representación a la hija, que se desarrollará en los siguientes ámbitos personal, sanitario y económico patrimonial, jurídico y administrativo.

En otra resolución hemos podido ver como la **S.A.P. de Barcelona, de 15 de septiembre de 2021**⁴⁴, motiva la falta de voluntad de la persona, que entiende privada de libertad de decidir, y acuerda medidas en contra de su supuesta voluntad manifestada. El Ministerio Fiscal pone de manifiesto las dificultades de la fundación tutora para aplicar un plan de trabajo, por la negativa de la persona afectada a usar los recursos de desintoxicación y pide que se amplíe la declaración de incapacidad a los aspectos patrimoniales.

La persona afectada ha vuelto con su madre, y pide que se nombre tutora a su madre, ya que es ella quien la protege y cuida. La demandada solicita que se adapte la resolución al Convenio de Nueva York de 2006 y al Decreto-ley 19/2021, y se respete el dictamen médico forense teniendo en cuenta las actividades básicas de la vida diaria, se le apoye en temas de salud, contratación, trámites económicos, administrativos y jurídicos, a través de la medida de asistencia judicial.

La Sala considera que las funciones de apoyo alcanzan a la administración económica no solo para intentar controlar los gastos corrientes, el consumo de drogas y la posible extorsión a la madre, sino porque, como se refleja en el informe médico forense, la afectada necesita ayuda para la gestión de su patrimonio y esas funciones deben ampliarse al ingreso en un centro médico de desintoxicación. La AP deja sin efecto la declaración de incapacidad y acuerda que la Fundación Via Guasp administrará, como asistente, los bienes de la persona afectada, debiendo rendir cuentas anualmente y revisando la medida a los tres años.

⁴⁴ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18ª), nº550/2021, de 15 de septiembre. ROJ: SAP B 9511/2021. (CENDOJ).

CONCLUSIONES

En el Derecho romano la institución de la prodigalidad se configuró -ya en las XII Tablas- de forma separada a la figura del *furiosus*, concibiéndose con regímenes jurídicos distintos. Si un sujeto *sui iuris* era declarado pródigo se le prohibía administrar su patrimonio, mediante un decreto de interdicción, en el que se le nombraba un curador que era encargado de gestionar dicho patrimonio. Su régimen jurídico era similar a los *impuberes infantia maiores*: el declarado pródigo no podía realizar ningún acto que fuera perjudicial para su masa patrimonial. Sin embargo, sí que podía realizar actos jurídicos que implicaran un incremento patrimonial, tales como aceptación de donaciones o de regalos.

La reforma de la discapacidad era una asignatura pendiente de nuestro país, que hasta la Ley 8/2021 no se había adaptado a la Convención de Nueva York de 2006. La reforma ha cambiado drásticamente el régimen anterior de la discapacidad y ha creado un nuevo sistema jurídico que supone un cambio en cuanto al impulso hacia una mayor autonomía y un respeto de la voluntad de las personas con discapacidad basado en los derechos humanos, que implica pasar de un sistema de sustitución en la adopción de decisiones (declaración de incapacidad) a otro basado en los deseos y las preferencias de la persona que se configuran junto con la provisión de medidas de apoyo.

La reforma ha implicado una supresión de la prodigalidad como institución autónoma, eliminando la declaración de prodigalidad. El legislador ha considerado que todos los supuestos que abarca esta institución, tales como casos de demencia, alcoholismo, toxicomanía, ludopatía, etc., y que implican una dilapidación patrimonial, encuentran pleno encaje en las medidas de apoyo a las personas con discapacidad, sin necesidad de realizar una declaración expresa de prodigalidad.

La gran diferencia entre la Ley 8/2021, de ámbito estatal, y el Decreto-ley 19/2021, de ámbito catalán, es que en la ley estatal se suprime la figura de la tutela para las personas con discapacidad y se mantiene la curatela; en cambio, en el ámbito de Cataluña se suprime la tutela y también la curatela, y sólo queda la figura de las medidas de asistencia, que generalmente tendrán un carácter asistencial, y no representativo (sólo en casos excepcionales). Actualmente la jurisprudencia está perfilando como aplicar esta nueva

normativa, y adaptarla a cada persona y sus necesidades. Hasta el momento, la gran mayoría de sentencias se han pronunciado a favor de las medidas de apoyo y de asistencia, hemos visto como la figura de la curatela es mucho más efectiva que la guarda de hecho, en la mayoría de los casos teniendo en cuenta un carácter meramente asistencial más no representativo, con excepción de algunos casos.

Finalmente debemos destacar que la reforma, sin buscarlo, ha devuelto el régimen de la tutela y la curatela a los orígenes del Derecho romano. En efecto, el Derecho romano identificaba la tutela con los impúberes y las mujeres. Para todos los demás casos (enfermos mentales, pródigos, etc.) reservaba la curatela. A través de la reciente reforma, el legislador prevé la tutela únicamente para los menores de edad. Para los demás casos, tales como la prodigalidad, reserva la curatela. Ello nos lleva a reflexionar sobre el hecho que el Derecho romano, ante las situaciones de falta de capacidad, ya modulaba uno y otro régimen jurídico para situaciones que no tenían la misma categoría y que, en consecuencia, necesitaban de regímenes de protección distinta.

BIBLIOGRAFÍA

- ARREGUI, R. T. Recensión de la obra “Reforma civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad”. *Revista Jurídica del Notariado* (2021), pp. 571-573.
- BARRIO GALLARDO, A., “La prodigalidad en el Derecho Romano”, *El largo camino hacia la libertad de testar. De la legítima al derecho sucesorio de alimentos*, 2012, pp. 297-317.
- CANTARELLA, E., *Instituciones e Historia del Derecho Romano Maiores in Legibus*. Valencia, esta obra fue traducida del italiano por: María Isabel Núñez Paz y Carla Rubiera Cancelas, 2017.
- COLMENAR MALLÉN, M. D. C., “Ciertos aspectos de la incapacidad en Derecho romano, Derecho actual en España y regulación en algunos países de nuestro entorno”, *Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo*, Oviedo, 2021, pp. 1464-1468.
- CARRIÓN OLMOS, S., “Efectos de la declaración de prodigalidad”, *La Prodigalidad*, Valencia, 2007, p. 142.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., “La persona física causas modificativas de la capacidad jurídica”, *Derecho Privado Romano*, Madrid, 2017, pp. 187, 213.
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M. B., “Medidas de apoyo de carácter voluntario en las situaciones de discapacidad”, *Sistema de Apoyos para Personas con Discapacidad. Medidas Jurídico – Civiles y Sociales*, 2021, pp. 33-35.
- FERNÁNDEZ, F.R., “La prodigalidad: una figura discutida y discutible. A propósito de su supresión como «institución autónoma» por la Ley 8/2021”, *La ley digital* (2023), pp. 1-5.
- IGLESIAS, J., *Derecho romano*, Barcelona, 1979.
- MIQUEL, J., “Sujetos de Derecho”, *Derecho Romano*, Madrid, 2016, pp. 105-114.
- PANERO, R., “Tutela y Curatela”, *Derecho Romano*, Valencia, 2021, pp. 187-271.

- SOLÉ RESINA, J., “ La reforma del Derecho catalán en materia de discapacidad ”, *Actualidad jurídica iberoamericana* 17 (2022), pp. 125-140.
- TENREIRO BUSTO, E., “Incapacitaciones judiciales de la reforma efectuada por la ley 8/2021 ” , Reforma de la LEC, LJV, y la Ley del Notariado, *Iberley Revista de Análisis* (2021).

LEGISLACIÓN

- CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA de 29 de diciembre 1978.
- CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, Sede de las Naciones Unidas en Nueva York, 13 de diciembre de 2006.
- CÓDIGO CIVIL, de 24 de julio de 1889
- CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA.
- LEY DEL NOTARIADO de 28 de mayo de 1862.
- LEY 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
- LEY 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.
- LEY 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.
- DECRETO-LEY 19/2021, de 31 de agosto, por el que se adapta el Código Civil de Cataluña a la reforma del procedimiento de modificación judicial de la capacidad.

JURISPRUDENCIA

- SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA (Sección 18ª), nº 262/2022, de 18 de mayo. ROJ: SAP B 5113/2022.

- SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA (Sección 18ª), nº550/2021, de 15 de septiembre. ROJ: SAP B 9511/2021.
- SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE VALENCIA (Sección 10ª), nº 511/2021, de 20 de octubre de 2021. ROJ: SAP V 3705/2021.
- SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE VALENCIA (Sección 10ª), nº 440/2021, de 16 de septiembre de 2021. ROJ: SAP V 3274/2021.
- SENTENCIA DEL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA DE CASTELLÓN DE LA PLANA (Sección 9ª), nº 324/2021, de 4 de octubre de 2021. ROJ: SJPI 1531/2021.

WEBGRAFÍA

- “DERECHO ROMANO”. AUTOR: JULIA MÁXIMA URIARTE. Para:Humanidades.com. Disponible en: <https://humanidades.com/derecho-romano/>. [Consultado: 16 de enero de 2023].
- LEY 8/2021, DE 2 DE JUNIO, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. [Consultado: 16 de febrero de 2023].
- IBERLEY REVISTA DE ANÁLISIS: incapacitaciones judiciales de la reforma efectuada por la ley 8/2021 [Consultado: 28 de febrero de 2023].
- DECRETO-LEY 19/2021, DE 31 DE AGOSTO, por el que se adapta el Código Civil de Cataluña a la reforma del procedimiento de modificación judicial de la capacidad. [Consultado: 23 de abril de 2023].
- REVISTA EL NOTARIO DEL SIGLO XXI: Opinión por: Isidoro Lora-Tamayo Rodríguez (Notario honorario) “El apoyo notarial a la persona discapacitada en la Ley que reforma los preceptos del Código Civil relativos al ejercicio de su capacidad jurídica” [Consultado: 19/05/2023].

- THE ROMAN LAW LIBRARY. (Corpus Iuris Civilis). Disponible en: <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/> [Consultado: 02/06/2023].