



**TRABAJO DE FIN DE MÁSTER – MÁSTER EN ABOGACÍA
CURSO 2023/2024**

ASPECTOS RELEVANTES DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD ANTE LA LEY 8/2021, DE 2 DE JUNIO, POR LA QUE SE REFORMA LA LEGISLACIÓN CIVIL Y PROCESAL PARA EL APOYO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL EJERCICIO DE SU CAPACIDAD JURÍDICA

ASPECTOS RELEVANTES DA PERSOA CON DISCAPACIDADE ANTE A LEI 8/2021, DO 2 DE XUÑO, POLA QUE SE REFORMA A LEXISLACIÓN CIVIL E PROCESUAL PARA APOIAR ÁS PERSOAS CON DISCAPACIDADE NO EXERCICIO DA SÚA CAPACIDADE XURÍDICA

RELEVANT ASPECTS OF THE PERSON WITH DISABILITIES IN FRONT OF LAW 8/2021, OF JUNE 2, WHICH REFORMS THE CIVIL AND PROCEDURAL LEGISLATION TO SUPPORT PEOPLE WITH DISABILITIES IN THE EXERCISE OF THEIR LEGAL CAPACITY

**ALUMNO: ADRIÁN LÓPEZ RODRÍGUEZ
TUTOR: DOMINGO BELLO JANEIRO**

ÍNDICE DE CONTENIDO

ABSTRACT.....	7
SUPUESTO DE HECHO:	8
I. CUESTIONES PRELIMINARES AL SUPUESTO DE HECHO	10
I.A) LA CONVENCIÓN DE LA ONU SOBRE DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD – NUEVA YORK 2006	10
I.B) 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.....	11
I.C) BREVE EXPOSICIÓN SOBRE LA PRESENCIA DEL ABOGADO EN LA LEY 8/2021.	12
II. DESARROLLO DE PREGUNTAS DEL SUPUESTO DE HECHO	13
1.BLOQUE PREGUNTAS NÚM. 1.....	13
1.1 ¿JUAN REÚNE LAS CONDICIONES PARA SER PERSONA CON DISCAPACIDAD?	13
1.1.1 EL CONCEPTO “PERSONA CON DISCAPACIDAD”	13
1.1.2 TERMINOLOGÍA CORRECTA.....	15
1.1.3 CONCLUSIÓN. ¿JUAN ES UNA PERSONA CON DISCAPACIDAD?.....	16
1.2 ¿NECESITA JUAN ALGUNA ACREDITACIÓN PARA TENER LA DENOMINACIÓN DE PERSONA CON DISCAPACIDAD?	16
1.3 LOS PADRES, CON EL CUIDADO DE JUAN, ¿ESTÁN REALIZANDO ALGÚN TIPO DE MEDIDA DE APOYO?.....	17
1.3.1 DEFINICIÓN Y TIPOS DE APOYO DENTRO DE LA LEY 8/2021.....	17
1.3.2 DESARROLLO DE LA GUARDA DE HECHO.....	18
1.3.3 ALGUNOS DE LOS PROBLEMAS QUE PRESENTA LA GUARDA DE HECHO HOY EN DÍA.....	19
1.3.4 CONCLUSIÓN ¿QUÉ MEDIDA DE APOYO ESTÁN REALIZANDO LOS PADRES DE JUAN?	20
1.4 ¿TIENEN LOS PADRES LA OBLIGACIÓN DE INSCRIBIR EL APOYO PRESTADO A SU HIJO JUAN EN EL REGISTRO CIVIL?	21
1.4.1 SITUACIÓN ANTES DE LA REFORMA 8/2021. LA INCAPACITACIÓN.....	21

1.4.2	LA INSCRIPCIÓN DE LA GUARDA DE HECHO EN EL REGISTRO CIVIL.	21
1.4.3	CONCLUSIÓN SOBRE EL REGISTRO DE LA GUARDA DE HECHO DE JUAN.	22
1.5	¿PUEDEN ACTUAR LOS DOS PADRES EN BASE A LOS APOYOS QUE NECESITA JUAN?	22
1.5.1	CONCLUSIÓN A LA MULTIPLICIDAD DE GUARDADORES DE HECHO.....	23
1.6	¿LOS ACTOS DE APOYO DE GESTIÓN PATRIMONIAL Y PERSONAL, PUEDEN HACERLOS LOS PADRES DE JUAN O NECESITAN AUTORIZACIÓN JUDICIAL?	23
1.6.1	TIPOS DE APOYO DENTRO DE LA GUARDA DE HECHO	23
1.6.2	ACTOS QUE PUEDE REALIZAR LA PERSONA CON DISCAPACIDAD CON APOYO DEL GUARDADOR Y SIN AUTORIZACIÓN JUDICIAL.....	25
1.6.3	CONCLUSIÓN SOBRE LA NECESIDAD DE AUTORIZACIÓN JUDICIAL POR PARTE DE LOS PADRES DE JUAN.....	27
2.	BLOQUE PREGUNTAS NÚM. 2.....	27
2.1	ANTE EL EVIDENTE ESTADO DE DETERIORO DE MANOLO, EL PADRE DE JUAN Y LA NEGATIVA DE SU HIJO A RECIBIR APOYOS. ¿ESTÁ VINCULADO EL JUEZ POR LA DECISIÓN DE JUAN, DE NO QUERER APOYOS?	27
2.1.1	MEDIDAS DE APOYO ANTE LA NEGATIVA DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD	28
2.1.2	EL INTERÉS SUPERIOR POR ENCIMA DE LA VOLUNTAD DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD?	28
2.1.3	CONCLUSIÓN. ¿INTERÉS SUPERIOR O VINCULACIÓN A LA VOLUNTAD DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD?	29
2.2	¿CÚAL ES EL PRIMER PROCEDIMIENTO A SEGUIR PARA QUE SILVIA PUEDA EJERCER LAS FUNCIONES DE APOYO A JUAN?	30
2.2.1	LA CURATELA. ¿CUÁNDO PROCEDE SU APLICACIÓN?	30
2.2.2	DECISIONES DE LOS TRIBUNALES EN LA CURATELA. SENTENCIAS EN LAS QUE NO SE APRECIA LA MEDIDA.	31
2.2.3	DECISIONES DE LOS TRIBUNALES EN LA CURATELA. SENTENCIAS EN LAS QUE SI SE APRECIA LA MEDIDA.	32
2.2.4	TIPOS DE CURATELA POR LOS QUE PUEDE OPTAR EL JUEZ EN SU SENTENCIA.	33
2.2.4.1	LA CURATELA REPRESENTATIVA.....	33
2.2.5	TRÁMITES PARA LA CONSTITUCIÓN DE LA CURATELA	34

2.2.5.1 DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN LAS MEDIDAS DE APOYO	34
2.2.5.2 LA SITUACIÓN DIFUSA DEL CARÁCTER VOLUNTARIO DEL ABOGADO Y EL PROCURADOR	36
2.2.5.3 DE LA INICIACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DEL EXPEDIENTE DE PROVISIÓN DE MEDIDAS DE APOYO	36
2.2.5.4 DE LA TERMINACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DEL EXPEDIENTE DE PROVISIÓN DE MEDIDAS DE APOYO	38
2.2.5.5 LAS MEDIDAS ENTRE EL FIN DEL EXPEDIENTE Y EL INICIO DEL PROCESO.	39
2.2.6 CONCLUSIÓN. MEDIDA MÁS ADECUADA Y PROCEDIMIENTO PARA ALCANZARLA.....	40
2.3 ¿CUÁL ES EL SEGUNDO PROCEDIMIENTO AL QUE TIENE QUE ENFRENTARSE SILVIA?	40
2.3.1 CUESTIONES A RESOLVER ANTES DE LA INTERPOSICIÓN DE LA DEMANDA	41
2.3.2 SOBRE EL INICIO DEL PROCEDIMIENTO	41
2.3.3 LA VISTA EN ESTE PROCESO ESPECIAL Y LAS PRUEBAS PRECEPTIVAS.....	42
2.3.4 LA SENTENCIA	42
2.3.5 LOS RECURSOS FRENTE A LA SENTENCIA DICTADA.....	43
2.3.6 CONCLUSIONES. ASESORAMIENTO A SILVIA SOBRE EL SEGUNDO PROCEDIMIENTO	44
2.4 ¿QUÉ OPCIONES TIENE EL PADRE DE JUAN, MANOLO, SOBRE SU FUTURO, YA QUE VE QUE LA ENFERMEDAD PUEDE AFECTARLE?.....	44
2.4.1 DISTINCIÓN ENTRE AUTOCURATELA Y PODERES O MANDATOS PREVENTIVOS	44
2.4.2 CONCLUSIÓN. LA AUTOCURATELA COMO MEDIDA RECOMENDADA.....	45
2.5 ¿QUÉ PERSONA ES LA MÁS ADECUADA PARA LA ASISTENCIA DE MANOLO EN UN FUTURO?	45
2.5.1 CONCLUSIÓN. PERSONA MÁS ADECUADA PARA LA CURATELA DE MANOLO.....	46
III. CUESTIÓN FINAL AL SUPUESTO DE HECHO	46
I.A) MENCIÓN ESPECIAL A LAS ÚLTIMAS SENTENCIAS DEL TS	46

CONCLUSIONES	48
BIBLIOGRAFÍA	51
LIBROS Y REVISTAS	51
WEBGRAFÍA.....	53
INFORMES	53
APÉNDICE LEGISLATIVO (NORMAS NACIONALES, SUPRANACIONALES Y EXTRANJERAS).....	53
NORMATIVA SUPRANACIONAL.....	54
APÉNDICE JURISPRUDENCIAL	54
ANEXOS	57
I) ANEXO 1º. MODELO NORMALIZADO DE SOLICITUD DE EXPEDIENTE DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA.....	57
II) ANEXO 2º. DEMANDA DE ADOPCIÓN DE MEDIDAS DE APOYO A PERSONAS CON DISCAPACIDAD (CURATELA REPRESENTATIVA).....	60
III) ANEXO 3º. UNA VISIÓN AL FUTURO.	66

ABREVIATURAS

AEAT: Agencia Estatal de Administración Tributaria

AN: Audiencia Nacional

ATS: Auto del Tribunal Supremo

AP: Audiencia Provincial

Art.: Artículo/s

CC: Código Civil

CCom: Código de Comercio

CNY: Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad

CE: Constitución Española

CP: Código Penal

DGRN: Dirección General de los Registros y del Notariado

FGE: Fiscalía General del Estado

LAJ: Letrado de la Administración de Justicia

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil

LJV: Ley de Jurisdicción Voluntaria

LN: Ley del Notariado

LO: Ley Orgánica

LRC: Ley del Registro Civil

MF: Ministerio Fiscal

Núm.: Número

Óp. Cit.: Obra citada

Pp.: Página

Proc.: Procedimiento

RD: Real Decreto

RDL: Real Decreto Ley

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

TC: Tribunal Constitucional

TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea

TS: Tribunal Supremo

UE: Unión Europea

Vol.: Volumen

RESUMEN

El presente trabajo tiene como finalidad el análisis de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (Ley 8/2021 en adelante), lo que implica que no solo el objeto de estudio versará sobre la persona aquejada por cualquier tipo de discapacidad, sino que ahondará en los aspectos periféricos de esta. Tales aspectos se exponen mediante un recorrido desde el sistema de protección de las personas aquejadas por alguna discapacidad antes de la Ley 8/2021, pasando por los precedentes que dan lugar a tal reforma, continuando con el análisis exhaustivo de la reforma de la Ley 8/2021 y los elementos que la rodean hasta hacer un breve matiz del papel del abogado en toda esta nueva reforma.

El análisis más profundo, el cual se encontrará a lo largo de este documento, versará sobre los preceptos de la guarda de hecho, la curatela y la autocuratela. Todo ello sin olvidar la parte práctica, elegida por su complejidad y novedad, de las dos primeras figuras.

Por lo tanto, la intención del presente documento es un análisis de la entrada en vigor de la Ley 8/2021, es decir, a partir del 3 de septiembre de 2021, analizando la ley de forma rigurosa en las modificaciones de los diferentes textos, la doctrina más destacable y la jurisprudencia aplicada a casos concretos. Todo este análisis metódico se demostrará sobre su versión práctica, por lo que, a través de un caso práctico se englobará una relación de hechos los cuales entran en sintonía con la materia. Todo ello para que la idea principal del escrito, el análisis práctico de la persona aquejada de una discapacidad ante la nueva Ley 8/2021, cale en el pensamiento del lector.

ABSTRACT

The purpose of this work is to analyze Law 8/2021, of June 2, which reforms civil and procedural legislation to support people with disabilities in the exercise of their legal capacity (Law 8/2021 from now on), which implies that not only will the object of study be about the person suffering from any type of disability, but it will delve into the peripheral aspects of this. These aspects are presented through a journey from the protection system for people suffering from a disability before Law 8/2021, passing through the precedents that give rise to such reform, continuing with the exhaustive analysis of Law 8/2021 itself. and the elements that surround it, until briefly clarifying the role of the lawyer in this entire new reform.

The most in-depth analysis, which will be found throughout this document, will deal with the precepts of de facto custody, conservatorship and self-conservation. All this without forgetting the practical part, chosen for its complexity and novelty, of the first two figures.

Therefore, the intention of this document is a analysis of the entry into force of Law 8/2021, that is, as of September 3, 2021, analyzing the law rigorously in the modifications of the different texts analyzing the law, the most notable doctrine and jurisprudence. applied to specific cases. All this methodical analysis will be demonstrated in its practical version, that is, through a practical case a list of facts will be encompassed which are in harmony with the subject. All of this so that the main idea of the writing, the practical analysis of the person suffering from a disability in the face of the new Law 8/2021, penetrates the reader's thoughts.

SUPUESTO DE HECHO:

Juan, varón de 26 años, conductor habitual de motocicleta, de camino al trabajo en un día de lluvia sufre un aparatoso accidente de tráfico. Este, cuando se disponía a trazar una curva demasiado cerrada invade el carril contrario por culpa del exceso de velocidad. Juan es lanzado por los aires como consecuencia de un choque frontal contra un automóvil que circulaba en sentido contrario, golpeándose la cabeza, protegida con un casco, contra el pavimento. Juan es trasladado al hospital, haciendo su ingreso con fecha de 1 de junio del año 2017, en el cual le tienen que hacer de urgencia una craneotomía para evitar la expansión del cerebro causada por la ruptura de varios vasos sanguíneos y así procurar que no sufra más daño cerebral. También es operado de la columna, pues parte del impacto lo sufrió la parte baja de la misma. Meses más tarde, con medicación y rehabilitación, pero con el cráneo sin cerrar por prevención, Juan es trasladado a casa de sus padres. Las secuelas del accidente son, la dificultad de movimiento, por lo que tiene que moverse en silla de ruedas, pérdida de control de esfínteres, capacidad de expresión alterada, ya sea oral o escrita, entendimiento o capacidad cognitiva reducida con mejoría a largo plazo, pero con déficit de atención y cambios repentinos de ánimo con espontáneos ataques de ira. Todo ello con posibilidad de mejora si se sigue una rehabilitación en el centro especializado, mediante psicólogos, médicos y fisioterapeutas, así como también siguiendo de forma estricta la medicación para evitar infecciones o vasoespasmos que puedan producir infartos cerebrales agravando así la situación en la que se encuentra. Es decir, Juan no puede ejercer con normalidad las actividades de la vida diaria.

Juan desde su nacimiento convive con sus padres. Desde que ocurrió el accidente el matrimonio se hizo cargo de él, cuidándolo en lo que podían en el hospital, más tarde en rehabilitación y al final en casa, ocupándose en esta última ubicación de las tareas más básicas de la vida de una persona. Algunas de las tareas antes mencionadas eran la asistencia para comer, vestirse, peinarse, sentarse, acostarse en cama...etc. Otras en cambio eran tareas ayudándolo a la contratación de servicios financieros de bajo riesgo, administración de las cuentas bancarias que tuviese, pagos de enseres propios de la vida ordinaria, es decir, un ejemplo es el pago de ropa que necesitase mediante tarjeta de crédito. La presentación de la pertinente solicitud para el reconocimiento de la situación de dependencia para optar a las ayudas proporcionadas por la comunidad autónoma. Y como de la moto algunas de las piezas habían quedado intactas, vender estas piezas de forma separada para repuestos de otras motos. Por último, Juan poseía un piso que estaba reformando justo antes del accidente el cual decidió vender con la ayuda de sus padres, pues este, al quedar la obra de reforma por la mitad, solo le generaba gastos hipotecarios.

Bloque preguntas Núm. 1

- ¿Juan reúne las condiciones para ser persona con discapacidad? ¿Necesita de algún tipo de acreditación especial para ello?
- Los padres, con el cuidado de Juan, ¿están realizando algún tipo de medida de apoyo?
- ¿Tienen los padres la obligación de inscribir el apoyo prestado a su hijo Juan en el Registro Civil?
- ¿Pueden actuar los dos padres en base a los apoyos que necesita Juan?
- ¿Los actos de apoyo de gestión patrimonial y personal, pueden hacerlos los padres de Juan o necesitan autorización judicial?

Silvia y Manolo, por circunstancias de la vida dadas a incompatibilidades entre ambos, deciden romper su matrimonio de forma pacífica, optando Juan por la compañía del padre. El padre después de dos años del divorcio y cuidando de Juan, empieza a tener temblores en su día a día y cada vez con mayor intensidad. Además de ello, a Manolo, lo acompaña la extrema debilidad en brazos y piernas, encontrándose cansado todo el día, a lo que después de varias intervenciones descubren que es una enfermedad degenerativa (E.L.A). Manolo, al recibir el diagnóstico de su enfermedad, se preocupa de su futuro, sobre qué pasará con su cuidado y la casa en propiedad que tiene, ya que desde su ruptura no tiene a nadie en quien confiar y apoyarse, a no ser su hijo con discapacidad y una fundación privada sin ánimo de lucro que le ayuda en ciertas tareas propias de la edad, ya que en sus dos hijos restantes no confía, Sergio y Ana. Manolo ya no puede estar pendiente de la atención que requiere Juan por la imposibilidad que le aqueja, pero Juan aun consciente de la enfermedad de su padre, decide quedarse en el domicilio de este. Silvia su madre, quiere que vaya a vivir a su residencia, ya que allí ella puede ejercer la vigilancia y el control que necesita, pero Juan quiere continuar en casa de su padre. Al no encontrarse su padre en las condiciones necesarias, Juan se halla en una atmósfera que impide por completo su estabilidad, descuidando su medicación, y poniendo en riesgo su vida.

Juan, al ver el estado degenerativo del padre entra en una depresión de la cual hace que doble o incluso triplique la medicación contra el dolor que sufre, medicación compuesta por opiáceos. También no quiere que se le nombre a nadie que mire por él, quiere seguir en la casa de su padre, llevando la vida que tiene, intentando evadirse de la realidad. El exceso de su medicación lo sumerge en un mundo fantasioso a miles de kilómetros de donde de verdad se encuentra, haciendo afirmaciones en voz alta como “de tomar más, llegaría a convertirme en el nuevo mesías”. Ante tales delirios, Silvia decide acudir a un abogado.

Bloque preguntas Núm. 2

- Ante el evidente estado de deterioro de Manolo, el padre de Juan y la negativa de este último a recibir apoyos. ¿Está vinculado el juez por la decisión de Juan, de no querer apoyos?
- ¿Cuál es el primer procedimiento a seguir, para que Silvia pueda ejercer las funciones de apoyo a Juan?
- ¿Cuál es el segundo procedimiento al que tiene que enfrentarse Silvia?
- ¿Qué opciones tiene el padre de Juan, Manolo, sobre su futuro, ya que ve que la enfermedad puede afectarle?
- ¿Qué persona es la más adecuada para la asistencia de Manolo en un futuro?

I. CUESTIONES PRELIMINARES AL SUPUESTO DE HECHO

Para abordar de una forma eficiente el supuesto de hecho en materia de discapacidad y de las posibles controversias que del mismo pudieran surgir, conviene realizar un análisis de los hechos que dieron como resultado la ley que ahora se les aplica.

I.A) LA CONVENCIÓN DE LA ONU SOBRE DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD – NUEVA YORK 2006

Es necesario analizar el máximo precedente que siembra las bases de la reforma 8/2021. Ese precedente es la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CNY en adelante). Esta convención proporciona un cambio de estructura del derecho en el sentido que las personas aquejadas de alguna discapacidad tienen en la actualidad más poder a la hora de tomar decisiones relevantes que requieran de cierto peso jurídico y por tanto una mayor integración en la sociedad. Lo más llamativo de la CNY es que su texto es vinculante, por lo que los principios que se recogen en él tienen que adecuarse a la legislación de los Estados que la ratifiquen. En conclusión, esta ley dirigida a personas que sufren de discapacidad y está encaminada al disfrute de una vida plena, participando en todo lo que les pueda afectar, formando parte del mundo y de la sociedad como una persona más.¹

Especial relevancia presenta el artículo 12 de la CNY, este es la piedra angular de la citada convención por la cual los Estados firmantes están obligados a reconocer la plena capacidad de las personas con discapacidad, así como la adopción de medidas para asegurar y garantizar que dichas personas gocen de esa plena capacidad. Con ello, bajo este precepto del Art.12 de la CNY tenemos una presentación de la persona con discapacidad en igualdad de condiciones ante la ley, lo que supone un abandono de algún tipo de regulación jurídica especial o adaptada a la persona con discapacidad, facilitando su inclusión mediante medidas de apoyo necesarias y mínimas que ayudan a determinar la propia voluntad de la persona con discapacidad. En lo que respecta al Art.12 se nos presentan diversos interrogantes. El primero de los interrogantes es **el alcance y la relevancia de la capacidad jurídica**, ya que la CNY emplea el término “legal capacity” que en traducción al texto español se refiere a capacidad jurídica. Bajo este precepto debemos tener en cuenta que cuando el texto se refiere a capacidad jurídica, entendida aquella a la se le atribuyen unos derechos y obligaciones por el mero hecho de ser persona, debemos de entender, para la protección de los intereses propios de la CNY, que también tendrá que englobar la capacidad de obrar, entendida esta como una derivada de la primera, la cual permite la posibilidad de ejercitar los citados derechos y obligaciones. El segundo interrogante al que nos enfrentamos es **el concepto de apoyo**. Este apoyo será una medida flexible adaptada a la persona con discapacidad, donde no se necesita que el apoyo sea una medida dictada por un juez, sino que se podrán dar situaciones de hecho donde la medida del apoyo será acorde en intensidad a la ayuda que precise la persona con discapacidad y esta tenga pleno poder de elección sobre la persona que le preste ayuda. El tercer interrogante se basa en **el apoyo en la toma de decisiones**, y en este ámbito supone dejar de lado el hecho de que una persona por tener discapacidad no pueda tomar sus propias decisiones. La CNY argumenta que la persona con discapacidad debe ejercer su propia capacidad y esta no debe ser mermada o eliminada, por lo que la persona de apoyo solo debe hacer

¹ Martínez Calvo, J. (2022). *Autorregulación precautoria de la discapacidad: adopción de medidas voluntarias en previsión de una eventual discapacidad futura*. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A. Madrid. Pp. 21-22.

eso, apoyar e intentar formar las decisiones de la persona con discapacidad. El cuarto y último interrogante que debemos responder es sobre la **voluntad, preferencias y deseos de la persona con discapacidad**. Esto significa que la persona que presta el apoyo tiene que proceder en todo lo posible a la voluntad y deseos de la persona con discapacidad y tal proceder lo hará atendiendo a instrucciones previas, cuando las haya, o atendiendo a la trayectoria vital, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, es decir, que la persona de apoyo tendrá que imponer su propia concepción de lo que la persona con discapacidad desearía de poder llegar a expresar su opinión, por lo que la persona que presta el apoyo deberá de conocer muy bien a persona aquejada de una discapacidad.²

I.B) 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.

La citada ley, es una puesta en práctica de lo ratificado por España el 30 de marzo de 2007 mediante el Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. Conteniendo el artículo 12 bajo el título *“Igual reconocimiento como persona ante la ley”*.³

El texto de la Ley 8/2021 se aprueba en el congreso el 20 de mayo de 2021, publicándose en el BOE el 3 de junio de 2021. En la exposición de motivos podemos leer *“La presente Ley supone un hito fundamental en el trabajo de adaptación de nuestro ordenamiento a la convención de Nueva York, así como en la puesta al día de nuestro Derecho interno en un tema, como es el del respeto al derecho de igualdad de todas las personas en el ejercicio de su capacidad jurídica...”*.⁴ Es decir, la incorporación de medidas para la adaptación de lo tratado, acordado en la CNY y más tarde ratificado por España en nuestro ordenamiento jurídico supone realizar un cambio sustancial en todas las ramas de este, para que al final se tenga como resultado la igualdad de todas las personas en el ejercicio de su capacidad jurídica.

En cuanto a la característica predominante de esta reforma, ya no se trata de un sistema sustitutivo a la toma de decisiones mediante representación legal que afectan a la persona con discapacidad, lo que se conocía antes de la reforma de 8/2021 con el nombre de tutela. Lo que impera ahora es una estructura basada en la voluntad de las personas, donde estas toman sus propias decisiones, aunque se tengan que valer de medidas de apoyo para ello. Es decir, ya no se limita el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad, sino que se les da una serie de herramientas (de necesitarlas) para que puedan expresar su voluntad y deseos. En función de lo anteriormente dicho, la reforma 8/2021, elimina las incapacitaciones o modificaciones de la capacidad generales con la consecuente dependencia de un tercero. También se establece una

² De Verda y Beamonte J.R (2022) *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio*. Tirant lo Blanch. Valencia. Pp. 38-52.

³ Instrumento de ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. De 21 de abril de 2008 Núm. 96 (ELI: [https://www.boe.es/eli/es/ai/2006/12/13/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/ai/2006/12/13/(1)/con)) Art.12.

⁴ 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. De 03 de junio de 2021 Núm. 132 (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/2021/06/02/8/con>) Preámbulo.

regulación de las medidas de apoyo voluntarias y la supresión de la prodigalidad como un supuesto con nula cabida dentro de las medidas de apoyo. Por último, como característica notable en comparación al CC antes de la reforma, se opta además por eliminar el artículo 171 del CC que contenían las figuras de la tutela y la patria potestad prorrogada.⁵

I.C) BREVE EXPOSICIÓN SOBRE LA PRESENCIA DEL ABOGADO EN LA LEY 8/2021.

Las funciones del abogado en cuanto a cualquier procedimiento ante los tribunales son de extrema importancia. No solo por el hecho del saber del operador jurídico en cuanto a la aplicación de la norma al supuesto de hecho, sino más bien por la efectiva defensa e intereses de su cliente. Dentro de la Ley 8/2021 se aprecia una merma de las funciones del abogado, por ejemplo, en los procesos ante la LJV, pero ello no es óbice para prescindir de dichos profesionales o de que estos tengan poca presencia durante los procedimientos tanto dentro como fuera del juzgado en temas relacionados con la ley 8/2021.

Las principales actuaciones que realiza un abogado ante esta nueva ley de apoyos son las de asesoramiento y las de actuaciones en sede judicial. Dentro de las funciones de asesoramiento se abre un sinfín de posibilidades por las cuales el abogado puede asistir tanto a la persona necesitada de dichas medidas como de las personas que pretendan medidas de apoyo de otra. Puede ser asesoría, entre otros aspectos, sobre los instrumentos que ofrecen los sistemas voluntarios de apoyo, como lo son los poderes preventivos o la autotutela. También se puede establecer asesoramiento sobre las actuaciones del guardador de hecho y como tiene este que proceder. Por último, puede el operador jurídico guiar a la persona sobre otras medidas judiciales. En otro factor de actuaciones las actuaciones que se practican en sede judicial son: 1) La solicitud de constitución de medidas de apoyo o su oposición; 2) La intervención del abogado cuando el expediente se transforma en contencioso por mediar oposición; 3) Solicitud de autorizaciones previas para realizar determinados actos; 4) Peticiones de remoción de curador y de extinción de poderes preventivos; 5) Defensas en caso de ingresos involuntarios. Además de ello, las funciones del abogado dentro de la ley 8/2021 no solo se limitan a las funciones expuestas, sino que ante las numerosas personas con discapacidad que integran nuestra sociedad, pueden darse situaciones de desprotección frente a las mismas. Por lo que, en relación con lo expuesto, pueden darse procesos ante la jurisdicción civil en materia de filiación, derecho al honor, alimentos entre parientes ...etc. En la jurisdicción social en materia de despidos improcedentes, cuestiones en referencia a la seguridad social. Ante la jurisdicción contenciosa-administrativa en temas de ayudas o de reservas de plazas de acceso a la función pública. Por último, pueden darse situaciones ante los tribunales de la jurisdicción penal, donde los temas pueden ser muy variados.⁶

⁵ Bercovitz Rodríguez-Cano R (2021) *Manual de Derecho civil: Derecho privado y Derecho de la persona*. Bercal, S.A. Madrid. Pp. 128-133

⁶Santos Urbaneja, F (2021) *Sistema de apoyo jurídico a las personas con discapacidad tras la ley 8/2021 de 2 de junio*. Ed. Summarium. Madrid. Pp. 335-339.

II. DESARROLLO DE PREGUNTAS DEL SUPUESTO DE HECHO

1. BLOQUE PREGUNTAS NÚM. 1

1.1 ¿JUAN REÚNE LAS CONDICIONES PARA SER PERSONA CON DISCAPACIDAD?

Para entender de una forma correcta e inequívoca si Juan es o no una de las personas que entran en la categoría de personas con discapacidad hay que hacer mención a los diferentes textos que definen la palabra.

1.1.1 EL CONCEPTO “PERSONA CON DISCAPACIDAD”

Para hablar del concepto “*Persona con discapacidad*” se debe acudir al término proporcionado por el CNY en el Art. 1 párrafo segundo. Este Art. nos muestra las personas que se incluyen en la discapacidad afirmando que “... *incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.*”⁷

Tomando como referencia el artículo citado puede extraerse que solo en los casos que presentan impedimentos a la persona con discapacidad a largo plazo tendrían cabida dentro de la definición de persona con discapacidad. Por otro lado, puede haber un supuesto en el que haya un impedimento temporal de la persona. Un buen ejemplo de ello es la persona en coma temporal ingresada en la UCI. Ante este supuesto, la persona no podrá ejercitar la capacidad para las acciones que le son de su interés. Se deduce por tanto que este supuesto no entra dentro de la definición de la CNY, por lo que la dificultad residirá en determinar cuál es el periodo de tiempo que constituye el *largo plazo*, de la CNY.⁸

Otra de las definiciones importantes es la del CC. Esta definición aparece en la disposición adicional cuarta modificada por la reforma 8/2021. Este artículo nos remite a dos leyes diferentes, estas son, la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa con esta finalidad. Y por otro lado la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia. Por último, sobre esta disposición adicional es importante hacer mención a su párrafo segundo “*A los efectos de los demás preceptos de este Código, salvo que otra cosa resulte de la dicción del artículo de que se trate, toda referencia a la discapacidad habrá de ser entendida a aquella que haga precisa la provisión de medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica*”⁹

⁷ ONU: Asamblea General, *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad: Resolución aprobada por la Asamblea General*, 24 de enero de 2007, A/RES/61/106. (Art.1 Párrafo 2º)

⁸ Lora-Tamayo Rodríguez, I. “*AUTORREGULACIÓN DE LA DISCAPACIDAD EN LA LEY 8/2021*” en *Anales de la Academia Sevillana del Notariado*. Tomo XXXI: Ciclo de conferencias cursos 2020-2022, Pp. 273-345, Pp. 284.

⁹ RD de 24 de julio de 1889 por el que se publica el código Civil. De 25 de julio de 1889 Núm. 206 (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/1/con>) Disposición Adicional Cuarta.

En cuanto a la mencionada Ley 41/2003 de protección patrimonial de las personas con discapacidad por el Código Civil, hace distinción a dos tipos de discapacidad. En su Art. 2.2, la psíquica y la física. Psíquica cuando dice que “*Las que presenten una discapacidad psíquica igual o superior al 33 por ciento*” y física cuando afirma que “*Las que presenten una discapacidad física o sensorial igual o superior al 65 por ciento*”.¹⁰

Antes de seguir con la siguiente ley citada en la disposición adicional cuarta del CC, la Ley 39/2006 de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, pongo especial atención al cálculo del porcentaje antes mencionado. Es decir, que norma y que requisitos se establecen para alcanzar ese 33% o 65%. La legislación a la que hay que prestar atención es el RD 888/2022, de 18 de octubre, por el que se establece el procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad. Este RD establece una serie de grados con sus correspondientes porcentajes apareciendo estos en el Anexo I de Normas Generales *Procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad a la CIF-OMS/2001*, en la *Tabla 0.1 Niveles de gravedad de la escala genérica de cuantificación de los problemas*, coincidentes estos porcentajes con los de la tabla contenida en el punto *0.4.2 Clases de discapacidad*. Teniendo en cuenta que el presente RD 888/2022 establece que la decisión final sobre la evaluación de la persona con discapacidad corresponde al múltiple examen inicial de cuatro grupos de problemas diferenciados; la deficiencia; la limitación; el desempeño y los factores contextuales ambientales, el presente RD clasifica las clases de discapacidad de “0” a “4”. Estas son:

- Grado 0: Cuando la valoración de la discapacidad se sitúe entre 0% y 4%, lo que significa que la persona evaluada no tiene problemas para desenvolverse en la vida diaria. No tiene discapacidad.
- Grado 1: Cuando la valoración comprende entre un 5% y un 24%, en estos casos la persona evaluada es independiente en la casi totalidad de las actividades diarias. Se considera una discapacidad leve.
- Grado 2: Cuando la valoración comprende entre un 25% y un 49%, en estos casos la persona evaluada tiene dificultad para la realización de las actividades diarias, pero no para los autocuidados. Se considera una discapacidad moderada.
- Grado 3: Cuando la valoración comprende entre un 50% y un 95%, en estos casos la persona evaluada presenta una dificultad elevada tanto para el desarrollo de las actividades diarias como para los propios cuidados. Se considera una discapacidad grave.
- Grado 4: Comprende entre el 96% y el 100%. En estos casos la persona afectada presenta una discapacidad absoluta para actividades diarias y autocuidados.¹¹

En lo relativo a la citada Ley 39/2006 de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, define la clasificación de los grados, de los cuales para la disposición adicional cuarta del CC es de interés el grado dos y tres. El grado de dependencia segundo establece la dependencia severa, que es cuando la persona necesita ayuda varias veces al día para actividades básicas pero sin un apoyo permanente del cuidador. Y el grado de dependencia tercero es el de gran dependencia, es decir “*...ayuda para realizar varias actividades*

¹⁰ Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa con esta finalidad. De 19 de noviembre de 2003 Núm. 277 (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/2003/11/18/41/con>). Art. 2.2.

¹¹ RD 888/2022, de 18 de octubre, por el que se establece el procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad. De 20 de octubre de 2022. Núm. 252 (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/rd/2022/10/18/888/con>) ANEXO I. Normas Generales.

*básicas de la vida diaria varias veces al día y, por su pérdida total de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, necesita el apoyo indispensable y continuo de otra persona o tiene necesidades de apoyo generalizado para su autonomía personal.”*¹²

En lo referido al primer apartado de la disposición adicional cuarta del CC, aparecen dos tipos de discapacidades, las físicas y las sensoriales, pero quedan al margen las de tipo intelectual, a estas discapacidades se refiere el apartado segundo. Aquí hay que remarcar que, en cuanto a la discapacidad intelectual se refiere, basta con que la persona necesite de apoyos. Bajo este precepto están las personas con discapacidades psíquicas que necesiten de la provisión de medidas de apoyo y aun así no las tengan, y por otro lado las personas con discapacidad psíquicas que también necesiten de la provisión de apoyos y que si los tengan. Estas diferencias tendrán trascendencia jurídica si se realiza un negocio jurídico. En el primer caso será ineficaz si en el momento de celebrarlo carecía de capacidad natural y en el segundo dicho negocio será anulable si lo realiza prescindiendo de sus apoyos. Y aunque en la estudiada disposición adicional cuarta del CC, se nos presenten casos concretos esta supone una ventana abierta a la posibilidad de un tratamiento de la discapacidad en supuestos diferentes de los nombrados en ella.¹³

1.1.2 TERMINOLOGÍA CORRECTA

Muchos han sido los cambios de nombre que se le han atribuido a la discapacidad. En los últimos años surgieron denominaciones tales como personas con diversidad funcional o de capacidades diferentes, incluso si nos remontamos hasta antes de la reforma estudiada, el término correcto para la denominación de estas personas aquejadas de una discapacidad era la de incapaces. Por lo tanto, debemos preguntarnos cual es el término correcto para la denominación de estas personas aquejadas de una discapacidad.

En este sentido deberemos de atender a la legislación actual para encontrar un parámetro acorde con la denominación correcta. Este parámetro se expone en el Art. 4 del RDL 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. El citado artículo pone de relieve *“Las disposiciones normativas de los poderes y las Administraciones públicas, las resoluciones, actos, comunicaciones y manifestaciones de estas y de sus autoridades y agentes, cuando actúen en calidad de tales, utilizarán los términos “persona con discapacidad” o “personas con discapacidad” para denominarlas”*.¹⁴

Por lo tanto, teniendo el presente el parámetro para la correcta denominación y como valoración personal, debemos pensar que cuando llamamos a una persona aquejada con discapacidad, con el término discapacitada, lo que hacemos es darle una connotación a la discapacidad en sí misma y no tanto a la persona, es decir, es como si nos refiriésemos a una persona por los rasgos que la definen, por ejemplo, llamar a una persona que le aqueja una discapacidad física por la cual le

¹² Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia. De 15 de diciembre de 2006. Núm. 299 (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/2006/12/14/39/con>) Art. 26.

¹³ Lora-Tamayo Rodríguez, I (2021) *Reforma civil y procesal para el apoyo a personas con discapacidad*. Francis Lefebvre. Madrid. Pp. 21

¹⁴ RD Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. De 03 de diciembre de 2013. Núm. 289. (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2013/11/29/1/con>) Art. 4.

falta una pierna, llamarla cojo. Por otra parte, si a estas personas aquejadas de algún tipo de discapacidad las llamamos “Personas con discapacidad”, se presenta como eje principal del término a la persona, y en un aspecto secundario la discapacidad que le aqueja.

1.1.3 CONCLUSIÓN. ¿JUAN ES UNA PERSONA CON DISCAPACIDAD?

Si, Juan es una persona con discapacidad. Según la CNY se puede afirmar que reúne parte de lo contenido en el Art. 1 párrafo segundo, es decir, manifiesta deficiencias físicas al tener que desplazarse en silla de ruedas y no tener control de los esfínteres. También presenta lo expuesto en el Art.1 del mismo documento, esto es, discapacidad mental e intelectual cuando se hace referencia a la dificultad de la expresión, entendimiento reducido, déficit de atención, cambios bruscos de ánimo y ataques de ira. Si bien es cierto que el supuesto de hecho dice que Juan tiene la posibilidad de mejora, esta es incierta, siendo lo más probable que dichos problemas físicos y mentales producidos por el accidente, aunque experimente esa mejora, lo más probable es que no desaparezcan nunca, bien por ser incurables, por falta de medios tecnológicos, desarrollo en la innovación médica o bien por un estancamiento de la recuperación tanto mental como física. Bajo este criterio también se encuentra la movilidad de Juan, la cual es poco probable que consiga una recuperación completa.

En cuanto al CC, atendiendo a la disposición adicional cuarta y a las leyes que menciona, se asegura que Juan padece más de un 33% de discapacidad psíquica y más de un 65% de discapacidad física. Estableciéndose de forma concreta, atendiendo a las ya mencionadas barreras y dificultades de Juan, que su discapacidad es grave, es decir, que Juan sufre una limitación casi total para la realización de actividades cotidianas o diarias incluyéndose entre ellas las actividades de autocuidado.

Por último, el CC cita la Ley 39/2006 de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en situación de Dependencia, donde Juan se establece en la tercera categoría, es decir la de gran dependencia, ya que necesita ayuda de forma casi continua en casi todos los ámbitos de su vida por la afección que padece.

Por todo ello Juan, a raíz del grave accidente sufrido, forma parte de la denominación de persona con discapacidad.

1.2 ¿NECESITA JUAN ALGUNA ACREDITACIÓN PARA TENER LA DENOMINACIÓN DE PERSONA CON DISCAPACIDAD?

La solución a esta pregunta se encuentra en la disposición adicional primera del RD 888/2022, de 18 de octubre, por el que se establece el procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad. En esta disposición adicional titulada, certificación del tipo de discapacidad, en su apartado primero expone que “*A instancia de la persona interesada, con o sin medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica, se certificará por la Administración competente el tipo o los tipos de deficiencia o deficiencias que determinan el grado de discapacidad...*”¹⁵

¹⁵ RD 888/2022, de 18 de octubre, por el que se establece el procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad... Óp. Cit. Disposición Adicional Primera.

En relación con lo anterior, la certificación de persona con discapacidad es opcional, es decir, el ciudadano puede optar a ella con los beneficios establecidos “...*garantizando con ello la igualdad de condiciones para el acceso de la ciudadanía a los derechos previstos en la legislación.*”¹⁶

Reforzando lo plasmado en la legislación es conveniente analizar la sentencia del TS 294/2023 de 8 de marzo. En la citada sentencia la contribuyente presenta las autoliquidaciones del IRPF de los ejercicios 2014 y 2015, en régimen de tributación individual y aplicándose el mínimo por discapacidad. La Administración Tributaria abre un procedimiento de comprobación limitada donde la contribuyente presenta como alegaciones un informe médico donde se especificaban las patologías sufridas y se exponía que precisaba de una silla de ruedas para su movilidad y alimentación externa, siendo su vida cotidiana bastante limitada, necesitando ayuda de terceras personas en sus actividades básicas. La AEAT no admitió la aplicación del mínimo por discapacidad por considerar que la recurrente carecía de la condición de persona con discapacidad, es decir, no tenía reconocida la discapacidad para los ejercicios de los años que presentó. La Sala de lo Contencioso-Administrativo falla a favor de la contribuyente, ya que como señala la sentencia, los certificados son un medio acreditativo seguro y eficiente, pero no son los únicos, es decir, que la persona puede acreditar su discapacidad por cualquier otro medio de prueba, véase en la sentencia los informes médicos aportados con las patologías que presentaba, además de que la propia actora obtuvo en los años posteriores un reconocimiento de una discapacidad del 77%. Por todo ello se desestima el recurso de casación interpuesto por la AEAT.¹⁷

1.3 LOS PADRES, CON EL CUIDADO DE JUAN, ¿ESTÁN REALIZANDO ALGÚN TIPO DE MEDIDA DE APOYO?

Para responder a esta pregunta de forma precisa y razonada, conviene hacer mención a la definición de apoyo así como los nuevos tipos de apoyo a personas con discapacidad de la Ley 8/2021, centrando el estudio en el apoyo concreto que realizan los padres.

1.3.1 DEFINICIÓN Y TIPOS DE APOYO DENTRO DE LA LEY 8/2021.

En cuanto a la definición de apoyo, la CNY no describe lo que es un apoyo a una persona con discapacidad como tampoco lo hace en la Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia, entre otras leyes. Esto es debido al uso generalizado y extendido de lo que se entiende por apoyo a una persona con discapacidad, un ámbito reducido a discusiones dentro de la rama del derecho. Así lo expone Marín Calero. C cuando dice “*Y quizá no se haya molestado la Convención en definir los apoyos porque su uso está tan extendido y normalizado en todos los demás aspectos de la vida de la persona con discapacidad, tanto física como intelectual, que bien se podría decir que la anomalía ha quedado reducida al mundo jurídico y tampoco a todo él, pues no es así en el ámbito administrativo ordinario... pero sí, en el más formal... como es el de los notarios...*”.¹⁸

¹⁶ RD 888/2022, de 18 de octubre, por el que se establece el procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad... Óp. Cit. Art. 1.

¹⁷ STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) Núm.294/2023 de 8 de marzo de 2023 (ECLI:ES:TS: 2023:837)

¹⁸ Marín Calero, C (2022) *La integración de las personas con discapacidad en el Derecho Civil. Una crítica constructiva a la Ley 8/2021*. Aferre Editor S.L. Barcelona. Pp. 35 y 36.

En referencia a las observaciones generales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en relación con la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, concretamente en el análisis del párrafo 3 del artículo 12 expone que aunque no se explique cómo es el apoyo que debe darse a la persona, ya que este es un término amplio y presenta innumerables variantes, este tiene que respetar la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad y nunca constituir que con este apoyo se esté **involucrando a la persona** interviniente en el apoyo a tomar decisiones en su nombre. Por lo que con ello la citada observación general del Comité, ante el pluralismo de las situaciones derivadas de la discapacidad de la persona, solo se limita a establecer una serie de casos a modo ejemplificativo.¹⁹

Por otro lado, se presentan los tipos de apoyos, los cuales conviene realizar un resumen casi esquemático para luego centrarse en el modelo de apoyo concreto que en el caso práctico se presenta. Dentro de los tipos de apoyo la ley establece diversas categorías según se ejercite dicho apoyo. El primero de los apoyos a tener en cuenta es aquel de naturaleza voluntaria, es decir, los poderes y mandatos preventivos, así como también la autotutela. Estas medidas de apoyo mantienen un carácter preferente frente a las demás y son las que establece la persona con discapacidad, donde esta designa a las personas que quiere que le presten apoyo, así como el alcance de estas. Y es que este conjunto de medidas altera el sistema conocido hasta ahora ya que se sobreponen a los sistemas de apoyo reconocidos o establecidos por la ley. El segundo de los apoyos presenta la característica de ser un apoyo informal, es decir, que no es un apoyo dictado por un juez ni tampoco un apoyo voluntario donde se establece la voluntad de la persona con discapacidad. Dicho apoyo es la guarda de hecho, donde impera cuando no haya medidas de carácter voluntario o judiciales, o estas últimas sean ineficaces. En cuanto a la tercera y última categoría se encuentran las medidas de apoyo judiciales, donde dentro de esta categoría se encuentran la tutela y el defensor judicial. Estas últimas medidas serán las que se adopten como último recurso. Si ponemos atención a la tutela, esta medida se aplica a quien precise de un apoyo continuado donde su extensión y continuidad la determinará un juez en una resolución judicial. Poniendo atención en el defensor judicial, esta medida procederá cuando la persona con discapacidad presente necesidad de apoyo de forma ocasional, aunque este apoyo sea recurrente.²⁰

1.3.2 DESARROLLO DE LA GUARDA DE HECHO.

En base a lo argumentado en los puntos anteriores, adelantándome a las conclusiones del presente epígrafe, la medida de apoyo que realizan los padres de Juan es la guarda de hecho. Por ello conviene analizar en profundidad el citado apoyo y en concreto la figura del guardador.

Ya se adelantó en el punto anterior que la guarda de hecho es una medida de apoyo informal, que se establece cuando las medidas de apoyo voluntarias o las judiciales no existan o estas últimas sean insuficientes.²¹

¹⁹ Organización de las Naciones Unidas. (2014). Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Observación general N°1. 11ª período de sesiones (31 de marzo a 11 de abril de 2014). Art. 12 párrafo 3.

²⁰ Paños Pérez, A (2022) *Nuevo paradigma en el ejercicio de la capacidad jurídica. Apoyos voluntarios a las personas con discapacidad*. Dykinson S.L. Madrid. Pp. 89-91.

²¹ Remisión de este mismo documento al apartado 1.3.1 DEFINICIÓN Y TIPOS DE APOYO DE LA LEY 8/2021.

Analizando la figura del guardador a la cual en la presente ley estudiada se la dota de un especial refuerzo, esta figura la suele realizar o desempeñar la familia, así lo establece la sentencia de la AP de Cádiz cuando expone “... *el ejercicio de su capacidad jurídica por un guardador de hecho generalmente un familiar, pues la familia sigue siendo en nuestra sociedad el grupo básico de solidaridad y apoyo entre las personas que la componen, especialmente en lo que atañe a sus miembros más vulnerables*”.²²

Así pues, la persona encargada de la guarda de hecho no es la que apoya al guardado en las barreras de su discapacidad física o sensorial de la vida cotidiana, la ley no está configurada para ello, sino para asistir a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. En cuanto a la constitución de la misma guarda, como su nombre indica, es de hecho, es decir, que no hay un acto de investidura para ello, ni judicial ni notarial. La estructura del guardador lo es porque así lo ha dispuesto la familia del mismo y esto puede darse por ser esta la persona más próxima a la persona con discapacidad o por ser esta la que mejor lo entienda en términos de formar su voluntad y preferencias. Por todo ello, la guarda de hecho se establece como una actividad desinteresada por parte del guardador, donde su ejercicio debe basarse en el respeto y la dignidad de la persona con discapacidad. El guardador en este sentido debe de hacer un sobre esfuerzo en cuanto a la voluntad de la persona con discapacidad indagando sobre sus deseos y preferencias para que el guardado mediante el apoyo del guardador, pueda formar una correcta expresión de su voluntad en el ejercicio de su capacidad jurídica. Dicho con otras palabras, el guardador se encargará de que comprenda y entienda, para que llegue a formar la voluntad que le es conveniente.²³

1.3.3 ALGUNOS DE LOS PROBLEMAS QUE PRESENTA LA GUARDA DE HECHO HOY EN DÍA.

La normativa 8/2021, le ha dado más protagonismo a la figura de la guarda de hecho, convirtiéndola así en una institución jurídica de apoyo. No obstante, esta reforma ha generado ciertos problemas. Se establece como principal de los problemas que presenta la guarda de hecho la legitimación del custodio ya que la ley no especifica cómo puede el custodio de hecho acreditar su título habilitante para ejercer dicho cargo. Tal situación se convierte en un obstáculo significativo cuando se pretenden realizar peticiones a entidades financieras, aseguradoras o incluso a Administraciones públicas, puesto que no reconocen al guardador de hecho y se exige una acreditación para ello, lo que, para el caso, la única solución posible es recurrir ante la autoridad judicial para tal reconocimiento. En este sentido son múltiples los autos y las sentencias que ponen de relieve dichos obstáculos, uno de estos autos es el 8/2022 del Juzgado nº3 de Córdoba, de 11 de enero de 2022. El citado auto versa sobre una persona que era guardadora de hecho de su hija e intentó realizar operaciones en la cuenta bancaria de esta. La entidad bancaria se niega a reconocer el apoyo que la madre venía ejerciendo a la hija, por lo que se vio en la necesidad de iniciar un procedimiento de jurisdicción voluntaria para obtener el reconocimiento oficial de su condición de guardadora. A pesar de que había demostrado su papel ante el banco,

²² AP de Cádiz (Sección 5ª) Núm. 578/2022 de 17 de junio de 2022 (ECLI:ES:APCA:2022:1636)

²³ Ferrer Vanrell, M, P. (2022). «Las medidas informales de apoyo. Especial referencia a la guarda de hecho». *Reformas legislativas para el apoyo a las personas con discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio, al año de su entrada en vigor*. (Dir. Lledó Yague, A, Ferrer Vanrell, M, P, Egusquiza Balmaseda, M,A, y López Simó, F.) Dykinson S.L. Madrid. Pp. 610-608.

este se negó a reconocer la institución de la guarda y las facultades que la ley otorga a esta medida. Con este auto la madre queda legitimada por ley para realizar funciones de administración ordinaria y disposición respecto de las cuentas bancarias de las que la hija es titular.²⁴

Otro de los autos por los cuales el juez se ve obligado a pronunciarse en relación con los obstáculos que se presentan frente a guardadores de hecho por parte de entidades bancarias, es en el Auto 81/2022 de 7 de febrero de 2022. En este auto la guardadora de hecho de su hermana quiere anular una cuenta de titularidad de su hermana de la cual solo le genera gastos bancarios, actuación beneficiosa para la guardada. La guardadora también solicita los atrasos correspondientes de una pensión de orfandad con acreditación de su discapacidad a favor de su hermana y sin tener autorización judicial. Por último, la guardadora necesita de un documento que la acredite como guardadora de hecho para así poder disponer de una cantidad de dinero por defunción de un tercero que corresponde a su hermana con discapacidad. Ante esto la jueza no desestima la solicitud, aunque dice que podría hacerlo, ya que para todos los actos mencionados no se necesita la acreditación de guardadora de hecho, pero siendo conscientes de que dicho documento se lo van a seguir requiriendo, aunque no sea necesario por ley, la jueza decide estimar la pretensión y acceder a concederle la acreditación de guardadora de hecho.²⁵

Como se ha expuesto estos son solo dos de los múltiples ejemplos que se pueden encontrar en el día a día en relación con el tan tedioso requerimiento de la acreditación de la guarda de hecho por entidades del sector financiero. Dicha situación se reduce al ridículo de demostrar algo que es de facto, y provoca cierto temor en determinadas entidades, así como en la propia persona guardada. En palabras de la letrada López Courchoud, C “... *si bien tiene una finalidad práctica, es una medida de apoyo que, a la vista de la redacción actual de la ley y de la poca jurisprudencia existente, provoca una situación de inseguridad jurídica para la persona discapacitada sometida a dicha medida de apoyo.*”²⁶

1.3.4 CONCLUSIÓN ¿QUÉ MEDIDA DE APOYO ESTÁN REALIZANDO LOS PADRES DE JUAN?

En vista de lo expuesto, los padres de Juan están asistiendo de apoyos a su hijo, y no solo en la superación de barreras para las actividades de la vida cotidiana como la asistencia al vestirse, comer, peinarse, acostarse en cama, entre otras, sino también para la formación de la voluntad en supuestos de interés de su propio hijo, como es la contratación de un fondo de inversión, la administración de cuentas bancarias, pago de enseres propios de la vida ordinaria, presentación de solicitudes para el cobro de ayudas y venta de bienes del hijo. Todos estos actos tienen en común que dentro del apoyo a su hijo Juan nunca sustituyen su voluntad por la voluntad de lo que creen los padres que es mejor para Juan, es decir, lo ayudan en cada uno de los procesos para que Juan forme su propia voluntad de la manera más autónoma posible. Por todo ello es innegable que los padres de Juan estén realizando el apoyo pertinente para con su hijo Juan.

²⁴ Juzgado de Primera Instancia N.º 3 de Córdoba, Auto 8/2022 de 11 de enero de 2022. Proc. 1641/2021 (LA LEY 4864/2022)

²⁵ Juzgado de Primera Instancia N.º 5 de Córdoba, Auto 81/2022 de 7 de febrero de 2022 Procedimiento 1030/2021. (LA LEY 5584/2022)

²⁶ López Courchoud, C. “*El Guardador de hecho como medida de apoyo a las personas con discapacidad y su relación con las entidades bancarias*”. Diario de La Ley, N.º 10329, sección Tribuna, 17 de julio de 2023, (La Ley 6485/2023)

La guarda de hecho, como ya se venía adelantando en párrafos anteriores, es el modelo de apoyo establecido por los padres. Esta configuración es la más acertada en cuanto un apoyo sin medidas voluntarias, ya que siempre se buscarán las unidades familiares más cercanas a las personas con discapacidad, es decir, los padres de Juan son las personas más recomendables para saber cuál es la voluntad o preferencias de su hijo, y esto podemos afirmarlo ya que en el supuesto práctico se nos revela que Juan siempre ha convivido con ellos. Y si bien no existen medidas voluntarias por parte de Juan, el siguiente tipo de medidas de apoyo que refuerza el legislador es el de la guarda de hecho, apoyo puramente fáctico, ya que los padres de Juan no obtienen la condición de guardadores por resolución judicial (aunque como vimos con las entidades bancarias si se necesita que se pronuncie el juez, con el consiguiente efecto contrario de lo que pretendía la ley, que era la desjudicialización) sino por fuerza de la ley. Si atendemos a la curatela, esta se configura para situaciones de apoyo continuado, que, si bien este podría entrar dentro de los casos de la curatela, la válida constitución de una guarda de hecho hace que no necesitemos la curatela como tal, esta, como se verá, es una restricción de las libertades de quien cuida a la persona con discapacidad ya que acota su margen de actuación por una acreditación de la situación de la persona con discapacidad.

1.4 ¿TIENEN LOS PADRES LA OBLIGACIÓN DE INSCRIBIR EL APOYO PRESTADO A SU HIJO JUAN EN EL REGISTRO CIVIL?

1.4.1 SITUACIÓN ANTES DE LA REFORMA 8/2021. LA INCAPACITACIÓN.

Para poder abordar la cuestión que se formula, se debe prestar atención a la legislación anterior a la Ley de reforma 8/2021, pues sin esta breve explicación no se entendería el porqué de la necesidad o no necesidad de la acreditación como persona con discapacidad.

Con la antigua regulación lo que primaba era el régimen de incapacitación para luego dar paso a la modificación judicial de la capacidad. Esta capacidad era una capacidad de obrar que no era plena, a la que hay que sumar que esta está dictada por sentencia judicial firme. Esta circunstancia se asocia a un estado civil concreto donde dicho estado civil tiene necesario acceso al Registro Civil, es decir, que constaba en el Registro Civil como tal. La inscripción de la circunstancia de incapacitación no suponía que tuviera carácter constitutivo, pero si que se llegaban a conocer las modificaciones judiciales de la capacidad atribuidas a la persona incapacitada. Este sistema consideraba a las personas con la capacidad de obrar modificada judicialmente, menos capaces para actuar en el tráfico bajo el disfraz de la protección de esta regulación. Con la Ley 8/2021 se rompe este paradigma para dar paso a un sistema en personas adultas de apoyos con total capacidad para actuar en el tráfico, rompiendo con ello la situación de asimilación de la discapacidad a un estado civil concreto.²⁷

1.4.2 LA INSCRIPCIÓN DE LA GUARDA DE HECHO EN EL REGISTRO CIVIL.

Determinada que la medida de apoyo que estaban ejerciendo los padres de Juan era la guarda de hecho, se plantea el problema de si esta medida se tiene que inscribir en el Registro Civil. Para ello es preciso examinar el Art. 4 de la LRC el cual fue modificado por el Art. 6.1 de la Ley 8/2021. En el citado artículo, la guardia de hecho no tendría cabida en el punto 10º ya que no es

²⁷ De Verda y Beamonte J.R (2022) *La discapacidad...*, Óp. Cit. Pág. 717-719

un poder preventivo o un mandato. Tampoco tendría cabida en el punto 11º ya que no es una resolución judicial, se actúa al margen judicial, de hecho. Por lo que atendiendo a los posibles hechos y actos inscribibles en el Registro Civil del Art. 4, se deja fuera la guarda de hecho.²⁸

Por otro lado, el artículo 40.3 de la misma LRC, expone cuales son las anotaciones registrales que se extenderán a petición del MF e incluso de cualquier interesado. Entre los 10 hechos y actos enumerados, se encuentra en el noveno, “*El acogimiento, la guarda administrativa y la guarda de hecho*”.²⁹

1.4.3 CONCLUSIÓN SOBRE EL REGISTRO DE LA GUARDA DE HECHO DE JUAN.

En conclusión, de formularse esta pregunta antes de la publicación de la reforma 8/2021 no cabría duda de que el proceso por el cual tendría que verse sometido Juan es el proceso de incapacitación, con el correspondiente recorte de su capacidad de obrar, considerando a Juan como persona no válida o poco válida para actuar en el tráfico jurídico. Dicho proceso terminaría con una sentencia firme de incapacitación, que se anotaría en el Registro Civil. Lo que conllevaría con ello que cualquier interesado pudiera acceder a la consulta en el Registro para ver si tiene alguna declaración de incapacidad, así como los efectos de esta. Dicho proceso otorgaba cierta seguridad al tráfico jurídico. Con la reforma existente el procedimiento anteriormente expuesto queda reemplazado por un sistema de apoyos donde la seguridad en el tráfico jurídico no es tan taxativa, es decir, tomando como referencia la guarda de hecho a la que está sometido Juan mediante el cuidado de sus padres, se deduce mediante el artículo 40.3 de la LRC que pueden ser objeto de anotación, por lo que Juan puede estar inscrito en el Registro Civil si lo consideran sus padres o por el contrario no estarlo.

1.5 ¿PUEDEN ACTUAR LOS DOS PADRES EN BASE A LOS APOYOS QUE NECESITA JUAN?

Debido a la concurrencia de personas prestando apoyo a Juan, se plantea la duda de si en este supuesto podrían actuar los dos padres en función de la medida de apoyo establecida, que para el caso quedó determinada en la guarda de hecho. La respuesta es afirmativa y en ello nos basamos en la sentencia 286/2022 de la AP de Cantabria. En la presente sentencia se muestra a unos padres los cuales quieren que se establezca una curatela a favor de estos en relación con su hija aquejada de discapacidad de 18 años la cual vivía con sus padres hasta alcanzar la mencionada edad. El fallo de la actual sentencia desestima la constitución de la curatela, y estima la sentencia en primera instancia reafirmando la guarda de hecho de los dos progenitores. El citado fallo sería muy diferente si existiese una situación de conflicto entre los progenitores, lo cual dejaría de ser la medida más propicia para la persona con discapacidad no pudiendo ejercerse de forma conjunta la guarda de hecho, tal y como se afirma en el fundamento de Derecho 3º de la sentencia.³⁰

²⁸ Ley 20/2011, de 21 de julio, del registro Civil. De 22 de julio de 2011. Núm. 175 (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/2011/07/21/20/con>) Art. 4.

²⁹ Ley 20/2011, de 21 de julio, del registro Civil... Óp. Cit. Art. 40.3.9º

³⁰ AP de Cantabria (Sección 2º) Núm. 286/2022 de 31 de mayo de 2022 (ECLI: ES: APS:2022:623)

Otra de las sentencias por las cuales nada impide que varias sean las personas que ejerzan la guarda de hecho, es la sentencia 212/2022 de la AP de León, la cual establece la continuidad de la guarda de hecho a los que son los hijos de la persona demanda, su madre, ya que esta está perfectamente atendida tanto en las barreras físicas de su avanzada edad como en las de apoyo para la formación de su voluntad. Por todo ello y en atención al artículo 263 del CC expuesto en la sentencia, desestima la pretensión de los hijos para el establecimiento de una curatela.³¹

1.5.1 CONCLUSIÓN A LA MULTIPLICIDAD DE GUARDADORES DE HECHO

En el presente caso y teniendo presente lo anteriormente expuesto, se relata que Juan vive con sus padres, que estos fueron los que durante su estancia en el médico se preocuparon por él, encargándose de aprender a asistir a su hijo. Una vez que salió del hospital se encargaron de llevarlo a rehabilitación, así como de ofrecerle la asistencia que necesitaba en momentos clave, como los pertenecientes a las acciones patrimoniales de la venta de varios de sus enseres, o las gestiones económicas pertinentes y todo ello en conjunto de sus dos padres. Atendiendo a las sentencias y en caso de proceder a una curatela en favor de uno de los padres, esta se vería desestimada con total seguridad ya que hay una guarda de hecho que funciona con anterioridad a la pretensión y una falta de incompatibilidad entre los cónyuges padres de Juan.

1.6 ¿LOS ACTOS DE APOYO DE GESTIÓN PATRIMONIAL Y PERSONAL, PUEDEN HACERLOS LOS PADRES DE JUAN O NECESITAN AUTORIZACIÓN JUDICIAL?

Como ya se comentó en apartados anteriores, la misión del guardador es la de proceder en el ámbito de la vida ordinaria de la persona con una discapacidad y que necesite de ese apoyo para la correcta formación de la voluntad de sus propios intereses. Dicha manera de actuar del guardador no significa que sea ilimitada, para ello conviene presentar cuales de las acciones puede hacer un guardador y cuales no.

1.6.1 TIPOS DE APOYO DENTRO DE LA GUARDA DE HECHO

Puede establecerse que, para determinados actos, como se expuso anteriormente, se establezca la pertinente autorización judicial pero también debemos atender a ciertos actos por los cuales se requerirá autorización judicial, pero que sin embargo podrá salvarse dicho procedimiento estableciéndose una representación a favor del guardador. Conviene precisar dos puntos relevantes en esta cuestión, la guarda de hecho asistencial y la guarda de hecho representativa.

En cuanto a la guarda de hecho asistencial esta supone que el guardador solo ejerce funciones asistenciales con respecto del guardado ayudándole en algunos casos a formar su voluntad. Existe pues una diferencia en cuanto a la curatela el cual el curador debe de asistir para los actos por los cuales lo estableció el juez, consistiendo o no la celebración del contrato celebrado por la persona con discapacidad, por lo que, de no intervenir el curador, este contrato sería anulable por el Art.

³¹ AP de León (Sección 1ª) Núm. 212/2022 de 21 de marzo de 2022 (ECLI: ES: APLE:2022:489)

1302.III del CC. En sentido contrario la no intervención del guardador de hecho no es óbice para determinar su anulabilidad.³²

Es decir, de lo anteriormente analizado, la guarda de hecho asistencial se centra en cuestiones cotidianas de la vida, asistiéndole en la formación de la voluntad y ayudándole a formarla, donde no puede esta sustituir en ningún caso la voluntad del guardado.

En lo que concierne a la guarda de hecho con funciones representativas, esta podrá ser de dos tipos los cuales son la guarda de hecho con funciones representativas directamente concedidas por la ley y la guarda de hecho con funciones otorgadas previa autorización judicial en caso de necesidad. Las autorizaciones concedidas por la Ley son las del art. 264.III del CC, como ya vimos a lo largo del presente documento. Es decir, otorga esa representación al guardador para actos que tengan una escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar, así como la solicitud de prestaciones económicas a favor de la persona con discapacidad.³³

En el caso de las facultades otorgadas previa autorización judicial. Estas son las expuestas en el Art.264.I del CC. Donde para recabar esa autorización, el guardador deberá obtenerla a través del expediente de jurisdicción voluntaria. En este proceso se oír al guardado, entrevistándose para ello con el juez recabando los informes periciales que estime, así como la citación de cuantas personas considere necesario oír, todo en relación con el acto del que se pretende la autorización.³⁴

En este sentido, el juez deberá oír a la persona con discapacidad, pero ello no es óbice para que este deba acatar su voluntad siempre, es decir, existe la voluntad de la persona aquejada de alguna discapacidad, pero no es verdad que el juez obedezca siempre a las voluntades de la persona con discapacidad examinadas todas las circunstancias. Y es que la actuación representativa en la nueva redacción es única y exclusivamente excepcional. Tal y como expone el artículo 249.III del CC en los casos excepcionales cuando no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona, las medidas podrán incluir funciones representativas. De lo anterior según expone De Verda y Beamonte, cree que el juez pueda conceder la autorización, si de efectivamente existe una necesidad de realizar un acto. Esto no solo se aplica cuando la persona con discapacidad le es imposible expresar físicamente su deseo sino también cuando a pesar de su oposición, su voluntad no puede formarse de manera autónoma debido a una enfermedad que afecta su discernimiento, por lo que se debe entender que hay enfermedades que influyen en esa capacidad para la decisión y por ello comprometen el patrimonio de la persona con discapacidad, en consecuencia como solución hay que autorizar un acto para proteger su salud o patrimonio.³⁵

³² De Verda y Beamonte, J.R. *La guarda de hecho de las personas con discapacidad a la luz de la reciente jurisprudencia sobre la materia*. Diario la Ley. Núm. 10168, Sección Dossier, 11 de noviembre de 2022, “VI. Facultades asistenciales del guardador”

³³ RD de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil... Óp. Cit. Art. 264

³⁴ Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. De 03 de julio de 2015 Núm. 158. Art. 52.3.

³⁵ De Verda y Beamonte, J.R. *La guarda de hecho de las personas con discapacidad ... Op. Cit.* VII. Facultades representativas).

1.6.2 ACTOS QUE PUEDE REALIZAR LA PERSONA CON DISCAPACIDAD CON APOYO DEL GUARDADOR Y SIN AUTORIZACIÓN JUDICIAL.

El Art. 264 del CC, pone de relieve para que actos se deberá de recabar autorización judicial al juez por parte del guardador de hecho. En este sentido en el apartado 3 del artículo mencionado expone una serie de supuestos en los que no es necesaria la autorización judicial, estos son como expone el precepto “...cuando el guardador solicite una prestación económica a favor de la persona con discapacidad, siempre que esta no suponga un cambio significativo en la vida de la persona, o realice actos jurídicos sobre bienes de esta que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familia.”³⁶

En cuanto a este precepto, la solicitud reconocimiento de la situación de dependencia y de derecho de las prestaciones se refiere a las del Art. 28 de la Ley 39/2006. En este artículo que trata sobre el procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del Sistema, nos expone que “El procedimiento se iniciará a instancia de la persona que pueda estar afectada por algún grado de dependencia o de quien ostente su representación.”³⁷ Por ello, si la persona guardadora de hecho solicita una prestación económica a favor de una persona con discapacidad, este no necesitará autorización judicial.

Continuando con el precepto expuesto, este presenta como actos prescindibles de autorización judicial, los actos jurídicos que versen sobre bienes de escasa relevancia económica y los que carezcan de un especial significado. En este sentido, Berrocal Lanzarote explica que son conceptos jurídicos indeterminados que pueden dar situaciones dispares, como las de no permitir algunas de las operaciones de la vida cotidiana que pudieran constituir una situación de poca relevancia económica acudiendo a una autoridad judicial para recabar la autorización pertinente.³⁸

En lo anteriormente expuesto uno de los ejemplos en cuanto a las dudas interpretativas de este concepto es el protagonizado por un hijo guardador de hecho de una persona con avanzada edad con deterioro cognitivo, el cual retira del banco de la persona con discapacidad 50 euros con su autorización para la compra de enseres de uso doméstico y además paga con su tarjeta de crédito en el supermercado o incluso le organiza las citas para el médico. Esos son hechos de poca relevancia que no necesitan autorización judicial, pero podría ser dentro del mismo caso que el hijo se encontrara con la negativa por parte del banco para contratarle un fondo de inversión con la mitad del saldo en cuenta corriente del padre, siendo este de bajo riesgo. Las alegaciones del banco podrán ser que no es el titular de la cuenta sino un mero autorizado, o incluso podrá darse la alegación de que el banco reconociese la situación de hecho pero que este califique la operación como relevante económicamente, por lo que en el citado caso tendría recabar autorización judicial.

³⁹

³⁶ RD de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil... Op. Cit. Art. 264.

³⁷ Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia... ÓP. Cit. Art. 28.

³⁸ Berrocal Lanzarote A.I. (2022) «La guarda de hecho de las personas con discapacidad». *La discapacidad...* Óp. Cit. Pp. 261.

³⁹ Ortiz Tejonero.M. La guarda de hecho tras la entrada en vigor de la Ley 8/2021. *Diario la Ley*. Núm.10053, sección tribuna, de 21 de abril de 2022. Pág. 2.

Vistos los actos por los que el guardador de hecho puede hacer en beneficio del guardado sin recabar autorización judicial, lo siguiente es determinar los casos para los cuales es necesario por parte del guardador, recabar autorización judicial. Estos son los del Art. 287 del CC, los cuales expone que se necesitará autorización para los actos de trascendencia personal o familiar cuando la persona con discapacidad no pueda decidir por sí mismo, estos son: enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, bienes o derechos de especial significado personal o familiar, bienes muebles de extraordinario valor y valores mobiliarios no cotizados en mercados oficiales; disponer a título gratuito de bienes o derechos, salvo escasa relevancia económica; renuncia de derechos, así como transigir o someter a arbitraje intereses de la persona guardada, salvo escasa cuantía; aceptación sin beneficio de inventario de una herencia o su repudia; hacer gastos extraordinarios en los bienes de la persona guardada; interponer demanda en nombre de la persona a la que presta apoyo salvo en asuntos urgentes; dar o tomar dinero a préstamo y prestar aval o fianza; por último celebrar contratos de seguro de vida, renta vitalicia y otros análogos cuando estos requieran de inversiones o aportaciones extraordinarias.⁴⁰

En relación con lo expuesto, tenemos a modo ejemplificativo el Auto 67/2022 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción N.º 1 en Tafalla, el cual manifiesta el acto por el cual el guardador solicita autorización judicial para la venta de un inmueble de la persona con discapacidad. En el auto analizado concurren requisitos de necesidad, la identificación con precisión del bien y la finalidad que se le va a dar al dinero obtenido con la venta. Por todo ello el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción concede la autorización judicial para la enajenación del inmueble.⁴¹

También se nos presenta el Auto 94/2022 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción N.º4 de Tudela por el cual se autoriza a la hermana y tutora del incapaz,⁴² el cual no tiene capacidad, según auto, para ser escuchado ni comprender la complejidad jurídica y económica del acto, con la finalidad de que preste su consentimiento para liquidar la sociedad económico matrimonial de conquistas⁴³ para luego intervenir en la aceptación y adjudicación de herencia del padre finado.⁴⁴

Con el anterior auto se evidencian dos de los actos para los que se necesita autorización judicial y que vienen expuestos por el precepto del Art. 287 del CC. Estos son: para realizar actos de trascendencia personal o familiar cuando la persona afectada no puede hacerlos por sí mismo, y los actos de aceptación sin beneficio de inventario de cualquier herencia.

Para concluir, se debe tener en cuenta que tales normas de representación del Art. 287 del CC, el analizado hasta ahora, son aplicables a la nueva curatela, es decir, que, aunque se constituya una curatela de la persona con discapacidad, para los actos numerados en el Art. 287 del CC también le serán de aplicación, a lo que tendrá el curador que solicitar autorización judicial pertinente. También se renuncia a la curatela cuando los jueces ven que dicha contingencia u obstáculo puede salvarse con una simple autorización judicial para el caso. Así lo expone la AP de Santa Cruz de

⁴⁰ RD de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil... ÓP. Cit. Art. 287.

⁴¹ Juzgado de Primera instancia e Instrucción N.º1 de Tafalla, Auto 67/2022 de 11 de marzo de 2022.(ECLI: ES:JPII:2022:179A) LA LEY 88056/2022

⁴² En este sentido pese a ser un auto del año 2022, aun se habla de incapaz como así también de tutor, cuando a pesar de ello se habla del Art. 287 en relación con el guardador de hecho. Puede evidenciarse así la mala praxis de alguno de los tribunales en la aplicación de los términos establecidos por la norma.

⁴³ Derecho foral de Navarra. El auto es del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Tudela.

⁴⁴ Juzgado de Primera Instancia e Instrucción N.º4 de Tudela, Auto 94/2022 de 5 de mayo de 2022 (ECLI: ES:JPII:2022:304A) LA LEY 184036/2022.

Tenerife Núm. 255/2022 cuando dice “.... Puede ser representada en caso de tener que tomar decisiones sobre sus bienes u otras trascendentes a nivel personal, pero de ello no se sigue que haya que constituirse una curatela representativa, pues de precisar tal apoyo bastará con que el guardador solicite la pertinente autorización judicial, que por otra parte... la precisaría incluso siendo curador representativo, conforme al Art. 287 CC.”⁴⁵

1.6.3 CONCLUSIÓN SOBRE LA NECESIDAD DE AUTORIZACIÓN JUDICIAL POR PARTE DE LOS PADRES DE JUAN.

Es evidente que los padres de Juan hicieron diversos actos con trascendencia jurídica, pero no todos ellos, dadas las características que reúnen, precisarán de autorización judicial. Dentro de estos actos tenemos que clasificar: La contratación de un fondo de inversión con la mitad del dinero de la cuenta corriente en beneficio del guardado, pago de enseres propios de la vida ordinaria, presentación de la solicitud de reconocimiento de la situación de dependencia para optar a las ayudas proporcionadas por la comunidad autónoma, venta de piezas de la moto y por último la venta de un piso que solo le generaba gastos.

En cuanto a los actos de los mencionados que pueden hacer los padres de Juan sin autorización judicial, se expone la solicitud de la acreditación de persona dependiente para optar a las ayudas de la comunidad autónoma por estar así especificado en la norma. También forman parte de este grupo la venta de las piezas que quedaron intactas de la moto accidentada al ser un acto con escasa relevancia económica. Lo mismo pasa con los gastos de origen cotidiano, como es el gasto en ropa con la utilización de la tarjeta de crédito por parte del guardador, estos entrarán dentro de los gastos de poca relevancia económica.

Más dudas se nos presentan diversos supuestos, pues en la contratación de un fondo de inversiones por parte de los padres de Juan, nos podemos encontrar con la negativa de la entidad financiera y reconocer el acto como económicamente relevante. Procederán los padres de Juan a recabar de una autorización judicial.

En otro sentido, el acto que entraría dentro de la autorización judicial es el de la venta del piso que Juan estaba reformando, por ser este un acto con gran relevancia económica.

2. BLOQUE PREGUNTAS NÚM. 2

2.1 ANTE EL EVIDENTE ESTADO DE DETERIORO DE MANOLO, EL PADRE DE JUAN Y LA NEGATIVA DE SU HIJO A RECIBIR APOYOS. ¿ESTÁ VINCULADO EL JUEZ POR LA DECISIÓN DE JUAN, DE NO QUERER APOYOS?

Bajo esta pregunta en relación con la situación sobrevenida de la pareja y padres que cuidaban a Juan, hay que atender a si la decisión de Juan vincula al juez o no, y en qué casos podrán darse estas situaciones. Además, también se verá si sigue habiendo un interés superior de la persona con discapacidad y en qué casos opera.

⁴⁵ AP de Santa Cruz de Tenerife, (Sección 1ª), Núm. 255/2022 de 25 mayo de 2022, (ECLI: ES: APTF:2022:1226), LA LEY 180219/2022. (LA LEY 1802019/2022)

Respecto a la posible vinculación del juez en relación con su voluntad, se dan dos posibilidades, la de establecer medidas de apoyo en contra de la voluntad de la persona con discapacidad y la de poder esgrimir un interés superior de la persona con discapacidad.

2.1.1 MEDIDAS DE APOYO ANTE LA NEGATIVA DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD

La jurisprudencia arroja luz a este epígrafe en la sentencia del TS 589/2021 de 8 de septiembre. En ella se expone una determinante afirmación en cuanto a la posibilidad de establecer medidas judiciales de apoyo en beneficio de una persona que las rechaza de forma expresa. En un principio esto supone ir en contra de la voluntad de la persona con discapacidad, pero ello puede hacerse cuando exista una necesidad existencial, es decir, que dicha ausencia asistencial esté provocando un grave deterioro personal y una degradación que le impide el ejercicio de sus derechos, así como las relaciones necesarias con las personas de su entorno. En la presente sentencia se evidencia la negativa de recibir apoyos por la persona afectada por síndrome de Diógenes, pero el TS establece una curatela a favor de esta persona por considerar que esta no es consciente de su degradación personal.⁴⁶

En otra de las sentencias que evidencian estas medidas judiciales de apoyo impuestas a las personas con discapacidad que se niegan a recibirlas es la Sentencia de la AP de Valladolid 405/2021, de 2 de noviembre. En esta sentencia se detalla un recurso de apelación contra una sentencia que declaró la inhabilidad total de una mujer por padecer trastornos mentales como el deterioro cognitivo entre otros. Por ello se le nombra tutor. Con el nuevo régimen legal se sustituye la tutela por la curatela, con apoyo asistencial en lo que respecta a su cuidado personal, así como lo que respecta a su autonomía para los actos patrimoniales. En lo referente a su voluntad, esta si se tiene en cuenta, pero se considera lo mejor para ella, es decir, en su beneficio y aunque no lo quiera, es establecer la curatela con las medidas de apoyo citadas.⁴⁷

También en la sentencia de la AP de Asturias Núm. 471/2021 de 22 de diciembre, establece un recurso por persona dependiente, ante la negativa de esta persona a una curatela asistencial, pero dicho recurso se estima parcialmente operando dicha curatela, aun en contra del afectado, en caso de recaída en el consumo de drogas provocándole trastornos mentales.⁴⁸

2.1.2 EL INTERÉS SUPERIOR POR ENCIMA DE LA VOLUNTAD DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD?

En este aspecto, no da la impresión de que la convención obligue a que el procedimiento de provisión de apoyos solo pueda iniciarse si la persona aquejada lo solicita, con el alcance por ella impuesto. Ni tampoco que pueda dejarse siempre su libre disposición de la aplicación a la persona aquejada con discapacidad. Por lo tanto, los poderes públicos actúan de manera subsidiaria para

⁴⁶ STS (Sala Primera). Núm. 589/2021 de 8 de septiembre de 2021. (ECLI: ES:TS:2021:3276)

⁴⁷ AP de Valladolid (Sección 1º) Núm. 405/2021 de 2 de noviembre de 2021 (ECLI: ES:APVA:2021:1565)

⁴⁸ AP de Asturias (Sección 1º) Núm. 471/2021 de 22 de diciembre de 2021 (ECLI: ES:APO:2021:4036)

decidir si se establece o no la provisión de apoyos. El fundamento que respalda lo anteriormente dicho es el mejor interés para la persona con discapacidad.⁴⁹

Bajo este mismo precepto, el interés superior de la persona con discapacidad se pronuncia de forma discreta el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Este en su Art. 12 párrafo 21 del documento, expone que el interés superior no es una salvaguarda, esta tiene que ser sustituida por la mejor interpretación posible de la voluntad y de las preferencias de la persona aquejada de discapacidad cuando, pese haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad y las preferencias de una persona.⁵⁰

Asimismo, en el párrafo 29. b) en cuanto a las obligaciones de los Estados parte recalca que *“Todas las formas de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica, incluidas las formas más intensas, deben estar basadas en la voluntad y las preferencias de la persona, no en lo que suponga que es su interés superior objetivo”*⁵¹

De todo ello puede extraerse la preocupación de la sustitución de la voluntad o posible voluntad de la persona por la voluntad de lo que pueda creer el guardador o curador en función de lo mejor para la persona aquejada con discapacidad. ¿Pero esto se está realizando así en España?

Bajo este escenario presentado por la Organización de las Naciones Unidas, Arnau Moya, F. predice que, aunque la pieza principal de la nueva ley sea la de sacrificar el interés superior de la persona con discapacidad, esta se verá reaparecer en algunas sentencias cada vez con más frecuencia y pone como ejemplo la ya analizada sentencia del TS de 8 de septiembre de 2021 (RJ 2021,4002). Para lograr el acuerdo de apoyos aun con la negativa de la persona con discapacidad, se utiliza un salvoconducto proporcionado por la LJV, en la cual, se acude a un procedimiento contradictorio en caso de oposición de la persona con discapacidad, lo que bajo este salvoconducto pueden aplicarse las medidas de apoyo, aun cuando la persona con discapacidad no quiera.⁵²

2.1.3 CONCLUSIÓN. ¿INTERÉS SUPERIOR O VINCULACIÓN A LA VOLUNTAD DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD?

Teniendo en cuenta que el texto elaborado en la convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Nueva York, en su Art. 12 y las Observaciones Generales de la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad que cierran la puerta al posible interés superior de la persona con discapacidad, nos encontramos con la legislación española, la en la cual se puede acceder a este interés superior por medio de una ventana abierta por la LJV. Por lo que salvando que aún existe el precepto, aunque camuflado de interés superior para la persona con discapacidad, tendremos que atender si para el caso que nos ocupa, este interés opera, no vinculando así la decisión de Juan respecto del juez. En cuanto a ello, amplia es la jurisprudencia que podemos

⁴⁹ Salas Murillo, S. *¿Existe un derecho a no recibir apoyos en el ejercicio de la capacidad?* Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Núm. 780, Pp. 2227-2268.

⁵⁰ Organización de las Naciones Unidas. (2014). Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Óp. Cit. Art. 12 Párrafo 21.

⁵¹ Organización de las Naciones Unidas. (2014). Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Óp. Cit. Art. 12 Párrafo 29.b).

⁵² Arnau Moya, F. *“Aspectos Polémicos de la Ley 8/2021 de medidas de apoyo a las personas con discapacidad”*. Rev. Boliv de Derecho N°33, de enero de 2022, ISSN:2070-8157, Pp. 534-573

encontramos, la cual pone de manifiesto la medida optada por el juez en contra de la voluntad expresa de la persona con discapacidad. Para que esto se lleve a cabo tiene que haber una serie de características como que exista necesidad existencial, que dicha ausencia asistencial esté provocando un grave deterioro personal y una degradación que le impide el ejercicio de sus derechos, así como las relaciones necesarias con gente de su entorno. Estas son las características que tienen que darse para que el juez no esté vinculado por la voluntad de Juan, características que se reflejan en el supuesto de hecho. Juan presenta necesidad asistencial ya que presenta un deterioro cognitivo, y es una persona formalmente reconocida como dependiente de otras personas. Además de ello la falta de ese apoyo asistencial le está causando un grave deterioro personal, y eso puede verse cuando Juan aumenta la dosis de narcóticos para el dolor, sin necesidad de ello y a causa del deterioro del padre lo cual le provoca depresión. También la degradación le impide ejercer sus derechos de forma correcta, no tiene personas con quien ejercerlos, así como también se ve mermada su relación con otras personas del entorno. Por todo ello se evidencia la necesidad de una medida de apoyo, ya que la misma no está funcionando como es debido. Además de ello dadas las características que presenta la situación una vinculación de la voluntad de la persona con discapacidad a la negativa de querer apoyos sería contraproducente, es decir, los poderes públicos estarían dañando a la propia persona con discapacidad si no atendieran al interés superior de Juan. En conclusión, el juez no estaría vinculado a acatar la voluntad de Juan y se establecerían medidas de apoyo al respecto.

2.2 ¿CÚAL ES EL PRIMER PROCEDIMIENTO A SEGUIR PARA QUE SILVIA PUEDA EJERCER LAS FUNCIONES DE APOYO A JUAN?

En el presente caso, se estaba llevando a cabo una guarda de hecho de los padres de Juan, en el que tras una ruptura del matrimonio Juan decidió que esta guarda de hecho siguiera aplicándola su padre. Con el transcurso del tiempo al padre de Juan se le detecta una enfermedad degenerativa y ya no puede cuidar de él. En este punto del procedimiento Juan se niega a abandonar el domicilio de su padre y que su madre realice la oportuna guarda de hecho. ¿Qué medida se deberá de establecer ahora? Todo indica que estamos ante una curatela.

2.2.1 LA CURATELA. ¿CUÁNDO PROCEDE SU APLICACIÓN?

Para ello nos tenemos que remitir al CC. El artículo 269 del CC nos expone “*la autoridad judicial constituirá la curatela mediante resolución motivada cuando no exista otra medida de apoyo suficiente para la persona con discapacidad*”⁵³

Bajo este precepto se desgranar dos diferentes características de la ley. La primera es que es una medida de carácter formal, es decir, es el juez en último caso el que establece esa medida si lo cree necesario. La segunda característica es que esta medida de apoyo se constituirá solo cuando no exista la posibilidad de establecer otra medida de apoyo suficiente, por lo que la ley otorga a la curatela de cierta subsidiariedad en relación con los demás sistemas de apoyo.

Se explican en diferentes artículos la subsidiariedad de la curatela, aunque esta no se nombre como tal en la ley. Nos referimos al artículo 249 del CC, que en su párrafo primero el cual nos advierte de que “*las medidas de origen legal o judicial solo procederán en defecto o insuficiencia*

⁵³ RD de 24 de julio de 1889 por el que se publica el código Civil... Óp. Cit. Art. 269

de la voluntad de la persona de que se trate.” El Art. 255 del CC en referencia a la provisión de medidas de apoyos (recordemos de acuerdo con lo expuesto anteriormente que son medidas formales y voluntarias), agrega que “*Solo en defecto o por insuficiencia de estas medidas de naturaleza voluntaria, y a falta de guarda de hecho que suponga apoyo suficiente, podrá la autoridad judicial adoptar otras supletorias o complementarias*”⁵⁴. Por lo tanto, de estos preceptos se pueden deducir que **uno de los principios básicos para que exista una curatela es la inexistencia de una medida voluntaria o informal suficiente.**

Otro de los principios que tienen que darse para la constitución de una curatela es **la necesidad de un apoyo continuado.** Así lo expone el Art. 250 del CC cuando dice que “*La curatela es una medida formal de apoyo que se aplicará a quienes precisen apoyo de modo continuado.*” Bajo este precepto se afirma que de no ser continuada lo que imperaría es la medida del defensor judicial establecida en el Artículo 295 del CC.⁵⁵

Por último, en referencia a la LJV, debemos fijarnos en la **falta de medidas alternativas**, ya que de haberlas no se podría suponer la no aplicación de la curatela. Es decir, dentro del procedimiento del expediente de provisión de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad, en la sucesión de número que se presentan en el artículo 42 bis de la LJV, que el juez podrá recabar informe de los servicios sociales pertinentes para ver que opción u opciones que más se adaptan a la persona con discapacidad, las cuales se le explican y de aceptar este alguna de las opciones escogidas, se pondría fin al expediente. En cuanto a la oposición tenemos que cualquier interviniente puede suscitar oposición en el proceso, esto es, la persona con discapacidad, el MF o la de cualquiera de los interesados en la adopción de las medidas de apoyo. Tras esta oposición se pone fin al expediente.⁵⁶ Conforme a esto último, puede que dicha regulación se antoje desmedida pues cualquiera de las personas antes mencionadas frente a cualquier medida de apoyo discutida, haga inútil el expediente.

Una vez vistas las características y dándose todas, lo concerniente en este caso es ver la voluntad de la persona en cuanto si puede rechazar la constitución de una curatela en el procedimiento de provisión de apoyos o si esta, una vez constituida la curatela la persona con discapacidad pueda prescindir del curador actuando con ello en el tráfico jurídico con plena validez. Pero dicho tema ya fue tratado en el epígrafe anterior por lo que no hará falta reproducirlo de nuevo en este.

Por todo ello y dándose todas las características antes mencionadas, se podría establecer una curatela, de forma satisfactoria y plena.

2.2.2 DECISIONES DE LOS TRIBUNALES EN LA CURATELA. SENTENCIAS EN LAS QUE NO SE APRECIA LA MEDIDA.

En el ámbito de la concesión por parte del juez de una curatela, cabe destacar que la insistencia, siempre atendiendo a la buena fe de quien ejercita la pretensión hacia un tercero con discapacidad, no siempre es óbice para que pueda concurrir una curatela. De ello se derivan múltiples sentencias, como lo es por ejemplo la Sentencia Núm. 596/2021 de la AP de Barcelona donde se da el caso de que la persona con discapacidad pretende recuperar su plena capacidad. El recurso promovido

⁵⁴ RD de 24 de julio de 1889 por el que se publica el código Civil... Óp. Cit. Art. 249 y 255

⁵⁵ RD de 24 de julio de 1889 por el que se publica el código Civil... Óp. Cit. Art. 250 y 295

⁵⁶ Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria... Óp. Cit. Art. 42 bis

por esta persona se estima por la AP, ya que la persona antes incapacitada por la antigua ley hoy en día no presenta signos de tener ningún problema cognitivo o circunstancia relevante para una modificación de su capacidad según las pruebas practicadas, por lo que se deja sin efecto la sentencia en primera instancia y no se le asigna medida de apoyo alguna.⁵⁷

Otra de las sentencias que apoyan lo establecido en el título del presente epígrafe es la Sentencia de la AP Núm. 17/2022 de las Islas Baleares. En este caso el procedimiento es iniciado por el MF que interesa de la declaración de la antigua incapacitación, por disminución psíquica. Se estima dicha modificación de la capacidad, algo que recurre la persona con discapacidad ya que no se presenta informe médico que lo corrobore. La interesada presenta un informe médico forense, que indica que está lúcida y colaboradora sin déficits cognitivos, por lo que la sentencia de la AP atiende a la voluntad de la persona aquejada de discapacidad de no querer medidas de apoyo. Una de las razones de esta sentencia es que la persona aquejada se encuentra bien atendida.⁵⁸

Por último, señalar la sentencia de la AP Núm. 378/2021 de A Coruña. En esta sentencia se establece la limitación parcial de la capacidad en lo referente a cuestiones de su salud y manejo de armas, sometiéndola a una curatela por parte de su hermano. En referencia a la prohibición del manejo de armas, la sentencia en primera instancia prohibiéndole del manejo de armas no tiene cabida en este procedimiento ya que como marca el Art. 269 del CC, este es un procedimiento para determinar los actos por los cuales la persona necesita de apoyos, pero no la privación de sus derechos como el que aquí se presenta que es el de manejo de armas. Y en cuanto a la curatela esta no procede por no estar justificada la discapacidad de la persona que se pretende su curatela.⁵⁹

2.2.3 DECISIONES DE LOS TRIBUNALES EN LA CURATELA. SENTENCIAS EN LAS QUE SI SE APRECIA LA MEDIDA.

Por otro lado, los tribunales pueden acordar la medida de apoyo pertinente, para este caso una curatela, y aplicarla a pesar de la voluntad de la persona con discapacidad a seguir sin ningún apoyo.

En la sentencia de la AP Núm. 893/2021 de Madrid, la demanda la formula el MF, el cual quiere que se incapacite y se le nombre tutor. La demandada contesta a dicha demanda la cual dice que tiene plena capacidad para asumir su autogobierno pese a tener una enfermedad de carácter irreversible que afectaba a su autogobierno. A lo que se declara parcialmente incapaz. La persona aquejada de discapacidad solicita la revocación de la sentencia ya que su situación había cambiado donde ahora puede desarrollar su vida de forma autónoma junto a su pareja. También el MF le interesa la revocación de la sentencia por carecer esta de medidas insuficientes. El Tribunal entiende que la persona con discapacidad necesita la figura del curador para que vigile el cumplimiento del tratamiento médico y acuda a las visitas médicas. Se establece la representación de la persona con discapacidad por parte del curador en aquellos actos de mayor trascendencia patrimonial.⁶⁰

⁵⁷ AP de Barcelona (Sección 18º) Núm. 596/2021 de 13 de octubre de 2021 (ECLI: ES:APB:2021:11921)

⁵⁸ AP de las Islas Baleares (Sección 1º) Núm. 17/2022 de 17 de enero de 2022 (ECLI: ES:APIB:2022:8)

⁵⁹ AP de A Coruña (Sección 3º) Núm. 378/2021 de 20 de octubre de 2021 (ECLI: ES:APC:2021:2304)

⁶⁰ AP de Madrid (Sección 22) Núm. 893/2021 de 24 de septiembre de 2021 (ECLI: ES:APM:2021:11756)

También la sentencia de la AP Núm. 1071/2021 de Cádiz establece una curatela en relación con una persona con discapacidad, pero en este caso se expone la particularidad de que es una fundación. Los actos para los que está obligada la fundación son los de asistencia en la disposición y administración patrimonial que excedan del manejo del dinero de bolsillo, en estos actos entrarían actos como la contratación de tarjetas de crédito o la celebración de contratos de arrendamiento.⁶¹

2.2.4 TIPOS DE CURATELA POR LOS QUE PUEDE OPTAR EL JUEZ EN SU SENTENCIA.

Son diferentes los tipos de curatela que podemos encontrar según el autor al que nos dirijamos. Es un hecho en sí que la curatela en la nueva Ley de apoyos 8/2021 tiene un carácter asistencial, esto es la disposición a la persona con discapacidad de las herramientas fundamentales para que pueda formar de manera correcta su propia voluntad, tomando decisiones que le son propias.⁶²

Por otro lado, se nos presenta una concepción de la curatela dividida en dos tipos más significativos, de los cuales se tratarán en este presente documento, estos son los de curatela asistencial y los de curatela representativa. Dentro de la doctrina establecida también podemos ver la curatela mixta o la representativa de ámbito general. Según Pereña Vicente. M establece que la curatela es única y que luego le podrán ser atribuidas funciones diferentes, como son las de asistencia o las de representación, donde también se podrán combinar estas funciones, es decir, podemos encontrarnos sentencias donde el curador esté investido solo con funciones muy específicas de representación, otros solo con funciones específicas asistenciales y otros curadores investidos con una combinación de ambas características.⁶³

2.2.4.1 LA CURATELA REPRESENTATIVA

Como ya se estableció en epígrafes anteriores el ejercicio principal de la curatela es de naturaleza asistencial y solo para casos excepcionales este ejercicio se transforma en representativo. Por todo ello nos centraremos en la curatela representativa ya que la asistencial comprende actos de apoyo de poca relevancia, tales como, la supervisión de las tareas de autocuidado diario, responsabilidad de la convivencia y actividades diarias de la persona con discapacidad, consentimiento de tratamiento médicos leves, seguimiento de pautas alimenticias saludables, control de la medicación, gestión de dinero de bolsillo... Etc.⁶⁴

⁶¹ AP de Cádiz (Sección 5ª) Núm. 1071/2021 de 27 de octubre de 2021 (ECLI: ES:APCA:2021:2247)

⁶² Alventosa del Río, J. (2022) «El nuevo régimen legal de la curatela». *La discapacidad: una visión integral y práctica...* Óp. Cit. (Dir. De Verda y Beamonte J.R) Tirant lo Blanch. Pp. 148.

⁶³ Pereña Vicente, M. (2022) «Una contribución a la interpretación del régimen jurídico de las medidas de apoyo». *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio* (Dir. Pereña Vicente, M. Heras Hernández, M.ª) Tirant lo Blanch. Valencia. Pp. 162.

⁶⁴ AP de Madrid, Núm. 1050/2021 de 20 de diciembre de 2021 (ECLI: ES:APM:2021:14902)

Atendiendo por ello a la curatela representativa, muchas son las críticas que puede recibir de la doctrina, pero no todas ellas de carácter negativo. Según Martínez de Aguirre Aldaz, C. debe haber esta institución ya que las enfermedades o discapacidades psíquicas son muy variadas, y estas afectan por lo general en el querer comprender lo que pone en peligro lo que de verdad quiere la persona, es decir, su distorsión de los hechos, aunque quieran expresar una voluntad esta estará viciada o manchada por la discapacidad que padecen, no pudiendo formar la suya propia de no tener dicha afección. En algunos casos los más extremos nos encontramos con que el curador representativo trata de suplir la ausencia total, de una voluntad suficientemente formada en la persona afectada por discapacidad psíquica, en este último caso no se trata de sustituir una voluntad, la de la persona con discapacidad, por otra, la de su representante. Luego están las personas aquejadas de discapacidad psíquica que solo requieren esa representación para actos de comprensión más complicada. Por último, señala el autor que el alcance de estas facultades representativas, son una medida más a disposición del juez para lograr lo que en esta ley llaman el traje a medida.⁶⁵

2.2.5 TRÁMITES PARA LA CONSTITUCIÓN DE LA CURATELA

Llegados a este punto procede exponer la parte central de la pregunta del supuesto de hecho. Esta pregunta versa sobre la constitución de la curatela en la nueva Ley 8/2021. Dicho proceso se desglosa en dos trámites para el nombramiento del curador. El primero de los trámites trata de un expediente de jurisdicción voluntaria y el segundo de ellos a un proceso contencioso aplicando la LEC, al cual solo se accederá a él en caso de controversia. Este modo de acceso al proceso contencioso (en caso de controversia), implica de una cierta manera una debilidad en el sistema, ya que se que agota el expediente de jurisdicción voluntaria como un trámite por el que hay que pasar sabiendo que tendremos que plantear una demanda contenciosa más tarde, con el consecuente aumento de gasto y dilación en el tiempo del procedimiento. Esta última situación puede obligar a la persona con discapacidad a aceptar de forma casi obligatoria un apoyo que se provee a través de una curatela con la que no está conforme, ya que es preferible esto que la espera por una curatela con la que sí se está de acuerdo. En palabras de la autora Garcimartín Montero, R. la opción de la constitución de la curatela por una vía o por otra debería de ser opcional en función del grado de acuerdo.⁶⁶

2.2.5.1 DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN LAS MEDIDAS DE APOYO

Antes del abordaje de estos dos procedimientos, procede presentar una cuestión importante relativa a la protección de la persona con discapacidad. Estas cuestiones importantes son **las medidas cautelares**. Dichas medidas no vienen reguladas en el artículo analizado en los anteriores epígrafes, sino que son expuestas en la LEC, concretamente en el Art. 762.1. Dicho precepto conserva por título *Medidas cautelares*. En él se argumenta que “*Cuando el Tribunal competente tenga conocimiento de la existencia de una persona en una situación de discapacidad*

⁶⁵ Martínez de Aguirre Aldaz, C (2022) «*Curatela y representación: Cinco tesis heterodoxas y un estrambote*». Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad. (Dir. De Salas Murillo, S y Mayor del Hoyo, M.ª V) Tirant lo Blanch Valencia. Pp. 253-2070.

⁶⁶ Garcimartín Montero, R. (2021) *La provisión judicial de apoyos a personas con discapacidad*. Aranzadi S.A.U. Navarra. Pp. 73 y 74.

que requiera medidas de apoyo, optará de oficio las que estime necesarias para la adecuada protección de aquella...". En los siguientes párrafos del mismo artículo señala que también podrán ser solicitadas por el MF. Estas medidas pueden adoptarse de oficio o a instancia de parte, en cualquier estado del procedimiento y siempre, salvo en circunstancias de urgencia, las medidas se acordarán previa audiencia de la persona con discapacidad.⁶⁷

En referencia también a las medidas cautelares, su propia denominación le impone un periodo de tiempo, el cual es de 20 días.⁶⁸ Transcurrido ese tiempo sin que se haya abierto expediente de adopción de medidas de apoyo, esas medidas cautelares impuestas dejan de tener validez. Así mismo, cuando hay oposición en el procedimiento, estas medidas cautelares se pueden prorrogar 30 días siempre cuando no se haya presentado con anterioridad la demanda de adopción de medidas de apoyo en juicio contencioso.⁶⁹

En esta línea encontramos pronunciamientos de diversos tribunales donde se establecen medidas cautelares. El auto del TS Núm. 4407/2022 de 03 de agosto de 2022, expone la necesidad de establecer medidas cautelares en base a la protección del patrimonio de la persona con discapacidad. Así pues, la citada sentencia continúa diciendo que las personas que instan dichas medidas cautelares exponen la peligrosidad de la pérdida de patrimonio del curatelado por parte de la familia conviviente de este. En referencia a este auto de solicitud de medidas, la característica especial que se presenta es que la petición de medidas se solicita después de la interposición de la demanda, lo cual tiene que haber hechos y circunstancias que justifiquen la solicitud de tales medidas en esa parte del procedimiento ya que la regla general es que las medidas se acuerden previa audiencia de la persona con discapacidad.⁷⁰ La Sala de lo Civil del TS, en este caso, decide desestimar la petición de medidas cautelares lo cual lo hace por no concurrir con los requisitos específicos de la ley. Los aspectos que marca el TS son, por una parte, una mayor apreciación de las circunstancias concurrentes basadas en la falta de situaciones nuevas diferentes a las expuestas durante la tramitación del procedimiento. Y, de otra parte, los plazos por los cuales se interpone el recurso, en este sentido la sentencia devendrá firme antes de la resolución de las medidas cautelares. Por todo ello el TS desestima las medidas cautelares solicitadas.⁷¹

En relación con el auto anteriormente expuesto se pueden sacar varias conclusiones, la primera es que las medidas cautelares no necesariamente deben ponerse antes de la audiencia previa de la persona con discapacidad, pueden ponerse después si es que hay un hecho relevante diferente de los expuestos durante el procedimiento, donde este tiene que hacerse con suficiente antelación para que pueda apreciarse por el tribunal. Este procedimiento se establece para la protección de un resultado futuro del proceso, con el fin de lo que se dicte en sentencia no sea en vano, es decir, que si se quiere que la sentencia sea útil debemos proteger las características de esta, como por ejemplo asegurar el patrimonio de la persona con discapacidad, o la supervisión de la toma de medicación.⁷²

⁶⁷ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. De 8 de enero de 2000 Núm.7 (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/1/2000/01/07/1/con>) Art.762.

⁶⁸ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil... Óp., Cit. Art. 730.2.

⁶⁹ Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria... Óp. Cit. Art. 42 bis.

⁷⁰ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil... Óp. Cit. Arts.730.4 y 762

⁷¹ ATS (Sala 1º de lo Civil) Núm. 4407/2022 de 03 de agosto de 2022 (ECLI: ES:TS:2022:17081A)

⁷² ATS (Sala 1º de lo Civil) Núm. 5345/2018 de 06 de marzo de 2019 (ECLI: ES:TS:2019:2099A)

2.2.5.2 LA SITUACIÓN DIFUSA DEL CARÁCTER VOLUNTARIO DEL ABOGADO Y EL PROCURADOR

En la ley 8/2021 la función del abogado se ha visto mermada. Ello puede verse de lo desprendido del artículo 42 bis a) de la LJV, por el cual se establece que la persona necesitada de apoyos puede actuar con su propia defensa y representación. Si esta no puede realizar tal designación, con la solicitud se le pedirá que se le nombre un defensor judicial quien actuará por medio de abogado y procurador. También el artículo 43 de la LJV nos explica que en los expedientes de provisión de medidas de apoyo no será preceptiva la intervención de abogado y procurador.⁷³

En palabras de Berrocal Lanzarot en cuanto al análisis del artículo 42bis a) 1 de la LJV respecto del expediente de medidas judiciales de apoyo, expone que *“En todo caso, la persona con discapacidad podrá actuar con su propia defensa y representación. Si no fuera previsible que proceda a realizar por sí misma tal designación, con la solicitud se pedirá que se le nombre defensor judicial.”*⁷⁴

En aplicación a lo anterior, Toribios Fuentes. F expone que *“No obstante a lo ser preceptiva la intervención de Abogado y Procurador en el expediente de provisión de medidas judiciales de apoyo, en la Oficina Judicial se facilitará al interesado un impreso normalizado para formular la solicitud, no siendo necesario en este caso que se concrete la fundamentación jurídica de lo solicitado, lo que no obsta para realizarlo, en especial cuando la solicitud – pese a no ser legalmente exigible- es confeccionada por un Letrado.”*⁷⁵

Por todo ello, la interpretación personal que se le da al presente procedimiento en relación con el expediente de provisión de medidas judiciales de apoyo es que en este proceso tenemos dos personas diferenciadas. La primera de ellas es la persona de la cual se requieren medidas de apoyo. Esta persona, tal y como dice la ley, podrá designar abogado y procurador que ella quiera, de no poder hacerlo, el juez podrá designarle defensor judicial, por lo que para intervenir en dicho procedimiento necesitaría de abogado y procurador. De otra parte, está la persona que interpone el procedimiento y que no necesita medidas de apoyo, en estos casos la persona no necesita de abogado y procurador para el procedimiento establecido, sino que puede acudir sin la defensa o con ella si lo estima pertinente. Como conclusión ante la difusa ley que por un lado establece la no obligación de acudir con abogado y procurador al procedimiento de medidas judiciales de apoyo ante la LJV, y por otro el nombramiento de defensor judicial con la obligación de asistir con abogado y procurador se debe aclarar que para la persona que requiere de apoyos, es preceptivo el poder nombrar al abogado y procurador, pero tendrá asistencia de ambos de forma directa o indirecta a través del defensor judicial. Mientras que la persona no necesitada de medidas de apoyo podrá asistir al procedimiento con abogado y procurador si así lo quiere.

2.2.5.3 DE LA INICIACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DEL EXPEDIENTE DE PROVISIÓN DE MEDIDAS DE APOYO

⁷³ Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria... Óp. Cit. Arts. 42 bis, a) y 43.

⁷⁴ Berrocal Lanzarot, A.I. *“Régimen jurídico del defensor judicial tras la reforma operada por la ley 8/2021 de 2 de junio”*. En revista de Crítica de Derecho Inmobiliario, Núm. 794. Año 2022, Pp. 3219-3286.

⁷⁵ Toribios Fuentes, F (2021) *«TRES. Se incorpora un nuevo Capítulo III bis al Título II LJV»* SERIE DERECHO DE LA DISCAPACIDAD. Comentarios a la ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad. (Dir. Guilarte Martín -Calero) Ed. Aranzadi. Navarra. Pp. 1408.

En atención al **inicio del procedimiento del expediente de provisión de medidas de apoyo**, este se puede iniciar por la propia persona con discapacidad, su cónyuge no separado o situación de hecho asimilable, sus descendientes, ascendientes o hermanos. También, cualquier persona puede poner en conocimiento del MF los hechos que puedan ser determinantes de una situación que requiera la adopción judicial de medidas de apoyo, así como también deben de hacerlo los funcionarios públicos que conozcan de tal situación por razón de su cargo, tal y como se expone en el artículo 42. Bis) a) de la LJV. El MF también puede promover el expediente de provisión de medidas de apoyo. En la STS Núm. 589/2021 de 08 de septiembre de 2021, es el MF quién promueve el citado expediente.⁷⁶

En cuanto a la posibilidad de que sea el propio Juez el que promueva de oficio el inicio del expediente, este si tiene noticia de una situación donde deban adoptarse medidas judiciales de apoyo, deberá ponerlo en conocimiento de MF.⁷⁷

El contenido del expediente se centra en los sujetos el petitum y la causa de pedir. En la solicitud del expediente no es preceptiva la intervención de abogado (al menos para una de las partes, como ya se explicó anteriormente) y se excluye la fundamentación jurídica de la petición. En estos casos, en los que por ley no es perceptiva la intervención de abogado y procurador, se facilita al interesado un impreso normalizado.⁷⁸ Dicha solicitud se presentará con estructura similar a la de una demanda contenciosa con la salvedad de la falta de concreción de la fundamentación jurídica.⁷⁹

Continuando con el procedimiento establecido en la LJV, esta nos dice que en la solicitud deberán proponerse las pruebas pertinentes que quiere hacer valer el solicitante, donde este propondrá aquellas pruebas que considere practicar en la comparecencia, esto podrá ponerlo en la solicitud en el cuerpo de la misma o por medio de otrosí, por lo que tendrá que acompañar a la demanda los documentos que acrediten la necesidad de las medidas de apoyo, es decir, se aportan inicialmente las pruebas, las cuales serán informes médicos u otros que acrediten su situación. Algo que también se pide en la LJV es un dictamen pericial de un profesional en el ámbito sanitario donde se demuestre la situación de apoyo. Esta solicitud se presenta ante el juzgado como ya hemos dicho anteriormente, junto a las pruebas documentales que acrediten dicha situación de apoyo.⁸⁰

Todo este procedimiento se presenta ante el LAJ, el cual, si todo está en orden y perfectamente presentado, le que le corresponde es convocar al solicitante e interesados a la comparecencia, la cual tiene que hacerse a los 30 días siguientes a la admisión de la solicitud. De lo contrario, en caso de que no esté todo en orden pudiendo ser que el juzgado careciese de competencia objetiva o territorial, este lo pondría en conocimiento de Juez para que decidiese continuar manteniendo su competencia o por el contrario archivar el expediente, siempre previa audiencia del MF y del solicitante. En cuanto lo anterior expuesto si hubiera un defecto en la solicitud como la falta de

⁷⁶ STS. Núm. 589/2021, de 08 de septiembre de 2021... Óp. Cit.

⁷⁷ Banacloche Palao, J (2022) «El nuevo expediente de jurisdicción voluntaria». *Reformas legislativas para el apoyo a las personas con discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio, al año de su entrada en vigor...* Op.cit. Pp. 1499

⁷⁸ Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria... Óp. Cit. Art. 14.

⁷⁹ Véase ANEXO I Pp. 57 del propio documento.

⁸⁰ Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria... Óp. Cit. Arts.42 bis b) 1 y 16.

legitimación activa o la falta de presentación de algún documento esencial, en estos casos se da un tiempo para su subsanación de 5 días, a lo que si la subsanación no se produce en ese plazo se dará cuenta al juez para que decida si continúa con el procedimiento o si lo archiva.⁸¹

En referencia a los defectos que pudiera contener la solicitud, son múltiples los casos que pueden darse en relación con lo expuesto. Ejemplo de ello es la controversia que trata de analizar el TS en su Auto Núm.213/2022 de 27 de septiembre de 2022. En ella se da un conflicto negativo de competencia territorial relativo a las medidas de apoyo a personas con discapacidad. El auto además de dar solución al problema planteado muestra los fueros aplicables en materia de competencia territorial, a lo que indica que, el fuero aplicable es el de la residencia de la persona con discapacidad. Continúa diciendo que en el caso de cambio de residencia, siempre y cuando no se haya celebrado la vista, las actuaciones deben remitirse al juez de la nueva residencia. La finalidad que se persigue con ello es la de acercarse al lugar donde efectivamente reside la persona con discapacidad. Lo importante a destacar del auto es que manifiesta que la ley procesal, es decir, la LEC, enlaza para la provisión judicial de apoyos a una persona con discapacidad, al lugar de su residencia, el fin de ello es facilitar la entrevista entre el juez y la persona que necesita apoyos. Por lo que, en el presente caso, la persona con discapacidad tenía un domicilio en los documentos de los asistentes sociales y otro domicilio manifestado por el hermano, y corroborado por el padrón además que es donde recibe asistencia médica. El juez se decanta por este último.⁸²

Otro de los autos resueltos por el TS es el de auto Núm. 369/2022 de 31 de enero de 2023. En el presente auto se nos expone el mismo problema con los mismos argumentos para resolverlo, con un dictamen sumamente parecido al auto anteriormente indicado. Se resolvió atendiendo al centro hospitalario donde se encontraba ingresada la persona con discapacidad.⁸³

De los autos anteriormente mencionados, se da la coincidencia de que, para las resoluciones de conflictos negativos de competencia, en relación con la territorial, debemos atender al hospital o centro hospitalario donde es atendida la persona con discapacidad. Entendido eso, se deduce que la competencia la tendrá el juzgado donde se establezca el centro hospitalario donde sea tratada esta persona con discapacidad.

2.2.5.4 DE LA TERMINACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DEL EXPEDIENTE DE PROVISIÓN DE MEDIDAS DE APOYO

En lo que respecta a la terminación del procedimiento del expediente de provisión de medidas de apoyo, se presentan dos opciones a las que puede optar el juez. Estas ya se vieron a lo largo del presente documento, a las cuales son por oposición de cualquiera de los interesados salvo que esa oposición se trate de la persona que se nombra curador (tal y como expresa el artículo 42 bis b 5 LJV). Y otra de las opciones por las que puede terminar es por el acuerdo de una medida alternativa de apoyo (Art. 42 bis b 4 LVJ).

En relación con la terminación del procedimiento por oposición del tipo de apoyo o de las medidas de apoyo solicitadas, dirigimos la atención a la sentencia de la AP Núm. 254/2023 de 5 de julio de 2023. En ella se hace mención a la oposición al expediente de jurisdicción voluntaria,

⁸¹ Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria...Óp. Cit. Arts. 42 bis b) 2, 18.1 y 16.

⁸² ATS (Sala 1º de lo Civil) Núm. 213/2022 de 27 de septiembre de 2022 (ECLI: ES:TS:2022:13666A)

⁸³ ATS (Sala 1º de lo Civil) Núm. 362/2022 de 31 de enero de 2023 (ECLI: ES:TS:2023:3924A)

al cual establece que la oposición manifestada en el tiempo y forma del artículo 17 de la LJV, esto es por escrito y en los 5 días siguientes a la recepción de la citación a la comparecencia. Dicha oposición no produce el archivo del expediente el cual continúa hasta que la oposición quede resuelta en comparecencia. Y en estos términos anunciado en el artículo 17 de la LJV, solo la oposición de la persona con discapacidad, o de su defensor judicial, provocará el archivo del expediente. Continúa diciendo que “...carece de sentido acordar una medida de apoyo en un expediente de jurisdicción voluntaria en contra de la voluntad expresa de la persona con discapacidad.”⁸⁴

Continuando en la misma línea jurisprudencial, la sentencia de la AP Núm. 48/2023 de 8 de marzo de 2023. En dicha sentencia da a conocer un recurso de apelación de una persona con discapacidad la cual argumenta que el expediente de jurisdicción voluntaria no debió continuar, estableciéndose así una curatela a favor de la recurrente, ya que esta se opuso a cualquier medida de apoyo en su escrito de oposición y en el día de la vista. En la mencionada oposición esta no se limitó a la oposición del nombramiento del curador (por lo que esta oposición según el artículo 42 bis b no se considerará oposición), sino que se opuso a cualquier medida de apoyo. Por lo tanto, el expediente al dar cuenta de esta oposición debió de poner fin al procedimiento abriendo así la puerta al procedimiento contencioso, pero lejos de ello, este expediente continuó hasta constituirse una curatela. Por todo ello, se anula el auto de constitución de la curatela poniendo fin al expediente de jurisdicción voluntario para que siga el cauce establecido en la LEC.⁸⁵

2.2.5.5 LAS MEDIDAS ENTRE EL FIN DEL EXPEDIENTE Y EL INICIO DEL PROCESO.

En este punto del camino de la posible constitución de medidas de apoyo, nos encontramos en un limbo, formado por el tiempo entre la finalización por oposición, de la persona con discapacidad, cualquiera de los interesados en el procedimiento o el MF, y la iniciación del procedimiento contencioso. Este tiempo que linda entre esos dos procedimientos ya lo tuvo en cuenta el legislador. En el Artículo 42 bis b 5 LJV. Establece que el juez puede adoptar de forma provisional las medidas de apoyo de la persona con discapacidad o de su patrimonio que estime convenientes, donde estas tendrán un plazo de máximo de 30 días. Así lo afirma el Auto Núm. 227/2021 del Juzgado de Primera Instancia de Tafalla cuando pone fin al procedimiento de jurisdicción voluntaria por oposición en comparecencia de la persona de la que se pretenden las medidas de apoyo y establece por petición del MF y de la letrada de la parte demandante medidas provisionales entre tanto se resuelve el consiguiente procedimiento contencioso. Las medidas provisionales se presentan en el mismo auto siendo estas la adopción de las decisiones sanitarias por parte de los padres y las de administración y disposición patrimonial por parte también de los padres.⁸⁶

⁸⁴ AP de Barcelona (Sección 18ª) Núm. 254/2023 de 05 de julio de 2023 (ECLI: ES: APB:2023:5171A)

⁸⁵ AP de Lugo (Sección 1ª) Núm. 48/2023 de 8 de marzo de 2023 (ECLI: ES: APLU:2023:48A)

⁸⁶ Juzgado de Primera instancia e instrucción de Tafalla, Auto Núm. 227/2021 de 15 de diciembre de 2021 (ECLI: ES:JPII:2021:769A)

2.2.6 CONCLUSIÓN. MEDIDA MÁS ADECUADA Y PROCEDIMIENTO PARA ALCANZARLA.

Todo parece indicar que lo que requiere Silvia es la curatela de su hijo Juan, ya que la guarda de hecho ejercida por su padre Manolo no se está ejerciendo de forma eficaz. Lo que requiere Juan en todo caso es un apoyo continuado, donde la presencia de Silvia es fundamental. Esta última característica es condicionante para establecer la curatela a favor de su hijo Juan. Algo sin lo cual no podría establecerse una curatela es la falta de medidas alternativas, donde puede verse que Juan no tiene dichas medidas, o de tenerlas la mejor opción en este caso es quedarse con su madre ya que es el pariente más cercano y quién puede saber mejor la voluntad de Juan.

En lo referente a las medidas cautelares, es evidente que Silvia necesita interponer antes de la solicitud del procedimiento de expediente de provisión de medidas de apoyo, la medida cautelar que asegure la protección de Juan ya que se este se encuentra en una situación de riesgo. Se iniciará antes del procedimiento o incluso durante el procedimiento, decretado por el juez en caso de apreciarse el citado peligro.

En cuanto a la aplicación de la medida de apoyo de la curatela, son múltiples las resoluciones de los tribunales, dándose situaciones en las que si se puede apreciar la medida de apoyo y situaciones en las que no. De todas formas, habrá que atender al caso en concreto.

En lo relativo a la situación que nos ocupa no podemos asegurar lo que dirá un juez, pero si podemos dar una aproximación y decir que ante dichas circunstancias, la curatela establecida a Juan está más que asegurada, teniendo esta un carácter asistencial, sobre todo en control de medicación y autocuidado, como pudiera ser el propio aseo personal. Más complicación entraña que se le puedan aplicar medidas representativas, teniendo en cuenta que puede haber mejoría en su entendimiento o situación cognitiva, las medidas representativas en actos administrativos podrían ir quedando sin efecto con el paso del tiempo a medida que se hagan las revisiones pertinentes.

En lo relativo al procedimiento de apertura del expediente de medidas apoyo, hacemos remisión al pertinente anexo.⁸⁷

2.3 ¿CUÁL ES EL SEGUNDO PROCEDIMIENTO AL QUE TIENE QUE ENFRENTARSE SILVIA?

La Ley 8/2021 de 2 de junio, es una ley que modificó múltiples textos legales, uno de ellos es el de la LEC. Esto es así ya que el proceso de adopción de medidas de apoyo seguido por la LJV cuando hay una oposición de los interesados, de la persona con discapacidad incluso del MF o también cuando dicho expediente no se haya podido resolver, se siguen las normas de la LEC en otro procedimiento y bajo demanda. Para accionar dicho procedimiento las personas legitimadas son la propia persona con discapacidad, su cónyuge o situación de hecho asimilable, descendiente, ascendiente o hermano e incluso el MF.⁸⁸

Llegados a este punto, la mejor manera de ver como se desarrolla el procedimiento contencioso en base a una demanda sobre medidas de apoyo es mediate la amplia y variada presentación de

⁸⁷Véase Anexo II. Pp. 60. Del propio documento.

⁸⁸ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.... Óp. Cit. Arts. 761 y 757.

jurisprudencia, así como los artículos que le son propios en la LEC que servirán en última instancia para resolver el caso que nos ocupa.⁸⁹

2.3.1 CUESTIONES A RESOLVER ANTES DE LA INTERPOSICIÓN DE LA DEMANDA

Para comenzar se debe tener claro una serie de cuestiones sobre el procedimiento que estamos hablando, y es que este es un proceso declarativo especial por razón de la materia en el cual no rige el principio dispositivo. El MF siempre será parte en este proceso de medidas judiciales de apoyo y las partes deberán actuar con abogado y procurador, salvo en los casos en los que la ley hayan de ser defendidas por el MF. Este es un juicio verbal con las especialidades del Art. 753 de la LEC, por el que no surten efecto los actos de disposición tales como el allanamiento, la renuncia o la transición. Dicho procedimiento contencioso solo es aplicable cuando el objeto del proceso se trate de una constitución de una curatela o hubiera, una vez tramitado el expediente de jurisdicción voluntaria, una oposición o no se hubiera podido resolver. Para conocer del juzgado que deberá conocer del asunto, lo más destacable aquí es que los tribunales que conocieron en el expediente de jurisdicción voluntaria sean ahora los responsables para conocer del procedimiento contencioso sobre medidas de apoyo, es decir, el Juzgado de Primera Instancia de la residencia de la persona con discapacidad. En caso de que dicha persona cambiara de domicilio, el Juez competente será el del Juzgado de Primera Instancia del lugar donde resida la persona con discapacidad. Y en caso de que ya hubiera vista para el juicio verbal, el juzgado tendrá que remitir las actuaciones al correspondiente en el que resida la persona con discapacidad.⁹⁰

2.3.2 SOBRE EL INICIO DEL PROCEDIMIENTO

Después de ver estas cuestiones antes de iniciar el proceso cabe ahora ver como si inicia el procedimiento. Como ya se explicó que era una demanda instada en un procedimiento verbal, se interpondrá con la misma forma y contenido que la que se prevé en el Art. 399. LEC para el juicio ordinario. Además, si la parte demandada en el plazo previsto para contestar, que para este proceso especial son 20 días, no se presentase en el juzgado con su propia defensa y representación, el LAJ le nombrará defensor judicial. No procederá este nombramiento si ya tuviera asignado este defensor judicial o si su defensa correspondiese al MF, por no ser el que inicie el procedimiento. En estos casos se concede un nuevo plazo de 20 días para la contestación, una vez designado dicho defensor judicial.⁹¹

En el Juzgado de Primera Instancia de Castellón Núm. 38/2022 de 13 de febrero de 2022, se aprecia que el MF es el que promueve la defensa de los intereses de la persona con discapacidad. Una característica que debe tener la demanda presentada es la solicitud de nombramiento de

⁸⁹ En este epígrafe 2.3 referente al segundo procedimiento al que debe enfrentarse Silvia. Se avisa de una reforma legislativa amplia que modifica entre otros, la LEC y la LJV. Esta reforma por el RDL 6/2023, de 19 de diciembre, se compara en materia de discapacidad en el ANEXO III. Pp. 66. Del propio documento.

⁹⁰ López Simó, F (2022) «*El nuevo proceso contencioso de adopción de medidas de apoyo*». Reformas legislativas para el apoyo a las personas con discapacidad... Óp. Cit. Pp. 1569-1576

⁹¹ Armengot Vilaplana, A y Ortells Ramos, M (2022) «*La adopción de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad*». Derecho procesal civil (Dir. Ortells Ramos, M) Thomson Reuters Aranzadi. Navarra.

curador como medida de apoyo de la persona con discapacidad, algo que es totalmente compatible con la solicitud de otras medidas. Así lo establece en la sentencia analizada la cual el MF propone que se designen las personas pertinentes para realizar el apoyo de la persona con discapacidad, así como las salvaguardas para su ejercicio.⁹²

2.3.3 LA VISTA EN ESTE PROCESO ESPECIAL Y LAS PRUEBAS PRECEPTIVAS

En cuanto a la vista y sus características, el Art. 759 de la LEC, nos establece que siempre habrá una entrevista del tribunal con la persona con discapacidad. También se realizará una audiencia al cónyuge o pareja estable, así como de los parientes próximos a la persona con discapacidad, aunque, de todos modos, si la persona con discapacidad fue la que promovió el expediente, a modo de preservar la intimidad de la persona con discapacidad, se puede omitir, siempre a estancia de la persona de la cual se piden las medidas de apoyo. Al menos tiene que haber un dictamen pericial acordado por el tribunal y emitido por un profesional en el ámbito sanitario y profesional. En caso de no proponer (aunque si solicitar, recordamos dicho requisito fundamental en la interposición de la demanda) persona para la curatela, se oirá además de la persona con discapacidad, a su cónyuge o pareja estable y personas cercanas salvo que la demanda fuera interpuesta por la persona de quien se requieren tales medidas de apoyo. Por último, en caso de que tal sentencia del presente procedimiento fuese recurrida, estas pruebas preceptivas enumeradas, deberán de practicarse de nuevo, ordenándose de oficio.⁹³

En cuanto a la prueba y más concreto a la obligación de la entrevista con el juez. Se establece en el documento del Grupo de Trabajo Sobre el Nuevo Sistema de Provisión de Apoyos a Personas con Discapacidad y su Aplicación Transitoria, del Consejo General del Poder Judicial, establece que *”El objeto de la entrevista es que el juez pueda conocer directamente, por una parte, la situación de la persona con discapacidad y la necesidad de la medida provocada por la discapacidad, a la vista de cómo se desarrolla su vida ... y por otra, cuál es la voluntad de la persona con discapacidad sobre la procedencia de la medida, su contenido y la persona que podía prestar el apoyo, así como sus deseos y preferencias. Asimismo, la entrevista permitirá descartar si existen otras alternativas al apoyo.”*⁹⁴

2.3.4 LA SENTENCIA

Se llega así a la penúltima parte de este proceso analizado, la sentencia. Por ello en el presente epígrafe se hace mención a la AP de Cantabria con su sentencia Núm. 480/2023 de 28 de septiembre. En la sentencia se aprecian los pasos por los cuales se llegó a este tribunal en apelación, y sobre todo el contenido de la sentencia del procedimiento contencioso ante el Juzgado de Primera Instancia. El contenido que debe tener la sentencia son las medidas de apoyo solicitadas, por lo que en dicha sentencia se establece que la medida de apoyo sea la curatela y que esta sea ejercida por la fundación Marqués de Valdecilla. También con el nombramiento de

⁹² Juzgado de Primera Instancia e Instrucción N.º 9 de Castellón, Sentencia 38/2022 de 13 de febrero de 2022 (ECLI: ES:JPI::299)

⁹³ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.... Óp., Cit. Art. 759.

⁹⁴ Consejo General del Poder Judicial. Anexo I: Documento definitivo. Grupo de trabajo sobre el nuevo sistema de provisión judicial de apoyos a personas con discapacidad y su aplicación transitoria (Cód. EX2201). Págs. 16-17.

la curatela se debe establecer su contenido, es decir, los actos para los que la persona con discapacidad puede actuar con curador, y así puede verse en la sentencia cuando habla de la concreción de extremos, *“la identificación de la necesidad de apoyo continua al ejercicio de la capacidad jurídica ... los actos concretos en que el curador debe prestar apoyo...”*⁹⁵

Por último, en este tramo de la sentencia, tal y como expone el Art. 270 del CC, *“La autoridad judicial que establecerá en la resolución que constituya la curatela o en otra posterior las medidas de control que estime oportunas para garantizar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona que precisa el apoyo, así como para evitar los abusos, los conflictos de intereses y la influencia debida.”*⁹⁶

Por ello, en la sentencia anterior no teníamos estas medidas de control ya que se puede hacer en una resolución posterior, pero en la sentencia de la AP de Soria, Núm. 192/2023 de 17 de julio de 2023, se nombra en los antecedentes de hecho las medidas de control para garantizar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad cuando dice, *“En caso de dificultades para llevar a cabo el cumplimiento de la presente resolución judicial, debe darse cuenta al Juzgado para aportar las medidas pertinentes...”* y más aun cuando establece, *“El curador deberá informar anualmente sobre la situación personal del curatelado, a fin de verificar si las medidas de apoyo adoptadas son o no efectivas...”*⁹⁷

Como se observa en las numerables sentencias de los diversos tribunales que las dictan, se ve como rasgo en común que no tiene ninguna alguna prohibición de derechos de la persona con discapacidad, quedando dichas restricciones en el pasado y estableciendo en el presente una nueva plena capacidad jurídica para todos los actos que le son propios a la persona con discapacidad.

2.3.5 LOS RECURSOS FRENTE A LA SENTENCIA DICTADA

En cuanto a los recursos que se pueden interponer, estos variarían en función de si es o no primera instancia o segunda instancia del proceso. En el caso de ser primera instancia, en este caso siempre cabe recurso de apelación, como así lo especifica el Art. 455.1 de la LEC. Donde será conocedor el tribunal de la AP. Para el caso de que haya salido sentencia en segunda instancia, al ser este un proceso por razón de la materia, los recursos a interponer son los de casación, en caso de tener algún tipo de interés casacional. Por último, el de infracción procesal. Estos dos recursos se pueden presentar juntos o solo el de casación, pero nunca el de infracción procesal solo.⁹⁸

⁹⁵ AP de Cantabria (Sección 2º) Núm. 137/2023 de 28 de septiembre de 2023 (ECLI: ES:APS:2023:1296)

⁹⁶ RD de 24 de julio de 1889 por el que se publica el código Civil... Óp. Cit. Art. 270.

⁹⁷ AP de Soria (Sección 1º) Núm. 192/2023 de 17 de julio de 2023 (ECLI: ES: APSO:2023:264)

⁹⁸López Simó, F (2022) *«El nuevo proceso contencioso de adopción de medidas de apoyo»*. Reformas legislativas para el apoyo a las personas con discapacidad... Op, Cit. Pp. 1602-1603

2.3.6 CONCLUSIONES. ASESORAMIENTO A SILVIA SOBRE EL SEGUNDO PROCEDIMIENTO

El segundo procedimiento al igual que el primero requiere de cierta habilidad jurídica, por lo que, no hay mejor manera de actuación sin llegar a ser repetitivos que aplicando la práctica al caso concreto. Esto es, mediante la redacción de la demanda por lo contencioso para establecer la adopción de medidas apoyo a la persona con discapacidad. Por lo que, se redactará la demanda por la cual se establezca como curadora a Silvia y como persona quién reciba ese apoyo, a su hijo Juan.⁹⁹

2.4 ¿QUÉ OPCIONES TIENE EL PADRE DE JUAN, MANOLO, SOBRE SU FUTURO, YA QUE VE QUE LA ENFERMEDAD PUEDE AFECTARLE?

Una de las características de la Ley 8/2021, es la adopción de medidas antes de que se produzca la necesidad de las mismas. Esto se debe no solo a la longevidad de las personas, sino que puede darse la circunstancia sobrevenida de que nos encontremos en una situación por la no estemos en plenas condiciones cognitivas. Ante ello siempre surge la cuestión del camino que llevarán mis pertenencias o mi cuidado. Es por eso que se establecen en la ley, dos mecanismos por los cuales se puede dejar todo tal cual queramos, proponiendo nosotros mismos la dirección de nuestro cuidado y de nuestros bienes. Esas opciones son los mandatos preventivos y la autocuratela.

2.4.1 DISTINCIÓN ENTRE AUTOCURATELA Y PODERES O MANDATOS PREVENTIVOS

Estas dos figuras pueden parecer similares, ya que las dos se basan en el respeto y la voluntad de la persona que las otorgó. Además de ello también se basan en la confianza en el desarrollo de las personas designadas como curadoras o como apoderadas. Sin embargo, se distinguen en que en la autocuratela se pone en marcha el sistema de previsión de apoyos, estableciéndose para el caso la curatela de forma judicial. Por otro lado, en el otorgamiento de poderes preventivos se establece una protección no judicializada para los sujetos carentes de capacidad decisoria.¹⁰⁰

Ante esta misma distinción Escartín Ipiéns argumenta en cuanto a la autocuratela que “...es una propuesta dirigida a la autoridad judicial para que constituya la curatela, nombre o excluya a determinada persona como curador, determine su régimen orgánico y funcional, conforme a la propuesta vinculante del declarante...”. y en cuanto al mandato y los poderes preventivos establece que “...son declaraciones de voluntad que despliegan todos sus efectos como un negocio jurídico, sin más que acreditar el hecho que los motiva”¹⁰¹

⁹⁹ Véase ANEXOII Pp. 60. Del propio documento.

¹⁰⁰ Díaz Alabart, S (2021). «Autocuratela y personas con discapacidad». Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad. (Dir. Ceideira Bravo de Mansilla, G y García Mayo, M). Wolters Kluwer. Madrid. Pp. 398.

¹⁰¹ Escartín Ipiéns, J.A. “La autocuratela en el anteproyecto de Ley sobre modificación del Código Civil y otras leyes complementarias en materia de discapacidad”, en revista de Derecho Civil, Vol. 5, N.º 3, julio-septiembre,2018, ISSN: 2341-2216, Pág. 85-119.

Aun así, los mandatos y poderes preventivos no excluyen a las medidas de apoyo voluntarias o judiciales, es decir que estas pueden coexistir, dándole a la persona necesitada de estas medidas, una mayor cobertura de apoyo. La persona que en un futuro necesite de las medidas de apoyo, podrá optar por una opción o la otra, o incluso las dos, pero estas deberán de constar en escritura pública y serán objeto de inscripción en el Registro Civil.¹⁰²

El TS en su Sentencia Núm. 734/2021, establece las características que presenta la autocuratela a la cual dice que: 1) Es un negocio jurídico de derecho de familia, unilateral, donde no es necesaria la aprobación de la persona designada; 2) Es personalísimo. El otorgante elige en función a una serie de factores que le competen; 3) Es un negocio jurídico inter vivos, ya que despliega sus efectos en vida de la persona con discapacidad; 4) Es un acto solemne. La voluntad de la persona que necesita los apoyos tiene que plasmarla en escritura pública notarial; 5) Vincula al juez al proceder al nombramiento del curador, salvo supuestos en los que no crea recomendable el nombramiento o las circunstancias hayan cambiado; 6) Es revocable; 7) Inscribible en el Registro Civil; 8) Además de la designación del curador y de los sustitutos, también puede dar directrices del funcionamiento y ejercicio del cargo.¹⁰³

2.4.2 CONCLUSIÓN. LA AUTOCURATELA COMO MEDIDA RECOMENDADA.

Por lo anteriormente expuesto se deduce que la autocuratela es una opción para quienes necesiten un apoyo más amplio y permanente. Ya que, con la autocuratela, como ya vimos, permite la designación de curador, así como las personas que pudieran estar excluidas por la persona otorgante de dichas medidas, con el fin último de la constitución de una curatela. Si analizamos el caso de los poderes preventivos, como pudiera ser el mandato, estos, también en análisis de lo establecido en el anterior párrafo, tienden a ser apoyos para cosas más específicas o temporales.

A mi modo de ver, la solución más completa entre estas dos opciones, si miramos el caso expuesto, el cual tiene la característica de perpetuidad por la enfermedad que presenta Manolo, es la de la autocuratela, dejando de lado los poderes o mandatos preventivos. Por todo ello, escogiendo Manolo la autocuratela, este tendrá una mayor atención a la voluntad a la necesidad futura de las medidas de apoyo que pudiera necesitar.

2.5 ¿QUÉ PERSONA ES LA MÁS ADECUADA PARA LA ASISTENCIA DE MANOLO EN UN FUTURO?

El artículo 276 del CC, nos enumera el orden en el que deben ser propuestas las personas encargadas de ejercer como curadoras en defecto de propuesta de la persona con discapacidad. Estos son: 1) El cónyuge o en situación de hecho asimilable; 2) Al hijo o ascendiente; 3) Al progenitor o descendiente; 4) personas dispuestas en testamento o documento público; 5) al

¹⁰² Carbonell Lloréns, C (2022). *Cuestiones prácticas en materia de registro de la propiedad y administración de justicia*. Tirant lo Blanch. Valencia. Epígrafe. 1º Parte. Cuestiones Civiles. 1º Ponencia: Apoyos a las personas que presentan alguna discapacidad Y REGISTRO DE LA PROPIEDAD.

¹⁰³ STS (Sala 1º de lo Civil) Núm. 734/2021, de 02 de noviembre de 2021, (ECLI: ES:TS:2021:4003).

guardador de hecho; 6) Al hermano, pariente o allegado conviviente; 7) A una persona jurídica.
104

Por lo expuesto en el CC, extraemos que una fundación o persona jurídica sin ánimo de lucro, pública o privada pueden ser entre otras, sujetos para ejercer una curatela de forma efectiva. Además de ello, el orden establecido en el artículo anterior se puede alterar, así lo afirma la Sentencia Núm. 1400/2021 de la AP de Navarra de 28 de octubre, cuando dice *“La regulación actual permite que el tribunal pueda “alterar” el orden legal de designación de curador oída la persona que precise apoyo o bien cuando, oída la misma no resultare clara su voluntad. Pero, en todo caso, lo que autoriza es alterar el orden, pero no a prescindir del mismo. Y en dicho orden, en último lugar se incluyen “las fundaciones y demás personas jurídicas sin ánimo de lucro... cuyos fines figure la promoción de la autonomía y asistencia a las personas con discapacidad”*”¹⁰⁵.

2.5.1 CONCLUSIÓN. PERSONA MÁS ADECUADA PARA LA CURATELA DE MANOLO

En el supuesto de que, por circunstancias sobrevenidas no se pudiese establecer una curatela por la voluntad anteriormente mostrada por Manolo en la autocuratela. En estos supuestos la ley propone una serie de personas. Para el caso de Manolo la opción más recomendable es que le siga cuidando la fundación privada sin ánimo de lucro que le estaba ayudando en tareas propias de la edad. Se llega a esta conclusión por varios antecedentes del supuesto de hecho. El primero es, la poca confianza de sus hijos que no tienen una discapacidad, dado este hecho, lo relevante es que, en el documento de la autocuratela, sean excluidos de la misma. El segundo antecedente es que su hijo en el que si confía padece una discapacidad, por lo tanto, también quedará excluido. El tercer antecedente es que está separado y dada su edad avanzada no tiene parientes ascendentes. Por todo ello, atendiendo a la jurisprudencia, obtenemos que la mejor persona para cuidar de Manolo es una persona jurídica sin ánimo de lucro, la cual le venía asistiendo en sus funciones, por lo que esta es conocedora de las voluntades de este.

III. CUESTIÓN FINAL AL SUPUESTO DE HECHO

I.A) MENCIÓN ESPECIAL A LAS ÚLTIMAS SENTENCIAS DEL TS

Este documento no estaría completo de no hacerse una mención a las últimas sentencias del TS. La sentencia del TS Núm. 1444/2023 con fecha 20 de octubre de 2023 y la sentencia Núm. 1443/2023 de 2023 con fecha 20 de octubre de 2023. Estas dos sentencias que se expondrán a continuación marcan el camino en cuanto al mejor apoyo que puede constituirse para una persona con discapacidad.

¹⁰⁴ RD de 24 de julio de 1889 por el que se publica el código Civil... Óp. Cit. Art. 276.

¹⁰⁵ AP de Navarra (Sección 3ª) Núm. 1400/2021 de 28 de octubre de 2021 (ECLI: ES:APNA:2021:2154)

Las dos sentencias son muy parecidas, por ello, se analizará una de ellas y se expondrán ciertos valores de la otra, empezando así por la sentencia del TS Núm. 1444/2023 de 20 de octubre de 2023.

La STS 1444/2023 de 20 de octubre de 2023 parte en primera instancia de la petición de la medida de apoyo de la curatela promovida por la mujer de quien se pretende incapacitar, un hombre que a raíz de una enfermedad ahora es totalmente dependiente, necesitando atención para actividades de la vida diaria y la gestión de su patrimonio. La demanda fue desestimada ya que existe una guarda de hecho eficaz por parte de su esposa. La citada mujer interpone recurso en segunda instancia contra la primera resolución, al cual se lo estiman y se procede al nombramiento de su esposa como curadora representativa de su marido. El MF no está de acuerdo con la decisión de la AP, por lo que recurre en casación, alegando que, al amparo de la Ley 8/2021, la guarda de hecho se estaba realizando de forma efectiva. El recurso del MF fue desestimado dando como razones que la norma no puede interpretarse de una manera rígida, y que la guarda de hecho efectiva no excluye la constitución de un apoyo judicial. Además, dada la gravedad de la enfermedad de quien se pretenden la medida de apoyo, este, al necesitar de un apoyo más intenso, la modalidad de la medida más adecuada dentro de la curatela es la representativa, donde si bien es cierto que el guardador puede acudir a la jurisdicción voluntaria para la autorización ante una actuación representativa, no es menos cierto que todos esos trámites merman la efectividad de la figura. El tribunal concluye explicando dos preceptos, el primero es que el que haya una guarda de hecho efectiva no es óbice para para no establecer una curatela si las circunstancias muestran esa necesidad. El segundo se refiere a que si bien la curatela se establece ante una insuficiencia de las medidas de apoyo informales, ahora también se presenta *“cuando quien lo presta lo pone de manifiesto y advierte la convivencia de una constitución formal de apoyo, que facilite en sus específicas circunstancias prestar su función de asistencia y representación del mejor modo”*.¹⁰⁶

La STS 4212/2023 es casi igual a la anterior salvo por los nombres de las personas intervinientes y que en esta la curatela representativa se interpone desde el Juzgado de Primera Instancia, a lo que interesa al MF desestimar dicha sentencia desde ese punto del proceso. También como puntos a destacar, es que considera como necesidad de curatela representativa la situación en que la persona con discapacidad se escape casa sin avisar, para hacer gestiones en su cuenta bancaria, sin la supervisión del hijo. Otro punto a destacar es una frase que también está en la anterior sentencia expuesta, *“si interpretásemos de forma rígida la norma..., descontextualizada, negaríamos siempre la constitución de una curatela, si en la práctica existe una guarda de hecho; lo que se traduciría en que al revisar las tutelas anteriores, se transformarían de forma automática todas ellas en guardas de hecho, Esta aplicación rígida y automática de la norma es tan perniciosa como lo fue en el pasado la aplicación de la incapacitación...”*¹⁰⁷

¹⁰⁶ STS. (Sala de lo Civil) Núm.1444/2023, de 20 de octubre de 2023 (ECLI: ES:TS:2023:4129)

¹⁰⁷ STS. (Sala de lo Civil) Núm. 4212/2023, de 20 de octubre de 2023, (ECLI:ES:TS:2023:4212)

CONCLUSIONES

- 1) La reforma de la legislación civil y procesal de la Ley 8/2021 de 2 de junio pretende una reforma de textos muy extensa, teniendo como base la CNY, donde la pieza angular es su Art. Núm. 12 que establece el reconocimiento de la autonomía de las personas con discapacidad. La adaptación e interpretación del CNY a nuestros textos legales supuso una gran labor de la cual hoy en día plantea diversos interrogantes.
- 2) La Ley 8/2021 de 2 de junio, supone un gran avance en la igualdad de las personas con discapacidad, permitiendo que estas se integren en la sociedad por lo que son, personas. El antiguo sistema de incapacitación no era más que una medida castradora de los derechos de las personas con discapacidad sobre los asuntos que les eran propios. Dicha ley examinada, abre un terreno donde la máxima fundamental de la misma norma es la libertad de decisión de la persona con discapacidad, dejando de lado los intereses propios del tutor o curador en el antiguo sistema especial. La redacción del nuevo texto supone no solo la igualdad de dos tipos de capacidades antaño diferentes, sino ausencia de etiquetas propias de un sistema errado. Por esta razón la Ley 8/2021 es un avance, hacia un fin último.
- 3) La condición para ser persona con discapacidad carece de sentido en la CNY cuando establece que la condición de la discapacidad se alargue en el tiempo, dejando de lado las situaciones temporales donde la persona afectada necesite la ayuda de un tercero, como puede ser la situación de una persona en coma. Por otro lado, la disposición adicional 4º del CC refuerza lo contenido en la CNY cuando dice que, si la persona necesita apoyos para el ejercicio de su capacidad jurídica ya se considerará persona con discapacidad. Ejemplo de ello se presenta en caso analizado, donde Juan presenta discapacidad psíquica y física, necesitando apoyo para su capacidad jurídica.
- 4) En relación con la acreditación de la discapacidad, el RD 888/2022 de 18 de octubre dispone que será una opción a la que deberá de optar la persona con discapacidad.
- 5) En el supuesto de hecho los padres de Juan realizan una serie de actos tanto asistenciales como representativos, ellos sin saberlo están realizando un apoyo concreto que en la CNY no se recoge, pero tampoco es necesario ya que es algo innato el mostrar apoyo de forma natural a una persona cercana, más aún si la persona es un familiar. Para el supuesto de hecho ese apoyo es la guarda de hecho.
- 6) La guarda de hecho es una de las principales medidas del supuesto de hecho. Esta era una de las medidas temporales antes de la ley 8/2021, pero alcanzó relevancia notable en la presente ley. Es una medida en defecto de otras, como son las voluntarias o impuestas judicialmente, pero que se coloca entre las más importantes por su facilidad de constitución. Además, en casos de accidentes repentinos, donde no se puede disponer de medidas voluntarias por el desgraciado acontecimiento inesperado, hacen de esta medida de apoyo la más usada. En el supuesto de hecho es la medida de referencia a un accidente repentino de moto, donde sus guardadores son sus padres, es decir, las personas más próximas a la persona con discapacidad, las cuales van a saber sus preferencias de una forma aproximada, pero nunca exacta.
- 7) Sobre los actos que puede realizar la persona con discapacidad con apoyo del guardador, existen barreras por parte de operadores financieros los cuales interpretan la ley de un modo muy restrictivo. En el supuesto de hecho aun estableciendo un fondo de inversión de bajo riesgo en beneficio de la persona con discapacidad puede haber problemas para determinar conceptos jurídicos indeterminados que hay en la ley, como determinar a lo que se refiere cuando se habla de escasa relevancia económica. Todo ello forma parte de un proceso de cambio de mentalidad producido por una ley que rompe con la seguridad establecida hasta ahora.

8) Cuestión relevante es la negativa de la persona con discapacidad a querer apoyos, y es que, desde este punto de vista, es posible que, de forma inconsciente ante la imposibilidad de fijar una norma con una efectividad total, se volviese a la antigua normativa de incapacitaciones al instaurarse de forma sutil el interés superior de la persona con discapacidad. Por lo tanto, aunque la voluntad de la persona con discapacidad exprese su deseo de hacer algo contraproducente para sí mismo, llegados al proceso contencioso el juez podrá resolver en contra de su voluntad si así lo estima. Por lo que sigue habiendo interés superior de la persona con discapacidad, haciendo de ello una figura paternalista no superada con la nueva ley.

9) La curatela es otra de las medidas de apoyos a personas con discapacidad y la más adecuada para Juan (2º Bloque de preguntas). Esta medida se ve con más frecuencia en los tribunales ya que como medida desesperada a una acreditación de la guarda de hecho, sumada a una mentalidad anclada en la antigua ley de incapacitaciones, se dan estas curatelas. Estas medidas de apoyo son de aplicación subsidiaria, en cuanto no hay ningún apoyo que se esté realizando o este que se haga sea ineficaz. Es decir que se establecen cuando todo falla, sin embargo, las últimas sentencias encaminan la ley hacia la dirección incorrecta, al otorgar curatelas representativas como si de incapacitaciones se tratase, haciendo de estas sentencias una clara mala praxis y aplicación de la Ley 8/2021.

10) Silvia, la madre de Juan, tendrá dos procedimientos para llegar a la constitución de la curatela de su hijo. Un procedimiento de apertura de expediente de jurisdicción voluntaria de medidas de apoyo a personas con discapacidad. Y otro procedimiento mediante demanda de medidas de apoyo. Los dos impuestos por ley y no eludibles.

11) De las medidas cautelares, se establece que Silvia, madre de Juan, podrá proponerlas antes de la solicitud de expediente de provisión de medidas de apoyo. Incluso, adoptar el juez de oficio estas medidas durante el procedimiento, simultánea comunicación con el MF para la iniciación de trámites de incoación del procedimiento.

12) Se establece un carácter asistencial en la curatela y especial en cuanto a funciones representativas. La curatela de Juan se establecerá con funciones asistenciales y funciones representativas que desaparecerán a medida que presente mejoría.

13) El paso por el procedimiento establecido en la LJV, para el supuesto de hecho de Juan, en el cual se obtendrá una negativa a la curatela, no es más que un procedimiento de dilación en el proceso y de constitución de una curatela no solicitada y querida por la persona con discapacidad. En estos casos como el de Juan la alternativa más plausible es la de mostrar su oposición en los términos y condiciones del artículo 17 de la LJV ya que solo él podrá atenerse a la oposición de del expediente bajo estos términos, los demás interesados tendrán que esperar a su finalización para que la persona con discapacidad conozca las posibles alternativas. Con ello se pretende agilizar el proceso de adopción de medidas rumbo al segundo procedimiento seguido en la LEC.

14) Las medidas cautelares, aunque se deben de solicitar antes del procedimiento, se pueden interponer en cualquier momento del proceso siempre y cuando haya una modificación de las circunstancias que sea relevante. No queda tan claro la prórroga de las medidas del procedimiento ante la LJV al procedimiento formulado mediante demanda siguiendo las reglas de la LEC. En este caso se entiende prorrogadas dichas medidas cautelares cuando se exponen en la demanda, si estas tienen razón de seguir persistiendo.

15) Especial atención tiene la situación difusa del abogado y procurador en la LJV ante un proceso de solicitud de medidas de apoyo a una persona con discapacidad. Se concluye de todo ello que, aunque el Art. 43 de la LJV estipula que no será preceptiva la intervención de abogado y procurador, esto no es igual para todas las partes del procedimiento. En el caso de quien se solicite

las medidas se verá obligado de una forma indirecta a la constitución de abogado y procurador por medio del defensor judicial en caso de no establecer por sí solo estas dos figuras. En cambio, para la persona no necesitada de medidas de apoyo y solicitante, este precepto si que se cumple. Es decir, Silvia podrá optar por la defensa de un abogado y representación de un procurador mientras que Juan de no establecer dichas figuras se verá en la tesitura de asignación de defensor judicial que si deberá tenerlas.

16) En relación con el procedimiento de adopción de medidas de apoyo seguido ante la LEC, lo más importante es que, aunque la CNY elimina el interés superior de la persona con discapacidad, este sigue estando latente en la jurisdicción española de forma camuflada y latente, mediante la posibilidad que ofrece la LJV, es decir, que la negación de la persona con discapacidad o el querer hacer a favor de sus propios intereses, no vale de nada en este segundo procedimiento.

17) Por último, la autocuratela, es una de las novedades introducidas por la Ley 8/2021. Esta medida supone un avance en cuanto a la voluntad de la persona que la manifiesta, y si bien es cierto que pueden darse causas sobrevenidas que impidan la voluntad de quien otorga la medida, lo cierto es que, a diferencia de los mandatos, esta persona puede excluir de la curatela futura a las personas que no le son de su agrado, dejando esa parte inamovible, confirmando la voluntad de la persona con discapacidad.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS Y REVISTAS

Arnau Moya, F. “*Aspectos Polémicos de la Ley 8/2021 de medidas de apoyo a las personas con discapacidad*”. Rev. Boliv de Derecho N°33, de enero de 2022, ISSN:2070-8157, Pp. 534-573.

Bercovitz Rodríguez-Cano R (2021) *Manual de Derecho civil: Derecho privado y Derecho de la persona*. Bercal, S.A, Madrid.

Berrocal Lanzarot, A.I. “*Régimen jurídico del defensor judicial tras la reforma operada por la ley 8/2021 de 2 de junio* “. En revista de Crítica de Derecho Inmobiliario, Núm. 794. Año 2022, Pp. 3219-3286.

Carbonell Lloréns, C (2022). *Cuestiones prácticas en materia de registro de la propiedad y administración de justicia*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia.

Cerdeira Bravo de Mansilla, G y García Mayo, M (2021). *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*. Wolters Kluwer, Madrid.

De Verda y Beamonte J.R (2022) *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio*. Tirant lo Blanch, Valencia.

De Verda y Beamonte, J.R. *La guarda de hecho de las personas con discapacidad a la luz de la reciente jurisprudencia sobre la materia*. Diario la Ley. Núm. 10168, Sección Dossier, 11 de noviembre de 2022, “VI. Facultades asistenciales del guardador”.

Escartín Ipiéns, J.A. “*La autotutela en el anteproyecto de Ley sobre modificación del Código Civil y otras leyes complementarias en materia de discapacidad*”, en revista de Derecho Civil, Vol. 5, N.º 3, julio-septiembre,2018, ISSN: 2341-2216, Pág. 85-119.

Garcimartín Montero, R. (2021) *La provisión judicial de apoyos a personas con discapacidad*. Aranzadi S.A.U, Navarra.

Guilarte Martín -Calero (2021) *Comentarios a la ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*. Aranzadi, Navarra.

Lledó Yagüe, F, Ferrel Vanrell, M. ^aP, Egusquiza Balmaseda y M.^a A, López Simó, F J (2022) *Reformas legislativas para el apoyo a las personas con discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio, al año de su entrada en vigor*. Dykinson S.L, Madrid.

López Courchoud, C. “*El Guardador de hecho como medida de apoyo a las personas con discapacidad y su relación con las entidades bancarias*”. Diario de La Ley, N.º 10329, sección Tribuna, 17 de julio de 2023, (La Ley 6485/2023).

Lora-Tamayo Rodríguez, I (2021) *Reforma civil y procesal para el apoyo a personas con discapacidad*. Francis Lefebvre, Madrid.

Lora-Tamayo Rodríguez, I. “*AUTORREGULACIÓN DE LA DISCAPACIDAD EN LA LEY 8/2021*” en Anales de la Academia Sevillana del Notariado. Tomo XXXI: Ciclo de conferencias cursos 2020-2022, Pp. 273-345.

Marín Calero, C (2022) *La integración de las personas con discapacidad en el Derecho Civil. Una crítica constructiva a la Ley 8/2021*. Aferre Editor S.L, Barcelona.

Martínez Calvo, J. (2022). *Autorregulación precautoria de la discapacidad: adopción de medidas voluntarias en previsión de una eventual discapacidad futura*. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid.

Ortells Ramos, M (2022) *Derecho procesal civil*. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra.

Ortiz Tejonero.M. *La guarda de hecho tras la entrada en vigor de la Ley 8/2021*. Diario la Ley. Núm.10053, sección tribuna, de 21 de abril de 2022.

Paños Pérez, A (2022) *Nuevo paradigma en el ejercicio de la capacidad jurídica. Apoyos voluntarios a las personas con discapacidad*. Dykinson S.L, Madrid.

Pereña Vicente y M. Heras Hernández, M.^a (2022). *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio*. Tirant lo Blanch., Valencia.

Salas Murillo, S y Mayor del Hoyo, M.^a V (2022) *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*. Tirant lo Blanch, Valencia.

Salas Murillo, S. *¿Existe un derecho a no recibir apoyos en el ejercicio de la capacidad?* En Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Núm. 780, Pp. 2227-2268.

Santos Urbaneja, F (2021) *Sistema de apoyo jurídico a las personas con discapacidad tras la ley 8/2021 de 2 de junio*. Summariusum, Madrid.

WEBGRAFÍA

La Moncloa “*El pleno del Congreso aprueba la reforma del artículo 49 de la Constitución, la primera de contenido social desde su entrada en vigor*”. (Consultado en, <https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/presidencia-justicia-relaciones-cortes/paginas/2024/180124-congreso-aprobada-reforma-constitucion.aspx>) (Consultado el 23 de octubre de 2024)

INFORMES

ONU: Asamblea General, *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad: Resolución aprobada por la Asamblea General*, 24 de enero de 2007, A/RES/61/106.

Organización de las Naciones Unidas. (2014). *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Observación general N°1. 11ª período de sesiones (31 de marzo a 11 de abril de 2014).

Consejo General del Poder Judicial. Anexo I: Documento definitivo. *Grupo de trabajo sobre el nuevo sistema de provisión judicial de apoyos a personas con discapacidad y su aplicación transitoria* (Cód. EX2201).

Congreso de los Diputados. (2023). *Proyecto de reforma del artículo 49 de la Constitución Española*. *Boletín Oficial de las Cortes Generales*. Serie A. Núm. 54-2.

APÉNDICE LEGISLATIVO (NORMAS NACIONALES, SUPRANACIONALES Y EXTRANJERAS)

Constitución Española. De 29 de diciembre de 1978. Núm.311 (ELI: [https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/(1)/con))

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. De 8 de enero de 2000 Núm.7 (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/2000/01/07/1/con>).

Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa con esta finalidad. De 19 de noviembre de 2003 Núm. 277 (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/2003/11/18/41/con>).

Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia. De 15 de diciembre de 2006. Núm. 299 (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/2006/12/14/39/con>).

Ley 20/2011, de 21 de julio, del registro Civil. De 22 de julio de 2011. Núm. 175 (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/2011/07/21/20/con>).

Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. De 03 de julio de 2015 Núm. 158 (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/2015/07/02/15/con>).

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. De 03 de junio de 2021 Núm. 132 (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/2021/06/02/8/con>).

RDL 6/2023, de 19 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo.(ELI: <https://www.boe.es/eli/es/rdl/2023/12/19/6/con>)

RD de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. publicado el 25 de junio de 1889 núm. 206 (ELI: [https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/(1)/con)).

RDL 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. De 03 de diciembre de 2013. Núm. 289. (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2013/11/29/1/con>).

RD 888/2022, de 18 de octubre, por el que se establece el procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad. De 20 de octubre de 2022. Núm. 252 (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/rd/2022/10/18/888/con>).

NORMATIVA SUPRANACIONAL

Instrumento de ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. De 21 de abril de 2008 Núm.96 (ELI: [https://www.boe.es/eli/es/ai/2006/12/13/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/ai/2006/12/13/(1)/con)).

APÉNDICE JURISPRUDENCIAL

STS (Sala Primera). Sentencia Núm. 589/2021 de 8 de septiembre de 2021. (ECLI: ES:TS:2021:3276).

STS (Sala 1º de lo civil) Núm. 734/2021, de 02 de noviembre de 2021, (ECLI: ES:TS:2021:4003).

STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) Núm.294/2023 de 8 de marzo de 2023 (ECLI:ES:TS: 2023:837).

STS. (Sala de lo Civil) Núm.1444/2023, de 20 de octubre de 2023 (ECLI: ES:TS:2023:4129).

STS. (Sala de lo Civil) Núm. 4212/2023, de 20 de octubre de 2023, (ECLI:ES:TS:2023:4212).

ATS (Sala 1º de lo civil) Núm. 362/2022 de 31 de enero de 2023 (ECLI: ES:TS:2023:3924A).

ATS (Sala 1º de lo civil) Núm. 5345/2018 de 06 de marzo de 2019 (ECLI: ES:TS:2019:2099A).

ATS (Sala 1º de lo civil) Núm. 4407/2022 de 03 de agosto de 2022 (ECLI: ES:TS:2022:17081A).

ATS (Sala 1º de lo civil) Núm. 213/2022 de 27 de septiembre de 2022 (ECLI: ES:TS:2022:13666A).

AP de Madrid (Sección 22º) Núm. 893/2021 de 24 de septiembre de 2021 (ECLI: ES:APM:2021:11756).

AP de Barcelona (Sección 18º) Núm. 596/2021 de 13 de octubre de 2021 (ECLI: ES:APB:2021:11921).

AP de Cádiz (Sección 5º) Núm. 1071/2021 de 27 de octubre de 2021 (ECLI: ES:APCA:2021:2247).

AP de A Coruña (Sección 3º) Núm. 378/2021 de 20 de octubre de 2021 (ECLI: ES:APC:2021:2304).

AP de Navarra (Sección 3º) Núm. 1400/2021 de 28 de octubre de 2021 (ECLI: ES:APNA:2021:2154).

AP de Valladolid (Sección 1º) Núm. 405/2021 de 2 de noviembre de 2021 (ECLI:ES:APVA:2021:1565).

AP de Madrid (Sección 24º) Núm. 1050/2021 de 20 de diciembre de 2021 (ECLI: ES:APM:2021:14902).

AP de Asturias (Sección 1º) Núm. 471/2021 de 22 de diciembre de 2021 (ECLI: ES:APO:2021:4036).

AP de las Islas Baleares (Sección 1º) Núm. 17/2022 de 17 de enero de 2022 (ECLI: ES:APIB:2022:8).

AP de León (Sección 1º) Núm. 212/2022 de 21 de marzo de 2022 (ECLI: ES: APLE:2022:489).

AP de Santa Cruz de Tenerife, (Sección 1ª), Núm. 255/2022 de 25 mayo de 2022, (ECLI: ES: APTF:2022:1226),(LA LEY 180219/2022).

AP de Cantabria (Sección 2º) Núm. 286/2022 de 31 de mayo de 2022 (ECLI: ES: APS:2022:623).

AP de Cádiz (Sección 5º) Núm. 578/2022 de 17 de junio de 2022 (ECLI:ES:APCA:2022:1636).

AP de Lugo (Sección 1º) Núm. 48/2023 de 8 de marzo de 2023 (ECLI: ES: APLU:2023:48A).

AP de Barcelona (Sección 18º) Núm. 254/2023 de 05 de julio de 2023 (ECLI: ES: APB:2023:5171A).

AP de Soria (Sección 1º) Núm. 192/2023 de 17 de julio de 2023 (ECLI: ES: APSO:2023:264).

AP de Cantabria (Sección 2º) Núm. 137/2023 de 28 de septiembre de 2023 (ECLI: ES:APS:2023:1296) .

Juzgado de Primera Instancia e Instrucción N.º 9 de Castellón, Sentencia 38/2022 de 13 de febrero de 2022 (ECLI: ES:JPI::299).

Juzgado de Primera instancia e instrucción de Tafalla, Auto Núm. 227/2021 de 15 de diciembre de 2021 (ECLI: ES:JPII:2021:769A).

Juzgado de Primera Instancia N.º 3 de Córdoba, Auto 8/2022 de 11 de enero de 2022. Proc. 1641/2021. (LA LEY 4864/2022).

Juzgado de Primera Instancia N.º 5 de Córdoba, Auto 81/2022 de 7 de febrero de 2022 Procedimiento 1030/2021. (LA LEY 5584/2022).

Juzgado de Primera instancia e Instrucción N.º 1 de Tafalla, Auto 67/2022 de 11 de marzo de 2022. (ECLI: ES:JPII:2022:179A) (LA LEY 88056/2022).

Juzgado de Primera Instancia e Instrucción N.º 4 de Tudela, Auto 94/2022 de 5 de mayo de 2022 (ECLI: ES: JPII:2022:304A) (LA LEY 184036/2022).

ANEXOS

D) ANEXO 1º. MODELO NORMALIZADO DE SOLICITUD DE EXPEDIENTE DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA.

I.A) JUSTIFICACIÓN ANEXO

Con la finalidad de dotar a este documento de la mayor practicidad posible, además de estructurarlo alrededor de un supuesto de hecho a resolver, se procede no solo a presentar de un modo inerte el modelo apropiado a la solicitud de expediente de jurisdicción voluntaria, sino que también se cubrirá de manera apropiada. A estos efectos dicho informe se cubrirá de una manera ficticia, con datos inventados relacionados con los presentes del supuesto de hecho.

La finalidad práctica del citado documento no es otra que enseñar desde el inicio el proceso de solicitud de medidas de apoyo, comenzando por la solicitud de las mismas en el presente modelo normalizado por el cual se solicita el expediente de jurisdicción voluntaria.

La elección de cubrir esta solicitud solo con el asesoramiento de un abogado por parte de la actora, no es otra que la de ver diferentes posibilidades, es decir, en esta primera posibilidad se verá a Silvia, madre de Juan, rellenar la solicitud mediante la asesoría de un abogado, mientras que, en el siguiente anexo, se podrá observar la iniciación de una demanda promovida por Silvia, pero en ese caso representada con abogado y procurador. A los efectos de no volvernos repetitivos con las demandas, ya que ambas tendrán un contenido similar, se opta por estos dos puntos de vista diferentes.

I.B) ESCRITO DEL MODELO NORMALIZADO DE SOLICITUD DE EXPEDIENTE DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA.

MODELO NORMALIZADO DE SOLICITUD DE EXPEDIENTE DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA (ARÍCULO 14.3 DE LA LEY 15/2015, DE 2 DE JULIO, DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA)

EXPEDIENTE DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

AL JUZGADO

Doña Silvia Paz Paz, con DNI y NIF/CIF 9875236N, domiciliada en la calle del Escorial, número 26, piso 1º I, de la localidad de Madrid, número de teléfono 600000000, y domicilio laboral en la calle Embajadores, número 41 centro, piso, de la localidad de Madrid, con número de teléfono 600000001, fax, y dirección de correo electrónico mercadosanfernando@correo.com.

FORMULO SOLICITUD DE EXPEDIENTE DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA en reclamación de constitución de curatela a favor de la persona solicitante, Doña Silvia Paz Paz.

Siendo interesados en el expediente:

Don Juan Gómez Paz con DNI y NIF/CIF 69850070B domiciliado en la calle Dolores Barranco, número 72, piso 3ºC, de la localidad de Madrid, número de teléfono 600000002, fax..., y dirección de correo electrónico... .

Don Manolo Gómez López con DNI y NIF/CIF 65897741B domiciliado en la calle Dolores Barranco, número 72, piso 3ºC, de la localidad de Madrid, número de teléfono 600000003, fax..., y dirección de correo electrónico manologomezlopez@correo.com.

Por:

El motivo por el cual procedo a la apertura del presente expediente es para la eficaz constitución de la curatela de mi hijo Juan Gómez López.

Los hechos, antecedentes y circunstancias de relevancia que dan cabida a mi solicitud son los siguientes:

- 1) Mi hijo Juan Gómez López, sufrió el 1 de junio del año 2017 un accidente de tráfico por el cual le quedaron graves secuelas. Las secuelas producidas por el accidente son: dificultad de movimiento, pérdida de control de esfínteres, capacidad de expresión alterada, entendimiento reducido, déficit de atención y cambios repentinos de humor. Aunque los médicos establecen una posibilidad de mejora, esta mejora se está produciendo de una forma muy lenta y casi imperceptible.
- 2) Hasta el momento, tanto yo, Silvia López López, como mi exmarido, hemos realizado las labores de cuidado y asistencia de nuestro hijo, ejerciendo lo que se le conoce como una guarda de hecho. Dichas tareas de asistencia consistían en el aseo personal, ayuda para comer, sentarse, acostarse, llevarlo al baño.
- 3) El 3 de marzo del año 2020, se produce una separación de mutuo acuerdo entre mi marido y yo, la cual, después de deliberarlo mucho y tomar en cuenta la opinión de nuestro hijo Juan, decidimos que sería Manolo, el padre de Juan, el encargado de su cuidado.
- 4) El 15 de septiembre de 2022 le detectan a Manolo una enfermedad neurodegenerativa (E.L.A) en un estado muy avanzado. Dicha enfermedad le produce debilidad física la cual necesita ayuda, estando por lo de ahora sano a nivel de entendimiento.
- 5) Manolo dado su estado, no puede hacerse cargo por mucho más tiempo de Juan, ya que de un momento a otro precisará ayuda para realizar las tareas básicas que le convienen.
- 6) A raíz de la enfermedad sufrida por el padre, Juan empieza a manifestar episodios de depresión, ya que así me los demuestra cuando lo visito o lo llamo por teléfono, además de hacer afirmaciones delirantes en voz alta de las cuales tiene constancia la vecina del piso de arriba del domicilio donde reside mi hijo Juan.
- 7) Juan para el dolor que le provocan las continuas cefaleas y los músculos atrofiados por la falta de movilidad, está tomando medicación compuesta en cierta medida por droga, la cual hace que en este estado de depresión aumente su dosis.

Con la presente solicitud:

- Aporto los documentos y/o dictámenes que se enumeran al final de este escrito**
- No aporto documentos y/o dictámenes**
- Propongo prueba de los siguientes medios de prueba.**

- 1) Documental aportada consistente en:
 - a. Informe médico de valoración de Juan Gómez Paz
 - b. Informe de valoración del grado de discapacidad por la comunidad autónoma de Madrid.

2) Interrogatorio de Juan Gómez Paz

3) testifical de:

a) Manolo Gómez López con DNI 65897741B domiciliado en la calle Dolores Barranco, número 72, piso 3ºC, de la localidad de Madrid, número de teléfono 600000003, por ser el padre de la persona la cual se solicitan medidas de apoyo.

b) Ángeles Vilas Vilas con DNI 56985236B con domiciliada en la calle Dolores Barranco, número 72, piso 4ºC, de la localidad de Madrid, número de teléfono 600000004, por ser vecina de la persona la cual solicitan medidas de apoyo.

No propongo prueba

En atención a lo expuesto, PIDO AL JUZGADO:

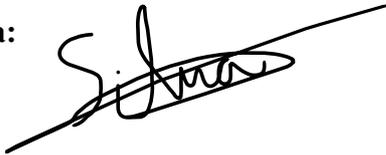
La curatela representativa de mi hijo Juan Gómez Paz, recayendo las obligaciones de curadora en mi persona Silvia Paz Paz, para los actos asistenciales relativos a su esfera personal (vestirse, aseo personal, comer, desplazamiento), los relativos a las actividades cotidianas del día a día (Compras de escaso valor, llamadas telefónicas) y también todas las actividades económico-administrativas y jurídicas, así como las propias a las decisiones médicas.

A su vez, también interesa que se mantengan las medidas cautelares adoptadas con anterioridad a esta solicitud de expediente, con la misma finalidad que cuando se otorgaron, que no es más que la protección de la persona con discapacidad, consistentes en el cambio de domicilio de Juan Gómez Paz al domicilio de mi persona, Silvia Paz Paz, quedando de forma temporal bajo la guarda de mi hijo.

Asimismo, solicito que en caso de oposición de cualquiera de los interesados se prorroguen dichas medidas cautelares hasta la interposición de la demanda pertinente.

En Madrid, a 15 de diciembre de 2023

Firma:



II) ANEXO 2º. DEMANDA DE ADOPCIÓN DE MEDIDAS DE APOYO A PERSONAS CON DISCAPACIDAD (CURATELA REPRESENTATIVA)

AL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NÚM. 1 DE MADRID

Don Alberto Rodríguez López, procurador de los tribunales (Número de colegiado 65987425) que actúa en nombre y representación de Doña Silvia Paz Paz, con DNI 9875236N, mayor de edad, con domicilio en calle del Escorial, Núm. 26 1º I, Madrid, según acredito con la copia de escritura de poder notarial (Documento número 1) para pleitos que acompaño y bajo la dirección letrada de Don Adrián López Rodríguez (colegiado número 659874), con domicilio profesional en calle Velázquez 109, 1ºC, ante el juzgado comparezco y, como mejor proceda en derecho, **DIGO**.

Que por medio del presente escrito y en representación invocada, de acuerdo con los Arts. 269 CC y 756 de la LEC, vengo a formular **DEMANDA DE ADOPCIÓN DE MEDIDAS DE APOYO Y CONSTITUCIÓN DE CURATELA** con relación a D. Juan Gómez Paz, solicitud que fundo en los siguientes

HECHOS

PRIMERO.- Que en fecha 16 de noviembre de 2023, se dictó, en el expediente de Jurisdicción voluntaria Núm. XX , seguido ante el Juzgado Núm. 1, de Madrid, resolución transformando el procedimiento en contencioso por oposición de una de las partes interesadas en el procedimiento

Se adjunta Documento Núm. 2. Copia de resolución de expediente de medidas de apoyo.

SEGUNDO.- Que D. Juan Gómez Paz padece a raíz de un accidente de tráfico sufrido el 1 de junio de 2017, padece graves secuelas físicas y cognitivas. Algunas de estas secuelas producidas por el accidente son: dificultad de movimiento, déficit de atención, pérdida de control de esfínteres, capacidad de expresión alterada, deterioro cognitivo y cambios de humor repentinos entre otros. Dichas dificultades le impiden el ejercicio de su capacidad jurídica, no de forma plena, ya que para algunos actos comprende de forma muy superficial los actos de su interés, pero para actos más complejos que requieren de un mayor esfuerzo mental, D. Juan Gómez Paz no forma su voluntad de manera que se pueda interpretar por sus allegados, haciendo inviable la determinación para estos actos, de su voluntad, preferencias y deseos en igualdad de condiciones que el resto de la sociedad.

Por todo ello hace necesario tanto un representante como un asistente para su esfera personal y patrimonial.

Se adjunta Documento Núm. 3. Informe médico de valoración de Juan Gómez Paz.

Se adjunta Documento Núm. 4. Informe de valoración del grado de discapacidad por la CCAA de Madrid.

TERCERO.- Que las labores de cuidado tanto asistencial como representativas en actos que no requerían solicitud ante el juzgado pertinente, las ejercían los padres de Juan, Silvia Paz Paz y Manolo Gómez López, en modalidad de guarda de hecho.

Se adjunta Documento Núm. 5. Informe de trabajadora social donde establece a ambos padres como guardadores de hecho de Juan.

CUARTO.- Que el 3 de marzo del año 2020, se produce el divorcio de mutuo acuerdo entre Manolo y Silvia, los padres de Juan, quedándose este en el domicilio de Manolo, tras la decisión de Manolo, Silvia y tomando en consideración la opinión de Juan.

QUINTO.- Que el 15 de septiembre de 2022, al padre de Juan, Manolo, le detectan una enfermedad neurodegenerativa (E.L.A), en un estado muy avanzado. La citada enfermedad le produce debilidad física aunque hasta el día de hoy no presenta deterioro a nivel cognitivo. Por causa de la enfermedad Manolo no puede cuidar a su hijo ni en las condiciones actuales y menos en las condiciones que padecerá en un futuro.

SEXTO.- Que Juan, debido al grave estado de su padre, empieza a manifestar episodios de depresión. Estos episodios de depresión los muestra en llamadas telefónicas que realiza con su madre, Silvia, a lo que también se le suman episodios delirantes, que no hacen más que demostrar su bajo nivel cognitivo y su dificultad de autogobierno.

Se adjunta Documento Núm.6. Llamadas telefónicas de Silvia con su hijo.

Se adjunta documento Núm. 7. Informe Médico privado especializado en psicología.

SÉPTIMO.- Que ante la depresión y situaciones delirantes que sufre el padre de Juan, este comienza a triplicar las dosis de su propia medicación sobre los medicamentos cuyo principal activo son los opiáceos. Creando una adicción incontrolable y poniendo en riesgo su salud.

Se adjunta Documento Núm. 8. Captura de Whatsapp donde se refleja una conversación tenida por Silvia y Manolo, donde este último le comenta sobre la ingesta descontrolada de medicamentos.

OCTAVO.- En lo referente a la necesidad de curatela mixta cabe destacar que no existen medidas voluntarias de apoyo otorgadas por el afectado en atención a las circunstancias concurrentes ni escritas en el Registro Civil ni en otro Registro público. Tampoco existen consecuentemente reglas de actuación ni previsiones de ningún otro orden establecidas por D. Juan Gómez Paz, en ningún instrumento sobre la forma y modo de actuaciones de apoyo en relación a sus bienes y persona.

La aptitud, competencia o autonomía de la persona con discapacidad pueden resultar comprometidas de manera más o menos intensa según los actos de los que se trate. Por ello en el presente caso, y sin perjuicio del resultado de la prueba que se practique, se entiende que corresponde al curador tanto en forma asistencial como representativa en los actos de la vida personal y patrimonial que luego se dirán.

En referencia a la modalidad asistencial, estos requerirán las tareas de autocuidado, aseo personal, desplazamiento, administración en cuanto a operaciones económicas de escasa cuantía o dinero de bolsillo y administración de la medicación.

En referencia a la modalidad representativa, estos actos comprenderán la defensa y gestión de sus derechos e intereses particulares, en la esfera patrimonial, para la administración o disposición de sus bienes.

A los siguientes Hechos le son de aplicación los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I.- Jurisdicción

La jurisdicción es la Civil, a tenor de los Arts. 21.1 LOPJ, 36 LEC y 756.2 LEC.

II.- La competencia

La competencia objetiva corresponde a los Juzgados de Primera Instancia conforme a lo establecido en el artículo 756.2 y Art. 85.1 de la LOPJ. En cuanto a la competencia territorial, esta se centrará en los Juzgados de Primera instancia del partido judicial de Madrid, en virtud de lo dispuesto en el artículo 765.2 de la LEC por ser el Juzgado que conoció del expediente de jurisdicción voluntaria.

III.- Legitimación

Está legitimada mi representada por lo dispuesto en el Art. 757.1 de la LEC. En el referido Art. se cita entre otros como legitimados para el procedimiento la los familiares ascendientes.

También, es preceptiva la intervención del MF, por lo dispuesto en los Arts. 124.1 de la CE, 1 y 3.6 y 7 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal y el Art. 4 de la LJV.

IV.- Capacidad para ser parte

La actora goza de capacidad para ser parte y capacidad para comparecer en juicio por lo dispuesto en los Arts. 6 y 7 de la LEC.

V.- Postulación

Mi representada interviene en el presente procedimiento con abogado y procurador en virtud de lo exigido por el Art. 750.1.

VI.- Defensor judicial

No es necesario el nombramiento y menos la intervención de Defensor Judicial y aque esta es asumida por el MF, en el ámbito de la defensa y salvaguardas de las preferencias, deseos y voluntad de la persona con discapacidad. Así lo dispone el Art. 758.2 y llegan a la misma conclusión los Arts. 4 de la LJV y 3.7 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, cuando establece como defensor al MF en caso de no ser el promotor del procedimiento.

VII.- Fondo del asunto

- **De la curatela de la persona con discapacidad.**

El Art. 269 del CC expone que “*La autoridad judicial constituirá la curatela mediante resolución motivada cuando no exista otra medida de apoyo suficiente para la persona con discapacidad.*” Bajo este precepto se destaca que, en efecto de las demás medidas para la previsión de apoyos a personas con discapacidad, o cuando estas no se estén aplicando de una forma correcta, solo en defecto de todas ellas y como medida subsidiaria, se podrá constituir curatela. Este carácter subsidiario se constata en el Art. 249 del CC cuando argumenta que “*...Las de origen legal o judicial solo procederán en defecto de insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate.*”

El Art. 255 y el Art. 271 establecen la constitución en escritura pública de otorgamiento de medidas voluntarias donde se encuentra la designación de curador o medidas a llevar a cabo en función de una posible enfermedad o indisposición de la persona otorgante.

Así el TS en su sentencia Núm. 1444/2023 de 20 de octubre de 2023, pone de relieve que “*De tal forma que, del mismo modo que no es necesario constituir una curatela cuando los apoyos que precisa esa persona están cubiertos satisfactoriamente por una guarda de hecho...*” Es decir, el TS nos indica que, si una guarda de hecho no se está ejecutando de forma eficaz, en estas situaciones será necesario establecer una curatela. También continúa argumentando lo siguiente, “*...nada impide que, aun existiendo hasta ahora una guarda de hecho, pueda constituirse una curatela, si las circunstancias del caso muestran más convenientemente prestar mejor ese apoyo.*” El TS afirma que, aunque se esté ejercitando de forma eficaz la guarda de hecho, el juez en virtud de un mejor apoyo para la persona con discapacidad, puede establecer judicialmente la medida de apoyo de la curatela.

Por todo ello, y en relación con el caso que nos ocupa, Juan Gómez López requiere de una curatela, ya que la guarda de hecho no se está ejecutando de forma eficaz. Varios son los motivos que dan lugar a la inexistencia eficaz de esta guarda de hecho, como la falta de control en los medicamentos, la falta de supervisión en su vida diaria y la enfermedad degenerativa del padre de Juan, la cual le impide una correcta vigilancia del mismo. Todos estos hechos dan lugar a una guarda ineficaz para la persona con discapacidad, de la que lo más adecuado es la presentación de una curatela a favor de la persona más cercana que está en plenas condiciones de su cuidado, su madre Silvia.

- **De la función del curador.**

Especial atención requiere la forma en la que se debe de prestar la medida de apoyo para la persona con discapacidad.

En virtud del Art. 249 del CC cuando establece que “*En casos excepcionales, cuando, pese haberse hecho un esfuerzo considerable para, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona, las medidas de apoyo podrán incluir funciones representativas.*”. Así mismo el Art. 287 del CC establece los casos para los que es necesaria la autorización judicial.

La exposición de motivos de la *Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica*. Afirma lo siguiente, “*... la curatela será, primordialmente, de naturaleza asistencial. No obstante, en casos en los que sea preciso, y solo de manera excepcional, podrá atribuirse al curador funciones representativas.*”

El TS en su sentencia Núm. 589/2021 de 8 de septiembre de 2021 establece la posibilidad de establecer una curatela representativa aun con la oposición de la persona con discapacidad de la que se pretenden las medidas de apoyo. En este sentido el TS argumenta que *“No obstante, cuando sea necesario, al resultar insuficientes las medidas asistenciales, cabría dotar a la curatela de funciones de representación. Ordinariamente, cuando la discapacidad afecte directamente a la capacidad de tomar decisiones y de autodeterminación, con frecuencia por haber quedado afectada gravemente la propia consciencia, presupuesto de cualquier juicio prudencial insito al autogobierno, o, incluso, en otros casos, a la voluntad. En esos casos, la necesidad se impone y puede resultar precisa la constitución de una curatela con funciones representativas para que el afectado pueda ejercitar sus derechos por medio de su curador.”*

De los anteriores preceptos y extractos de sentencias y en atención a la necesidad de protección de Juan, que la modalidad de la curatela de la persona con discapacidad tiene que ser mixta, albergando tanto funciones de asistencial para su cuidado personal, como funciones de carácter representativo, atendiendo a una mejora de la calidad de la curatela dada la situación del afectado. La oposición de la persona con discapacidad en estos supuestos no es óbice para no imposición de la curatela con carácter representativo. Por lo que Silvia, queriendo lo mejor para su hijo, se propone solo hasta la mejoría de la persona con discapacidad a nivel cognitivo, que la función representativa se preste en los siguientes actos: administrativos; sanitarios o asistenciales; patrimoniales y jurídicos.

Por lo expuesto,

SUPLICO AL JUZGADO que teniendo por presentado este escrito con los documentos acompañados y sus copias, tenga por formulada **DEMANDA DE ADOPCIÓN DE MEDIDAS JUDICIALES PARA LA PERSONA CON DISCAPACIDAD**, con la intervención del Ministerio Fiscal, acordando constituir la **curatela representativa**, teniendo como curadora a **DÑA. SILVIA PAZ PAZ** y como curatelado a **D. JUAN GÓMEZ LÓPEZ**. Determinándose entre los actos para los que se requerirá la asistencia del curador atendidas sus concretas necesidades de apoyo, todas las actividades de la esfera personal, estas son: aseo personal, vestirse, comer, desplazarse. Las actividades de la vida cotidiana, estas son: Comprar, telefonar. Y también las actividades económico-administrativas y jurídicas, seguimiento de cuentas corrientes, realizar actos de carácter económico complejos, enajenaciones y donaciones. Por último, también es necesario el apoyo representativo en cuestiones como tomar decisiones sobre la salud, tratamientos médicos así como su seguimiento, intervenciones quirúrgicas y medicación recetada.

OTROSÍ PRIMERO DIGO que de conformidad al Art. 759 de la LEC se proponen los siguientes medios de pruebas, para su práctica en la comparecencia.

A) **INTERROGATORIO** de parte demandada Juan Gómez Paz

B) **TESTIFICAL** de:

1) Manolo Gómez López con DNI 65897741B domiciliado en la calle Dolores Barranco, número 72, piso 3ºC, de la localidad de Madrid, número de teléfono 600000003, por ser el padre de la persona la cual se solicitan medidas de apoyo.

2) Ángeles Vilas Vilas con DNI 56985236B con domiciliada en la calle Dolores Barranco, número 72, piso 4ºC, de la localidad de Madrid, número de teléfono 600000004, por ser vecina de la persona la cual solicitan medidas de apoyo.

C) PERICIAL de:

- Informe médico de valoración de D. Juan Gómez Paz. Realizado por D. José Pena Pena. Jefe de servicio de neurología del Hospital Universitario de Santa Cristina. Se solicita su comparecencia personal a los efectos de ratificación, aclaración y, en su caso, ampliación de los dictámenes emitidos, debiendo ser citados judicialmente en el domicilio sito en Calle del Maestro Vives, 2, 4D.

- Informe trabajadora social. Realizado por Dña. Eva Rial Rial. Trabajadora social del Ayuntamiento de Madrid. Se solicita su comparecencia personal a los efectos de ratificación, aclaración y, en su caso, ampliación de los dictámenes emitidos, debiendo ser citados judicialmente en el domicilio sito en Calle Oquendo, 23, 3I.

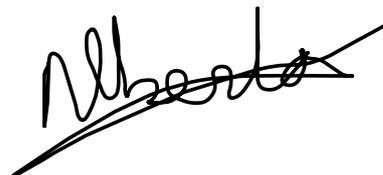
- Informe médico privado Antonio González Gonzalez. Médico especialista en enfermedades neurodegenerativas y traumatismos craneoencefálicos. Se solicita su comparecencia personal a los efectos de ratificación, aclaración y, en su caso, ampliación de los dictámenes emitidos, debiendo ser citados judicialmente en el domicilio sito en Calle Alejandro Morán, 5, 3C.

SUPLICO AL JUZGADO que teniendo por propuesta la prueba señalada, acuerde lo pertinente para su práctica.

Por ser de justicia que se pide en Madrid, a 02, de enero de 2024

Letrado Adrián López Rodríguez

Procurador Alberto Rodríguez López



108

¹⁰⁸ Para la elaboración de la presente demanda se utilizaron como guía los siguientes formularios: “*Demanda contenciosa de curatela tras oposición en expediente de jurisdicción voluntaria*” TOL9.122.988; y “*Demanda de adopción de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad consistentes en curatela representativa*” de Muñiz Ramírez de Verguer. C que encontrarán en [Demanda de adopción medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad consistente en curatela representativa \(udc.es\)](#). Dicha demanda es una mezcla de formularios (los anteriormente citados) y en su mayoría elaboración propia y adaptada al supuesto de hecho, presentando así el carácter práctico del TFM.

III) ANEXO 3º. UNA VISIÓN AL FUTURO. ¹⁰⁹

Este anexo pretende un breve análisis del RDL 6/2023, de 19 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo. Este análisis, abordará de forma muy selectiva, los artículos que puedan afectar a este documento en materia de personas con discapacidad, en los próximos meses pero que aún no están en vigor.¹¹⁰

Por otro lado, la elaboración del presente anexo también pretende una breve mención sobre la reforma de la Constitución Española en su artículo 49, aprobada recientemente.

1.A) BREVE ANÁLISIS DEL RDL 6/2023, DE 19 DE DICIEMBRE.

- ¿Cuál es el objeto del presente RDL?

Detallado en el Art. 1 del RDL analizado lo que pretende es la regulación del uso de las tecnologías de la información por parte de los ciudadanos y profesionales en el día a día en relación con la Administración de Justicia y de esta con el resto de Las administraciones Públicas. En último término lo que se establece en el presente RDL es la digitalización en aras de los valores promulgados por la Administración Pública, eficacia, eficiencia y efectividad. Por lo que se pretende una adaptación a los tiempos actuales.

- ¿Qué leyes modifica este RDL?

Este RDL modifica las siguientes leyes:

Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria

Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social

Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa

Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público

Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local

Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo

Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar

¹⁰⁹ Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo. (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/rdl/2023/12/19/6/con>)

¹¹⁰ Dichos artículos modificados en materia de LEC y LJV, que son los que contienen preceptos que pueden afectar a las personas con discapacidad, no entrarán ni en fecha de entrega de este documento ni en su defensa, pero conviene hacer una pequeña referencia con motivo de que el mismo TFM sea lo más completo posible.

Ley de Enjuiciamiento Criminal, aprobada por el Real Decreto de 14 de septiembre de 1882

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil

Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social

RDL 7/2022, de 29 de marzo, sobre requisitos para garantizar la seguridad de las redes y servicios de comunicaciones electrónicas de quinta generación

Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia (**Derogada**)

- **¿Qué leyes nos interesan de este RDL?**

Lo que es de interés en este RDL en relación con el proyecto, es el análisis de las normas que pudieran contener modificaciones o mejoras, ya sean procesales o inclusivas en materia de discapacidad ya que la finalidad de este anexo no es otro que poner en la vista del lector la preocupación por la futura legislación en este ámbito.

Por su gran contenido en materia de discapacidad es de interés en primer lugar la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. En segundo lugar, por las múltiples modificaciones la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

- **En lo referente a la LEC**

El artículo más destacado de la LEC en proceso de reforma del RDL 6/2023, es el Art. 7 bis. Este artículo lo que agrega son una serie de modificaciones para la eliminación de barreras de las personas mayores las cuales se ven con serias dificultades cuando participan en los procesos judiciales. Por todo ello se redacta este Art. 7 bis de otra manera, proponiendo la igualdad de condiciones haciendo del servicio de justicia un entorno más inclusivo.

Otro de los artículos los cuales se añaden en la LEC es el 129 bis. Este artículo pone de manifiesto la preferencia por los actos judiciales realizados de forma telemática y siempre a través de un punto de acceso seguro. En este ámbito, para las entrevistas con personas con discapacidad, entre otros procesos, será necesaria su presencia física.

El Art. 137 bis, establece la realización de actuaciones judiciales mediante sistema de videoconferencia, en el cual las personas con alguna medida de apoyo tendrán que hacerlas bajo los términos del apartado 2 de ese mismo artículo. Esto es, desde oficina judicial correspondiente al partido judicial de su domicilio o lugar de trabajo o desde el juzgado de paz. También se establece que si la persona con discapacidad es víctima de violencia, se podrá establecer esa comunicación a través del lugar donde estén recibiendo la asistencia.

El Art. 399 de la ley examinada, no ofrece casi variaciones. La única variación la presenta el Art. 24 del RDL 6/2023, en el que se requiere al demandante de la aportación de ciertos datos digitales de los demandados, como lo son por ejemplo el correo electrónico, para poner así en práctica las pertinentes comunicaciones a través de estos medios.

En cuanto al juicio verbal se refiere el nuevo RDL, aunque modifica el Art. 753 de la LEC, este mantiene, en relación con el Art. 148 de la LEC, que los procesos sobre adopción de medidas

judiciales de apoyo a personas con discapacidad se susciten por los trámites del juicio verbal. Por lo que en este sentido la tramitación en juicio verbal se mantiene.

- **En lo referente a la LJV**

El analizado RDL modifica los artículos 14, 70 y 134, lo cuales se expondrán a continuación.

El artículo 14 de la LJV de la iniciación del expediente, es modificado por el RDL analizado, de una forma muy liviana. La primera de las modificaciones es la obligación del solicitante de añadir correo electrónico en caso de que la persona se halle obligada a intervenir con la Administración Pública de Justicia. La segunda de las modificaciones de este Art. es la posibilidad de obtener el impreso normalizado de la solicitud de medidas de apoyo a través de la Sede Electrónica.

El Art. 70 de la LJV será modificado en su apartado 2, lo que solo modifica una cuestión denominativa. Donde antes decía Secretario Judicial, ahora se llamará en la citada ley Letrado o letrada de la Administración de Justicia.

Por último, en el apartado 2º del Art. 134 de la LJV se cambia la forma de comunicación por parte de la Sociedad rectora, del extravío, robo o hurto del título valor, publicándose el mismo en el Tablón Judicial Edictal Único en lugar del BOE, como se anunciaba antes de la reforma.

- **¿Entrada en vigor del presente RDL 6/2023 de 19 de diciembre?**

Las partes interesadas del presente RDL son las del Título VIII del libro 1º y la Disposición final 4º. En ellas se recogen los aspectos procesales en el ámbito civil, los cuales modifican la LEC y la modificación de la LJV en los 3 artículos anteriormente mencionados. La entrada en vigor de este título VIII del libro primero y la Disposición final 4º, se regulan en la Disposición final 9º, la cual argumenta que la entrada en vigor se hará a los tres meses de la publicación del presente RDL en el BOE. Por todo ello, la entrada en vigor de los preceptos interesados se hará en fecha de 20 de marzo de 2024.

- **Conclusiones**

El presente RDL 6/2023, aunque es una reforma legislativa de gran magnitud, no presenta una gran modificación sobre la materia de discapacidad se refiere. La mayor medida se establece en la LEC en cuanto a las personas mayores, en hacerles entender y comprender toda la fase del procedimiento, eliminando así las barreras que pudiera haber entre las personas mayores y el procedimiento. En cuanto a las demás leyes que pueden afectar a las personas con discapacidad tanto en la LEC con en la LJV, se exponen obligaciones como las de aportar correos electrónicos para hacer valer los medios de comunicación e implementación de la vida digital en el ámbito judicial. Otra de las modificaciones del RDL, es la posibilidad de la utilización de medios telemáticos para determinados procesos, algo que en mi honesta opinión aun carecemos de una infraestructura sólida como para llevar a cabo procesos válidos u con todas las garantías.

Por todo ello se cree firmemente que RDL 6/2023, de 19 de diciembre, es un pequeño avance hacia un proceso de informatización del sistema, que requiere de una infraestructura más sólida

para llevar a cabo determinados procesos. Todo ello acompañado de los posibles talleres para la adaptación de las personas que puedan tener algún tipo de problema para adaptarse, ya sean personas mayores, o personas con discapacidad.

1.B) REFORMA CONSTITUCIONAL DEL ART.49

El pasado 18 de enero de 2024 se aprobó en pleno extraordinario del Congreso la proposición de reforma del Art. 49 de la CE. La redacción del nuevo artículo tiene como compromiso la ampliación de los derechos de las personas con discapacidad, así como la eliminación de las palabras que quedaron ancladas en el pasado y que hoy forman parte de lo ofensivo.¹¹¹

El Artículo 49 de la CE aun pendiente de cambio a la redacción del presente escrito afirmaba:

*“Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos”*¹¹²

Por lo que la nueva redacción de un modo muy acertado sustituye la palabra “disminuidos” por personas con discapacidad. La nueva denominación es adaptada a los tiempos que corren, y se hace evidente dicho cambio en un texto que representa a todos los españoles.

Pero esta reforma de la CE supone ir un paso más allá de lo que implica el hecho moral de un cambio de nombre por otro. Atendiendo a la redacción del artículo expuesto en el proyecto de reforma, este queda da la siguiente forma:

1. *“Las personas con discapacidad son titulares de los derechos y deberes previstos en este Título en condiciones de libertad e igualdad real y efectiva, sin que pueda producirse discriminación.*
2. *Los poderes públicos realizarán las políticas necesarias para garantizar la plena autonomía personal e inclusión social de las personas con discapacidad. Estas políticas respetarán su libertad de elección y preferencias, y serán adoptadas con la participación de las organizaciones representativas de personas con discapacidad en los términos que establezcan las leyes. Se atenderán particularmente las necesidades específicas de las mujeres y niñas con discapacidad.*
3. *Se regulará la especial protección de las personas con discapacidad para el pleno ejercicio de sus derechos y deberes.*

¹¹¹ La Moncloa “*El pleno del Congreso aprueba la reforma del artículo 49 de la Constitución, la primera de contenido social desde su entrada en vigor*”. (Consultado en, <https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/presidencia-justicia-relaciones-cortes/paginas/2024/180124-congreso-aprobada-reforma-constitucion.aspx>) (Consultado el 23 de Octubre de 2024) Cuerpo de la noticia.

¹¹² Constitución Española. De 29 de diciembre de 1978. Núm.311 (ELI: [https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/(1)/con))

4. *Las personas con discapacidad gozan de la protección prevista en los tratados internacionales ratificados por España que velan por sus derechos*¹¹³

Como crítica a la redacción del texto es relevante exponer una parte de este que puede llamar la atención. La parte a la que personalmente me refiero es la siguiente “*Se atenderán particularmente las necesidades específicas de las mujeres y niñas con discapacidad.*”. Poniendo el foco de atención a la citada frase extraída de la nueva redacción del Art. 49, debo decir que, dentro del mundo de la discapacidad, y atendiendo a la esencia del propio artículo el cual es incentivar la inclusión y la no discriminación de las personas con discapacidad, este citado precepto no tiene la más mínima cabida. Es decir, las personas con discapacidad ya forman parte de un elenco de personas vulnerables independientemente de su género, establecer esta condición a mayores supone no tratar a todas las personas con discapacidad de una manera igualitaria, aplicando una sobreprotección en función del género. Desde mi punto de vista, la solución más aceptable, teniendo en cuenta la vulnerabilidad del colectivo en sí, es la eliminación de la citada frase, estableciéndose con ello, la sobreprotección en igualdad de condiciones con indiferencia de sexo o edad.

Sin embargo, a pesar de este pequeño añadido, el nuevo artículo de la CE al igual que la Ley 8/2021 supone un avance en materia de discapacidad, el cual consigue la dignificación del citado colectivo de personas con discapacidad, así como su inclusión e integración en la sociedad.

¹¹³ Congreso de los Diputados. (2023). Proyecto de reforma del artículo 49 de la Constitución Española. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Serie A. Núm. 54-2.