



Universidad de Oviedo
Universidá d'Uviéu
University of Oviedo

Facultad de Derecho
GRADO EN DERECHO

TRABAJO FIN DE GRADO

ANÁLISIS SUSTANTIVO Y PROCESAL DE LA NORMATIVA EN
MATERIA DE DISCAPACIDAD INTRODUCIDA POR LA LEY 8/2021,
DE 2 DE JUNIO

Alumno: Pablo García Préstamo

Convocatoria: Ordinaria segundo semestre

RESUMEN / ABSTRACT

RESUMEN:

En cumplimiento de las directrices marcadas por la Convención internacional de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 y que ha sido ratificada por España en 2007, se promulga la Ley 8/2021, en vigor desde el 3 de septiembre de 2021, implicando una modificación sustancial de nuestro ordenamiento jurídico. Esta normativa, suprime figuras como la incapacitación o la declaración de prodigalidad, proporcionando a todos los sujetos plena capacidad de obrar en condiciones de igualdad, así como un nuevo marco definitorio sobre el entendimiento de la discapacidad. Desde la entrada en vigor de esta ley, se establecen un elenco de medidas de apoyo, cuya finalidad principal es proporcionar a las personas con discapacidad las herramientas necesarias para que puedan actuar dentro del marco de las relaciones jurídicas con pleno respeto a su voluntad, deseos y preferencias, así como los mecanismos necesarios para la constitución de dichas medidas, dando preferencia a las medidas de apoyo voluntarias establecidas por la propia persona con discapacidad frente a las judiciales.

ABSTRACT:

In compliance with the guidelines established by the United Nations International Convention on the Rights of Persons with Disabilities, made in New York on December 13, 2006, and which has been ratified by Spain in 2007, Law 8/2021 is promulgated, in force from September 3, 2021, implying a substantial modification of our legal system. This regulation suppresses figures such as incapacitation or the declaration of prodigality, providing all subjects with full capacity to act in conditions of equality, as well as a new defining framework on the understanding of disability. Since the entry into force of this law, a list of support measures has been established, the main purpose of which is to provide people with disabilities with the necessary tools so that they can act within the framework of legal relationships with full respect for their will, wishes and preferences, as well as the necessary mechanisms for the constitution of said measures, giving preference to voluntary support measures established by the person with disabilities themselves over judicial ones.

ABREVIATURAS Y ACRÓNIMOS

Art. / Arts.	Artículo / Artículos
CC	Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil
CCo	Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio
CDPD	Resolución 61/106 de la Asamblea General “Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad” (A/RES/61/106), de 24 de enero de 2007.
Cfr.	Compárese
CP.	Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre, del Código Penal
Dir. / Dirs.	Director / Directores
DJ	Defensor Judicial
DT	Disposición Transitoria
LAJ	Letrado de la Administración de Justicia
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
Ley 8/2021	Ley 8/2021, de 2 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
LH	Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria
LJV	Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria
LN	Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862
LPPPD	Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad
LRC	Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil

MF	Ministerio Fiscal
Núm.	Número
Op.cit.	En la obra citada
p. / pp.	Página / Páginas
RC	Registro Civil
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
SJPI	Sentencia del Juzgado de Primera Instancia
SJPII	Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción
ss.	Siguientes
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TS	Tribunal Supremo
Vid.	Véase

ÍNDICE

RESUMEN / ABSTRACT.....	2
ABREVIATURAS Y ACRÓNIMOS	3
INTRODUCCIÓN.....	7
CAPÍTULO I: 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	9
1 LA CDPD Y EL CONCEPTO DE DISCAPACIDAD.....	9
2 CUESTIONES PRINCIPALES DE LA LEY 8/2021, DE 2 DE JUNIO	12
CAPÍTULO II: LAS MEDIDAS DE APOYO A LA DISCAPACIDAD TRAS LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY 8/2021	14
1 MEDIDAS VOLUNTARIAS DE APOYO.....	16
1.1. LA ESCRITURA PÚBLICA COMO REQUISITO AD SOLEMNITATEM PARA LA CONSTITUCIÓN DE MEDIDAS DE APOYO.....	17
1.2. PODERES O MANDATOS PREVENTIVOS	18
1.3. AUTOCURATELA	22
2 LA GUARDA DE HECHO	24
2.1. CARACTERÍSTICAS Y APLICACIÓN PRÁCTICA	24
2.2. LA GUARDA DE HECHO EN EL ÁMBITO SANITARIO.....	27
2.3. EXTINCIÓN DE LA GUARDA DE HECHO.....	28
3 LA CURATELA.....	29
3.1. CARACTERÍSTICAS Y PRINCIPIOS RECTORES DE LA INSTITUCIÓN DE LA CURATELA.....	30
3.2. TIPOS DE CURATELA: ASISTENCIAL, REPRESENTATIVA Y MIXTA.....	31
3.3. NOMBRAMIENTO DEL CURADOR.....	32
3.4. OBLIGACIONES DEL CURADOR	33
3.5. CAUSAS DE EXTINCIÓN DE LA CURATELA.....	34
4 EL DEFENSOR JUDICIAL.....	35

4.1.	<i>CARACTERÍSTICAS PRINCIPALES Y ÁMBITO DE APLICACIÓN</i>	35
4.2.	<i>OBLIGACIONES Y CAUSAS DE REMOCIÓN DEL DEFENSOR JUDICIAL</i>	36
CAPÍTULO III: CAMBIOS PROCEDIMENTALES PARA LA DETERMINACIÓN Y ADOPCIÓN DE LAS MEDIDAS DE APOYO		37
1	NUEVO MODELO DUAL PARA LA PROVISIÓN DE APOYOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.	38
2	EXPEDIENTE DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA COMO VÍA PRINCIPAL PARA LA CONSTITUCIÓN DE LAS MEDIDAS DE APOYO JUDICIALES	39
2.1.	<i>COMPETENCIA, LEGITIMACIÓN Y POSTULACIÓN</i>	39
2.2.	<i>PROCEDIMIENTO</i>	42
3	VÍA CONTENCIOSA PARA LA DETERMINACIÓN DE MEDIDAS JUDICIALES DE APOYO.....	47
3.1.	<i>COMPETENCIA, LEGITIMACIÓN Y POSTULACIÓN</i>	48
3.2.	<i>PROCEDIMIENTO</i>	49
CAPÍTULO IV: ANÁLISIS DE ALGUNOS PRONUNCIAMIENTOS JUDICIALES RELEVANTES EN MATERIA DE APOYO A LA DISCAPACIDAD DESDE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY 8/2021		53
CAPÍTULO V: EFECTOS DE LA LEY 8/2021 EN LAS INCAPACITACIONES EXISTENTES CON ANTERIORIDAD A LA ENTRADA EN VIGOR DE LA NORMA. LAS DISPOSICIONES TRANSITORIAS OBJETO DE ESTE ESTUDIO Y SUS PRINCIPALES CONSECUENCIAS		59
1	LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA PRIMERA	60
2	LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA SEGUNDA	60
3	LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA TERCERA.....	61
4	LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA QUINTA	62
CONCLUSIONES		64
BIBLIOGRAFÍA		67

INTRODUCCIÓN

Este trabajo trata de realizar un análisis sistematizado 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. Esta normativa, tras años de retraso en su promulgación, tiene como objetivo principal adecuar la legislación de nuestro país en materia de discapacidad a los principios y estándares que exige la CDPD y que ha sido ratificada por España en 2007. Me centraré en especial en el estudio de las características y constitución de las medidas de apoyo para las personas con discapacidad desde la perspectiva sustantiva y procesal.

Esta regulación supone un antes y un después no sólo en el aspecto jurídico, pues se lleva a cabo una de las reformas más importantes de las últimas décadas en el ámbito civil, suprimiendo instituciones fuertemente arraigadas en nuestra sociedad como la tutela en mayores de edad, la patria potestad prorrogada, la patria potestad rehabilitada o la prodigalidad, sino que establece la necesidad de un cambio en el tratamiento y pensamiento de la discapacidad, pues la misma debe dejar de ser contemplada desde una perspectiva peyorativa o limitativa para entender que se trata de un constructo social que impide a ciertas personas regir su vida con total libertad.

La finalidad de la Ley 8/2021, es proporcionar las herramientas necesarias para que cualquier persona, independientemente de su condición, pueda llevar a cabo el pleno ejercicio de su capacidad de obrar. Para ello, se elimina un sistema basado en la sustitución para dar paso a otro cuyo propósito primordial es el respeto de la voluntad, deseos y preferencias de las personas con discapacidad, permitiendo garantizar la libertad, igualdad y autonomía de dicho colectivo en la toma de sus propias decisiones.

La aspiración de este trabajo es esclarecer los aspectos más importantes de esta reforma, desde el estudio de los derechos de las personas discapacitadas en materia de capacidad hasta las obligaciones de aquellos sujetos que prestan los apoyos, así como el análisis de los diferentes mecanismos existentes para la determinación de las medidas de apoyo necesarias que garanticen estos derechos. Esta regulación, da prevalencia a la voluntad del propio discapacitado a la hora de constituir las medidas de apoyo, priorizando el expediente de jurisdicción voluntaria frente al tradicional proceso contencioso.

El fundamento de este estudio es determinar, de la mejor manera posible, las cuestiones más relevantes de esta materia desde una perspectiva pragmática. Para ello, se ha estructurado el trabajo en cuatro capítulos. El primero de ellos, definirá los aspectos esenciales de la Ley 8/2021 y de la propia CDPD, determinando los orígenes sobre los que se fundamenta esta regulación. El segundo capítulo, trata de esclarecer las particularidades existentes en las diferentes medidas de apoyo que nuestro ordenamiento jurídico pone a disposición de aquellas personas con discapacidad que precisan de las mismas. El tercer capítulo de esta obra, se centra en los aspectos procedimentales principales en esta materia, desde la constitución de las medidas de apoyo voluntarias hasta las judiciales. Por último, se procederá a hacer un breve análisis del derecho transitorio en la Ley 8/2021 y de cómo va a afectar dicha normativa sobre las medidas de apoyo constituidas con anterioridad a la entrada en vigor de la norma.

Para llevar a cabo este trabajo, partiré, inicialmente, del texto de la nueva normativa, realizando un análisis de su contenido, así como de la eventual problemática que surge, o puede surgir, desde la perspectiva aplicativa de la norma. Del mismo modo, me apoyaré a estos efectos en las diferentes posturas doctrinales más autorizadas en la materia. Por último, examinaré algunas de las resoluciones judiciales más relevantes en el ámbito de las medidas de apoyo que sientan las pautas iniciales en lo relativo a la aplicación práctica de la norma.

CAPÍTULO I: 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

Como consecuencia de la ratificación¹ por parte de España de la CDPD de 13 de diciembre de 2006², se promulga la Ley 8/2021³, cuyo fundamento es introducir un nuevo escenario en lo referente a las relaciones jurídicas de las personas con discapacidad.

Esta nueva regulación trata de adecuarse a los objetivos que promueve la CDPD en su art. 1, basados principalmente en la promoción, protección y aseguramiento del goce pleno y en condiciones de igualdad de los derechos fundamentales y libertades de las personas con discapacidad sin que incurra discriminación alguna por razón de su condición, así como la adopción de todas las medidas necesarias para impedir abusos en el ejercicio de su capacidad jurídica.

En definitiva, el objetivo primordial es situar en los diferentes ordenamientos jurídicos a las personas con discapacidad como sujetos autónomos en la toma de decisiones y de pleno derecho.

1 LA CDPD Y EL CONCEPTO DE DISCAPACIDAD

La CDPD realiza un cambio radical de la definición del concepto de discapacidad. Tradicionalmente⁴, se entendía la misma desde una perspectiva puramente médica, bien sea la discapacidad cognitiva o sensorial, considerando esta como una patología (enfermedad) que presentan ciertas personas y que afecta a su ámbito social y sanitario, pues precisan de

¹ BOE núm. 96, de 21 de abril de 2008. Entrada en vigor el 3 de mayo de 2008.

² Resolución 61/106 de la Asamblea General “*Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*” (A/RES/61/106).

³ BOE núm. 132, de 3 de junio de 2021. Entrada en vigor el 3 de septiembre de 2021.

⁴ Véase, “Definiciones de Discapacidad en España: un análisis de la normativa y la legislación más relevante”, *SID (Servicio de Información sobre Discapacidad)*, 2001, pp. 5-6.

cierta atención médica especializada y de determinados cuidados en su día a día que impiden la equiparación con el resto de personas.

Partiendo de estas consideraciones, se lleva a cabo una regulación específica para estos casos en los diferentes ordenamientos jurídicos decimonónicos, lo que conlleva la limitación de la capacidad de obrar de estas personas cuando presentaban una discapacidad, principalmente cognitiva, que les impedía expresar plenamente su voluntad y, por tanto, sus deseos y preferencias⁵. Para subsanar estas deficiencias, los diferentes ordenamientos, hasta principios del siglo XXI, preveían la posibilidad, para los casos más severos, de suplir las mismas con el nombramiento de un tutor que sería el encargado de tomar dichas decisiones por el discapacitado⁶.

Con la promulgación y ratificación de la CDPD, se cambia totalmente la consideración y perspectiva de la discapacidad como enfermedad, pasando a entender la misma como un producto social que se produce con la interacción de una determinada circunstancia personal de un individuo y los factores que integran su entorno y que, conjuntamente, dan lugar a la aparición de la discapacidad, afectando, como no puede ser de otra manera, a la participación de este sujeto en la sociedad. Por tanto, se sustituye el enfoque médico por uno social fundamentado en los derechos humanos⁷.

Este nuevo modelo se caracteriza, principalmente, en la libertad y la dignidad de la persona, no en la compasión del sujeto que sufre la discapacidad y, por consiguiente, no es necesario establecer políticas destinadas en exclusividad a dichos sujetos, sino sólo tener en cuenta las particularidades de los mismos y garantizar su participación en la vida social, política, económica y jurídica. Por ende, se deben promover medidas inclusivas, no discriminatorias y participativas cuya finalidad sea la eliminación de barreras sociales que impidan el pleno ejercicio de sus derechos y libertades en condiciones de igualdad, pero sin limitar estos derechos por motivos de discapacidad⁸.

⁵ Art. 200 CC en su redacción anterior a la entrada en vigor de la Ley 8/2021: “*Son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma*”.

⁶ Art. 267 CC en su redacción anterior a la entrada en vigor de la Ley 8/2021: “*El tutor es el representante del menor o incapacitado, salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí solo, ya sea por disposición expresa de la Ley o de la sentencia de incapacitación*”.

⁷ Afirma BARBA, V: “El art. 12 de la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de Nueva York , de 13 de diciembre de 2006”, Dir. DE VERDA Y BEAMONTE, JR, en *La discapacidad: Una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Tirant lo blanch, Valencia, 2022, p. 31.

⁸ En este sentido, BARBA, V, *op.cit.*, p. 31.

Este cambio de paradigma en la concepción de la discapacidad ha provocado la aparición de críticas en diferentes colectivos que consideran errónea la equiparación de todas las discapacidades⁹, pues entienden que no es adecuado asemejar a una persona con discapacidad intelectual con respecto de otra cuya discapacidad sea, por ejemplo, física o sensorial, pues la primera de ellas va a precisar de ayuda para la toma de decisiones mientras que en el segundo de los casos es innecesaria la misma, pero en realidad, lo que la CDPD pretende es precisamente eliminar estos prejuicios existentes en la sociedad que impiden aceptar dichos cambios. La CDPD, trata de suprimir la consideración de que no todas las discapacidades deben ser tratadas de la misma manera y que en el caso de las discapacidades cognitivas, las mismas deben ser consideradas como una enfermedad que impide en el sujeto la toma de decisiones racionales, con la correspondiente necesidad de atribuir a un tercero que las tome (ayude o sustituya) por el discapacitado. El objetivo que persigue la propia CDPD, es superar ese enfoque médico en favor de un modelo social que entienda que la discapacidad no es una enfermedad, sino la constatación de la existencia de una serie de barreras sociales que impiden a ciertas personas que ostentan unas características diferentes, su integración e inclusión social en condiciones plenas y, derivada de esta nueva concepción, considerar al discapacitado como un persona plenamente capaz de tomar sus propias decisiones, otorgándoles medidas de apoyo que no sustituyan dicha capacidad, sino que proporcionen a dicha persona las herramientas necesarias para transmitir las, como se constata principalmente del art. 12 CDPD¹⁰.

⁹ Afirma, VELILLA ANTOLÍN, N: “Una visión crítica a la Ley de apoyo a las personas con discapacidad”, *El notario del siglo XXI*, marzo – abril, núm. 108; CASTRO-GIRONA MARTINEZ, A: “La Convención de los derechos de las personas con discapacidad y la actuación notarial: el notario “ombudsman social”, *Fundación Aequitas*, 1 de mayo de 2011, p.6.

¹⁰ Cfr. Artículo 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006: “1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica. 2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. 3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica. 4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas. 5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios,

2 CUESTIONES PRINCIPALES DE LA LEY 8/2021, DE 2 DE JUNIO

Como se indicaba anteriormente, los nuevos principios que instaura la CDPD han supuesto grandes modificaciones legislativas en nuestro ordenamiento jurídico. La nueva normativa implica cambios de gran calado que suponen, entre otros, la supresión de medidas de sustitución en la toma de decisiones de aquellas personas que presentan determinadas discapacidades, por otras basadas en el respeto de la voluntad, preferencias y deseos de la persona que, como regla general, se le atribuye la toma de sus decisiones.

No obstante, la nueva regulación incurre en una serie de imprecisiones que provocan una fuerte controversia doctrinal¹¹. De un lado, se excluye una definición concreta de persona con discapacidad, remitiendo a una noción general que establece la propia CDPD en su art.1.2¹². Por otro lado, el CC no establece una noción de capacidad jurídica, sino que remite a lo establecido en el Comité sobre los Derechos de las Personas.

La Ley 8/2021 modifica un gran número de normas jurídicas. Entre ellas, aunque no todas son objetivo de este trabajo, encontramos la reforma del CC que afecta, principalmente, al ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y a las instituciones de tutela, pero también supone cambios, entre otros, en lo referente al régimen económico matrimonial, las crisis matrimoniales, la patria potestad y filiación, compraventa, mandato y depósito, la regulación sobre la mayoría de edad y emancipación, nacionalidad y responsabilidad extracontractual. Del mismo modo, se modifican ciertos preceptos de la LJV, LEC, LN, LRC, LH, CCo, CP, LPPPD.

El elemento más, o de los más, importante de dicha reforma, es el referente a la nueva regulación que la normativa hace a la situación jurídica de la persona con discapacidad. La

hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.”

¹¹ PALACIOS, A. y BARIFFI, F: “Una aproximación al contenido básico de la Convención”, Dirs. TRUJILLO JIMÉNEZ, E. y PÉREZ BUENO, L.C, en *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Cinca, Madrid, febrero 2007, pp. 57-72; GARCÍA RUBIO, M.P: “Contenido y significado general de la reforma civil y procesal en materia de discapacidad”, *Familia y sucesiones: cuaderno jurídico*, Sepin, núm. 136, 2021, p.4; QUESADA SÁNCHEZ, A.J: “Sobre el sentido de la discapacidad en la nueva regulación legal: Reflexiones iniciales”, Dirs. DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y y QUESADA SÁNCHEZ, A.J, en *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Atelier, Barcelona, 2022, pp. 24-25.

¹² Cfr. Artículo 1.2 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006: “*Las personas con discapacidad 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.*”

norma considera a estas personas como sujetos de pleno derecho, por tanto, se modifica el antiguo sistema de limitación o privación de la capacidad de obrar (anterior procedimiento de incapacitación y nombramiento de tutor que actuaba en su nombre), por el nuevo sistema de apoyos a la persona discapacitada, encaminado a proporcionar la ayuda necesaria para la toma de decisiones autónoma en los diferentes aspectos patrimoniales y personales de su vida, quedando, de manera absolutamente excepcional, la representación o sustitución de la voluntad de la persona discapacitada por un tercero para aquellos casos en que dicha persona no pueda emitir la misma, pero siempre con pleno respeto a las creencias y valores del sujeto afectado por la medida, así como las posibles decisiones que esta hubiera adoptado de poseer la capacidad necesaria para hacerlo.

CAPÍTULO II: LAS MEDIDAS DE APOYO A LA DISCAPACIDAD TRAS LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY 8/2021

La normativa que instaura la Ley 8/2021, opera en torno a las medidas de apoyo que la misma establece con el fin de ayudar a la persona con discapacidad en la ejecución de las acciones derivadas de su capacidad jurídica.

Las diferentes medidas se pueden establecer por el propio discapacitado de manera voluntaria a través de escritura pública, por medio de los mandatos o poderes preventivos, mediante la constitución por parte del afectado de la denominada autotutela (propuesta para el nombramiento de curador) y, por último, a través de los procedimientos especiales que establece la LJV o la LEC. No obstante, la propia ley contempla la posibilidad de otro tipo de medidas de apoyo como son el defensor judicial y el guardador de hecho que pasaremos a explicar más detalladamente a continuación.

Otra de las cuestiones relevantes de esta nueva normativa, será la de determinar qué se entiende por “*medidas de apoyo*”. El término “*apoyo*” debe ser comprendido desde una perspectiva amplia, desde el simple acompañamiento, al asesoramiento o ayuda para manifestar su propia voluntad. Debemos erradicar el pensamiento de medidas de apoyo desde la perspectiva representativa en favor de un prisma colaborativo encaminado a entender que la persona con discapacidad puede tomar sus propias decisiones¹³. Sería erróneo entender el término de manera estricta o limitada, pues el apoyo no puede ser el mismo para todas las personas con discapacidad, sino que debe ser constituido de manera personalizada para cada sujeto, pues es posible que en unos casos deba alcanzar la esfera patrimonial, la personal o ambas. Lo que no cabe duda, es el cambio radical en la manera de entender las medidas de apoyo o protección, abarcando más allá de la mera toma de decisiones, pues se fundamenta también en la necesidad de llevar a cabo las medidas

¹³ Como se desprende del Prólogo de la Ley 8/2021: “*Se impone así el cambio de un sistema como el hasta ahora vigente en nuestro ordenamiento jurídico, en el que predomina la sustitución en la toma de las decisiones que afectan a las personas con discapacidad, por otro basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona (...). Muy al contrario, la idea central del nuevo sistema es la de apoyo a la persona que lo precise, apoyo que, tal y como la ya citada Observación General de 2014 recuerda, es un término amplio que engloba todo tipo de actuaciones: desde el acompañamiento amistoso, la ayuda técnica en la comunicación de declaraciones de voluntad, la ruptura de barreras arquitectónicas y de todo tipo, el consejo, o incluso la toma de decisiones delegadas por la persona con discapacidad.*”

necesarias para superar aquellas barreras que impiden o limitan la plena y efectiva participación de las personas con discapacidad en la sociedad con pleno respeto a su dignidad y los derechos fundamentales.

El principal propósito de las medidas de apoyo, como se desprende del art. 249 CC, es permitir el pleno desarrollo de la persona con respeto al derecho a la dignidad y al resto de derechos fundamentales. No obstante, este principio no es absoluto ni excluyente, puesto que en determinadas circunstancias (excepcionales) será preciso otorgar un apoyo sustitutivo. Otro de los matices relevantes de esta normativa es la aceptación de las malas decisiones por parte de la persona con discapacidad, es decir, como cualquier persona, esta tiene derecho a equivocarse y no por eso será motivo para privar a la misma de la toma de estas decisiones, otorgando dicha potestad a un tercero en pos de “la mejor decisión posible”. Por tanto, el apoyo debe ir encaminado a la superación de las barreras que puedan impedir la comprensión o expresión de su voluntad, siendo el apoyo sustitutivo una medida excepcional que debe establecerse cuando sea absolutamente imposible que la persona con discapacidad pueda llevarla a cabo. Esto puede producirse por razones sobrevenidas u originarias.

Por tanto, a excepción de la discapacidad originaria más severa, la persona que presta el apoyo deberá actuar siempre con respeto a la voluntad, preferencias y deseos de la persona discapacitada. De este respeto, podemos deducir que el apoyo siempre (que sea posible) debe ir destinado a convertirse en un apoyo colaborativo cuya finalidad radica en comprender y expresar la voluntad de la persona que precisa de la medida. En el caso de tratarse de una discapacidad originaria, es decir, aquella que se produce desde el nacimiento de la persona y provoca, por tanto, que no sea posible el respeto de unas indicaciones ni deseos previos, así como el desconocimiento de los valores y creencias de la misma, impidiendo que se pueda actuar conforme a su propia voluntad, la doctrina entiende que en estos casos, es posible actuar atendiendo al interés superior de la persona con discapacidad¹⁴.

El art. 250 CC, nos expresa el tipo de medidas de apoyo que recoge la actual normativa “*Las medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas que lo precisen son, además de las de naturaleza voluntaria, la guarda de hecho, la curatela y el*

¹⁴ En este sentido, ALVENTOSA DEL RÍO, J, en *La curatela tras la Ley 8/2021*, Tirant lo Blanch, Valencia 2022, p. 341.

defensor judicial.”, siendo analizadas a continuación y de manera individualiza en los diferentes títulos de este capítulo.

1 MEDIDAS VOLUNTARIAS DE APOYO

Las medidas voluntarias de apoyo se encuentran reguladas en los arts. 254 a 262 CC. Antes de proceder a analizar en profundidad estas medidas voluntarias, es preciso esclarecer que las mismas se han constituido como el eje principal sobre el que se va a pivotar en lo referente a la constitución de medidas de apoyo para las personas con discapacidad.

La propia regulación lo establece de manera expresa en su Preámbulo, donde nos indica que *“la nueva regulación otorga preferencia a las medidas voluntarias, esto es, a las que puede tomar la propia persona con discapacidad”*. De igual manera, otorga especial importancia a los poderes y mandatos preventivos, así como a la autocuratela, como se desprende en el mismo *“Dentro de las medidas voluntarias adquieren especial importancia los poderes y mandatos preventivos, así como la posibilidad de autocuratela”*. Por tanto, la Ley 8/2021 se fundamenta en el principio de subsidiariedad, es decir, no debe adoptarse ninguna medida de apoyo judicial si la persona con discapacidad ya ha establecido la misma de manera voluntaria¹⁵, respetando de esta manera la autonomía y libertad del sujeto en la toma de sus propias decisiones, así como en los principios de necesidad y proporcionalidad recogidos en el art. 249 CC¹⁶. No obstante, existe la posibilidad de que puedan coexistir medidas voluntarias con aquellas otras de naturaleza diferente, siempre que las mismas no sean incompatibles entre sí.

¹⁵ Vid. DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C: “Las medidas voluntarias de apoyo” Dir. DE VERDA Y BEAMONTE, JR, en *La discapacidad: Una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Tirant lo Blanch, Valencia 2022, p. 108.

¹⁶ Artículo 249 del Código Civil: *“Las medidas de apoyo a las personas mayores de edad o menores emancipadas que las precisen para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica tendrán por finalidad permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad. Estas medidas de apoyo deberán estar inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales. Las de origen legal o judicial solo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate. Todas ellas deberán ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad. Las personas que presten apoyo deberán actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera. Igualmente procurarán que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias. Asimismo, fomentarán que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro.”*

Del propio art. 250 CC, podemos extraer una breve y no muy precisa definición de medidas de apoyo voluntarias, siendo aquellas “*las establecidas por la persona con discapacidad*”, cuya finalidad sea la de “*asistir a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica en los ámbitos en los que sea preciso, respetando su voluntad, deseos y preferencias*”, pudiendo el mismo designar libremente “*quién debe prestarle apoyo y con qué alcance*”, por tanto, el sujeto tiene total libertad para elegir a cualquier persona, no teniendo que ser un familiar, incluso pudiendo acudir a otras muchas figuras existentes en el ámbito social, con exclusión, como indica el último párrafo de dicho precepto, de aquellas que “*en virtud de una relación contractual, presten servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga a la persona que precisa el apoyo*”, para evitar, posiblemente, conflicto de intereses.

Las medidas de apoyo suponen, como establece ALVENTOSA DEL RÍO¹⁷, “*una previsión que realiza una persona con discapacidad o que prevé que pueda llegar a padecer alguna causa de discapacidad, o alguna circunstancia que pueda dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica, sobre las medidas de apoyo que desea se le apliquen en caso de necesitar dicho apoyo.*”.

1.1. LA ESCRITURA PÚBLICA COMO REQUISITO AD SOLEMNITATEM PARA LA CONSTITUCIÓN DE MEDIDAS DE APOYO

El art. 255¹⁸ establece los sujetos habilitados para poder solicitar medidas de apoyo voluntarias y la forma para constituir las mismas.

El precepto nos indica que cualquier persona mayor de edad o menor emancipada podrá prever o acordar la constitución de las medidas, pero imponiendo la necesidad de hacerlo a través de escritura pública. No obstante, sobre la exigencia o no de escritura pública como requisito *ad solemnitatem*, existen discrepancias en ciertos autores. Para DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ existe la posibilidad de establecer “*apoyos voluntarios sin*

¹⁷ ALVENTOSA DEL RÍO, J, en *La curatela tras la Ley 8/2021*, Tirant lo Blanch, Valencia 2022, p. 145.

¹⁸ Artículo 255 del Código Civil: “*Cualquier persona mayor de edad o menor emancipada en previsión o apreciación de la concurrencia de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, podrá prever o acordar en escritura pública medidas de apoyo relativas a su persona o bienes (...)*”.

intervención notarial” cuando los mismos sean “*personales y de cuidado, o patrimoniales de escasa trascendencia*”. El argumento sostenido por la autora radica en la inexistencia en el art. 250 CC de la necesidad de establecer las medidas de apoyo voluntarias en escritura pública como posteriormente impone el art. 255, matizando, de todos modos, las “*serias dudas cuando se trate de actuar en el tráfico negocial*”, pues es imposible que se incurra en posibles vicios de consentimiento por falta del mismo ex. art. 1261 CC¹⁹. De otro lado, tenemos autores como MARTÍN FUSTER o ALVENTOSA DEL RÍO que consideran que el requisito de la escritura pública no admite excepciones²⁰, postura que personalmente comparto, pues la exigencia de este requisito formal asegura, por un lado, apoyo institucional para la persona con discapacidad y, en segundo lugar, garantiza la salvaguarda de los derechos, preferencias y voluntad de ésta, evitando con esta medida posibles abusos o influencia indebidas por parte de terceras personas.

1.2. PODERES O MANDATOS PREVENTIVOS

Los poderes o mandatos preventivos encuentran su regulación en los arts. 256 a 262 de CC. Este tipo de medidas son (han sido) frecuentemente utilizadas por aquellas personas que, bien por su avanzada edad o bien por haber sido diagnosticadas con una enfermedad degenerativa grave que puede mermar su capacidad cognitiva, deciden emitir un poder de representación o mandato con instrucciones detalladas para una vez se produzca ese deterioro o pérdida de ciertas facultades, otra persona tome determinadas decisiones en su nombre, por ejemplo de carácter patrimonial o personal, siguiendo las directrices marcadas en dicho documento.

No existe una definición legal de poderes o mandatos preventivos, pero si nos acogemos a definiciones doctrinales, podemos establecer estos como aquel “*negocio jurídico unilateral (poder) o bilateral (mandato) en virtud del cual una persona, anticipando que pueda llegar a tener necesidad de apoyo en el futuro, designa para ese caso uno o varios apoderados*

¹⁹ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C: “Las medidas voluntarias de apoyo”, Dir. DE VERDA Y BEAMONTE, JR, en *La discapacidad: Una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Tirant lo Blanch, Valencia 2022, pp.116-117; ALVENTOSA DEL RÍO, J, en *La curatela tras la Ley 8/2021*, Tirant lo Blanch, Valencia 2022, pp. 143-153.

²⁰ MARTÍN FUSTER, J.M: “Estructura legal: Forma de funcionamiento de las distintas modalidades de apoyo”, Dirs. DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y y QUESADA SÁNCHEZ, A.J, en *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio*”, Atelier, Barcelona, 2022, p. 229.

(mandatario) cuya aceptación implica que deben proporcionárselo actuando en su nombre o por su cuenta y con el alcance que ella misma haya establecido”²¹. La diferencia principal entre ambas figuras reside en su consideración como negocio unilateral o bilateral y, por ende, en su carácter obligacional o no. En el primero de los casos, el representante puede rehusar de su cumplimiento, mientras que el mandato, como todo negocio bilateral, es de obligado cumplimiento para las partes.

Los problemas más frecuentes de la regulación anterior radicaban, de manera general, en que los poderes preventivos cuya regulación se encontraba integrada en lo referente a los mandatos, quedaba fuera de la regulación de las medidas de guarda. Esto daba lugar a que, en determinadas circunstancias, dichos poderes fueran revocados por los tribunales cuando se iniciaba un procedimiento de incapacitación en virtud del anterior art. 1732 CC²². En la actualidad, se han integrado los mismos dentro de las medidas de apoyo, lo que permitirá que la persona con discapacidad pueda decidir y ejercitar su capacidad jurídica en las mismas condiciones que el resto de personas. El mandatario, deberá actuar siempre con pleno respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona que otorga el poder, en cumplimiento con lo establecido en el art. 249 CC “*deberá tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tenido en consideración, con el fin de tomar la decisión que habría adoptado la persona en el caso de no requerir representación*”, sin perjuicio de la necesidad de participación en la toma de decisiones por parte del discapacitado que exige la propia norma.

Los poderes preventivos se puede clasificar en diferentes tipos. Por un lado, el poder con cláusula de subsistencia, de eficacia instantánea que permite al apoderado su utilización incluso cuando posteriormente el poderdante necesite de medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad, como establece el art. 256 CC²³. En segundo lugar, tenemos el poder preventivo, cuya eficacia a diferencia del anterior es a futuro. En este caso, sólo se permite su utilización en el supuesto de que el poderdante necesite de medidas de apoyo, en virtud

²¹ RIBOT IGUALADA, J: “Sección 2ª. De los poderes y mandatos preventivos. Arts. 257 a 262 CC” Dir. GUILARTE MARTÍN-CALERO, C, en *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Serie Derecho de la Discapacidad, Vol. III, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2021, pp. 578.

²² En este sentido, DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C: “Las medidas voluntarias de apoyo”, Dir. DE VERDA Y BEAMONTE, JR, en *La discapacidad: Una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Tirant lo Blanch, Valencia 2022, pp.122-123.

²³ Artículo 256 CC: “*El poderdante podrá incluir una cláusula que estipule que el poder subsista si en el futuro precisa apoyo en el ejercicio de su capacidad*”.

del art. 257 CC²⁴. Por consiguiente, dichos poderes preventivos subsistirán, si así se ha previsto, aunque el poderdante necesite en el futuro medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica o sólo surtirán efecto si se da tal necesidad, manteniendo ambas su vigencia (art. 258 CC²⁵), aunque se constituyan posteriormente otras medidas de apoyo judiciales o voluntarias, en virtud del principio de subsidiariedad que consagra el art. 255 CC²⁶. No obstante, el juez siempre tendrá la posibilidad de revocar el poder si considera, de manera motivada, que el mismo es perjudicial o cuando se incurra en abuso en el ejercicio de los poderes.

1.2.1. Forma, contenido, extensión y extinción de los poderes y mandatos preventivos

En lo relativo a la forma, se exige el otorgamiento a través de escritura pública e inscripción en el RC, como se desprende del art. 260 CC²⁷ y en consonancia con los arts. 300 CC y 77 LRC²⁸. La inscripción en el RC, tiene como finalidad evitar un posible solapamiento entre las medidas de apoyo judicial con aquellas otras de carácter voluntarias, así como la publicidad de posibles limitaciones de índole patrimonial que puedan existir y afecten a la persona con discapacidad²⁹.

En cuanto a su contenido, el poder puede incluir parámetros como: la exigencia de autorizaciones para la realización de determinados actos de índole patrimonial; otorgamiento

²⁴ Artículo 257 CC: “El poderdante podrá otorgar poder solo para el supuesto de que en el futuro precise apoyo en el ejercicio de su capacidad”.

²⁵ Artículo 258 CC: “Los poderes a que se refieren los artículos anteriores mantendrán su vigencia pese a la constitución de otras medidas de apoyo en favor del poderdante, tanto si estas han sido establecidas judicialmente como si han sido previstas por el propio interesado”.

²⁶ Artículo 255 CC: “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”.

²⁷ Artículo 260 del Código Civil: “Los poderes preventivos a que se refieren los artículos anteriores habrán de otorgarse en escritura pública. El Notario autorizante los comunicará de oficio y sin dilación al Registro Civil para su constancia en el registro individual del poderdante”.

²⁸ Artículo 300 del Código Civil: “Las resoluciones judiciales y los documentos públicos notariales sobre los cargos tutelares y medidas de apoyo a personas con discapacidad habrán de inscribirse en el Registro Civil”.

Artículo 77 de la Ley del Registro Civil: “Es inscribible en el registro individual del interesado el documento público que contenga las medidas de apoyo previstas por una persona respecto de sí misma o de sus bienes”.

²⁹ En este sentido, ALVENTOSA DEL RÍO, J, en *La curatela tras la Ley 8/2021*, Tirant lo Blanch, Valencia 2022, p.161.

de poderes a favor de personas jurídicas; las remuneraciones del apoderado; las instrucciones y control del mandante; causas de revocación o extinción del poder, etc. El contenido más novedoso de esta reforma se encuentra en el art. 259 CC junto con la Disposición Transitoria tercera, estableciendo para los casos en que el mandato incluya todos los negocios jurídicos del mandante, la exclusión de la aplicación de ciertos preceptos de la normativa de la curatela (art. 284 a 290 CC, relativos a la falta de exigencia de prestar fianza, realizar inventario o solicitar autorización judicial, entre otros), cuando el mismo no establezca lo contrario.

Por último, en lo referente a las causas de extinción del poder, debemos acudir a los arts. 258 y 1732 CC. Del primero de los preceptos destacamos tres posibles causas de extinción: por voluntad del poderdante, implantando en el propio poder las causas específicas de extinción del mismo; por causas automáticas, cuando el poder se hubiera otorgado a favor del cónyuge o pareja de hecho del poderdante y se rompa la convivencia entre ambos, salvo que se haya determinado lo contrario en el propio poder; y por solicitud de ciertas personas, concretamente por aquellas con legitimación para instar el procedimiento para la adopción de medidas de apoyo, así como por el propio curador, de existir este, cuando el apoderado incurra en algunas de las causas de remoción previstas en el art. 278 CC³⁰ para el curador, sin perjuicio de la potestad que se le otorga al poderdante de excluir en el propio poder esta causa de extinción. Del art. 1732 CC extraemos otras causas de extinción propias de la figura del mandato como son: la revocación del mandato, derivado de su carácter voluntario, puesto que no tendría sentido pensar que la voluntariedad sólo afecta a la constitución de la medida, pero no a su revocación; la renuncia del cargo por parte del mandatario; por muerte o concurso del mandante o mandatario, estando esta última causa, el concurso, fundamentada para los casos en que el poder recaiga en la esfera patrimonial del poderdante, ya que en estos supuestos la gestión del patrimonio se traspasaría al administrador concursal; la cuarta causa de extinción se produce en el supuesto de que sea necesario establecer medidas de apoyo sobre el mandatario que afecten a los propios actos de su cargo; por último, no exenta de polémica, tenemos como causa de extinción *“la constitución en favor del mandante de la curatela representativa como medida de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica [...]”*.

³⁰ Artículo 278 del Código Civil: *“Serán removidos de la curatela los que, después del nombramiento, incurran en una causa legal de inhabilidad, o se conduzcan mal en su desempeño por incumplimiento de los deberes propios del cargo, por notoria ineptitud de su ejercicio o cuando, en su caso, surgieran problemas de convivencia graves y continuados con la persona a la que prestan apoyo [...]”*.

Esta causa parece incompatible con el art. 255 CC, puesto que del mismo se desprende la prioridad de las medidas de apoyo voluntarias frente a las judiciales.

1.3. AUTOCURATELA

La autocuratela³¹ encuentra su regulación en el art. 271 CC. Este precepto proporciona la posibilidad a los mayores de edad y a los menores emancipados, de proponer, en previsión de una futura falta de capacidad obrar suficiente, a la persona, o pluralidad de ellas, tanto física como jurídica, que desea que ejerza las funciones de curador o, incluso, excluir a aquellas que no desea que ostenten dicho cargo, así como el establecimiento del contenido y funcionamiento de la propia curatela. No obstante, el propio Código Civil, en su art. 274, permite la delegación de dicha proposición al cónyuge o a cualquier otra persona designada en la escritura pública, pero con la limitación de llevar a cabo la designación entre los candidatos propuestos por el mismo afectado.

En principio, se debe admitir a la persona nombrada para ser el curador por parte del sujeto afectado por la medida. No obstante, la autoridad judicial puede rechazar, parcial o totalmente, tal nombramiento, de manera motivada, si se dan alguna de las causas de exclusión del art. 272.2 CC³².

En cuanto a los criterios de idoneidad, se discute por parte de la doctrina³³ si en el caso de la autocuratela se deben aplicar los mismos que para la constitución judicial del curador (art. 275 CC³⁴). En lo referente a la exigencia de la mayoría de edad, parece quedar

³¹ He dudado si incluir la autocuratela dentro de este apartado o si, por el contrario, debería hacer referencia a la misma cuando haga mención a la institución de la curatela, ya que el propio Código Civil la recoge en los apartados referentes a dicha institución (arts. 271 y ss. CC). Finalmente me he decantado por introducirla en este epígrafe de medidas de apoyo voluntarias, puesto que la misma nace de la voluntad de la persona que la ha de sufrir, aunque finalmente sea necesaria para su constitución de la aprobación de la autoridad judicial competente.

³² Artículo 272.2 del Código Civil: “No obstante, la autoridad judicial podrá prescindir total o parcialmente de esas disposiciones voluntarias, de oficio o a instancia de las personas llamadas por ley a ejercer la curatela o del Ministerio Fiscal y, siempre mediante resolución motivada, si existen circunstancias graves desconocidas por la persona que las estableció o alteración de las causas expresadas por ella o que presumiblemente tuvo en cuenta en sus disposiciones.”

³³ Entre otros, ESCARTÍN IPIÉNS, J.A: “La autocuratela en la Anteproyecto de Ley sobre modificación del Código civil y otras leyes complementarias en materia de discapacidad”, Revista de Derecho Civil, núm. 3, julio-septiembre, 2018, pp. 85-119; ALVENTOSA DEL RÍO, J, en *La curatela tras la Ley 8/2021*, Tirant lo Blanch, Valencia 2022, pp. 264-270.

³⁴ Artículo 275 del Código Civil: “1. Podrán ser curadores las personas mayores de edad que, a juicio de la autoridad judicial, sean aptas para el adecuado desempeño de su función. Asimismo, podrán ser curadores las fundaciones y demás personas jurídicas sin ánimo de lucro, públicas o privadas, entre cuyos fines figure la promoción de la

asentada la necesidad de la misma, derivado de la falta de capacidad obrar plena de los menores de edad para “realizar los actos de la vida civil”. Sin embargo, se podría plantear si tales requisitos son aplicables a los menores de edad emancipados. En mi opinión, compartiendo la tesis de ALVENTOSA DEL RÍO, se deben extrapolar los mismos argumentos utilizados para descartar a los menores de edad no emancipados, puesto que en ambos casos se presentan limitaciones importantes, tanto en la esfera personal como en la patrimonial, que podrían ir en contra de las propias funciones del curador. Por último, sobre la aplicación de las restricciones establecidas en los puntos 2 y 3 del citado artículo 275 CC, vuelvo a compartir la teoría de la autora antes citada, pues aunque para ciertos autores las limitaciones del art. 275 CC no deben aplicarse a las medidas de apoyo voluntarias, como es la constitución de la autotutela, pues serían contrarias a la propia finalidad de las mismas, la realidad es que el art. 276 CC³⁵ ya nos da respuesta a estos interrogantes, pues del mismo se desprende la necesidad de limitar el nombramiento del curador, incluido el voluntario, al cumplimiento de los requisitos que establece el art. 275 CC³⁶.

Sobre las causas de remoción que afectan al curador nombrado voluntariamente, el Código Civil, una vez más, guarda silencio. En esta caso, la doctrina mayoritaria considera que debe aplicarse supletoriamente, puesto que el propio poderdante puede establecer las que considere oportunas, los supuestos establecidos en los preceptos 278 y ss. CC³⁷.

autonomía y asistencia a las personas con discapacidad. 2. No podrán ser curadores: 1.º Quienes hayan sido excluidos por la persona que precise apoyo. 2.º Quienes por resolución judicial estuvieran privados o suspendidos en el ejercicio de la patria potestad o, total o parcialmente, de los derechos de guarda y protección. 3.º Quienes hubieren sido legalmente removidos de una tutela, curatela o guarda anterior. 3. La autoridad judicial no podrá nombrar curador, salvo circunstancias excepcionales debidamente motivadas, a las personas siguientes: 1.º A quien haya sido condenado por cualquier delito que haga suponer fundadamente que no desempeñará bien la curatela. 2.º A quien tenga conflicto de intereses con la persona que precise apoyo. 3.º Al administrador que hubiese sido sustituido en sus facultades de administración durante la tramitación del procedimiento concursal. 4.º A quien le sea imputable la declaración como culpable de un concurso, salvo que la curatela lo sea solamente de la persona.”.

³⁵ Artículo 276 del Código Civil: “La autoridad judicial nombrará curador a quien haya sido propuesto para su nombramiento por la persona que precise apoyo o por la persona en quien esta hubiera delegado, salvo que concorra alguna de las circunstancias previstas en el párrafo segundo del artículo 272. La autoridad judicial estará también a lo dispuesto en el artículo 275.”.

³⁶ En este sentido, ALVENTOSA DEL RÍO, J: “El nuevo régimen de legal de la curatela”, Dir. DE VERDA Y BEAMONTE, J.R, en *La discapacidad: Una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Tirant lo Blanch, Valencia 2022, pp. 164-165.

³⁷ Entre otros, BERROCAL LANZAROT, A.I, en “La autotutela como medida voluntaria de apoyo tras la reforma operada por la Ley 8/2021, de 2 de junio”, *Actualidad Civil*, , núm. 9, 1 de septiembre de 2021, pp. 20-21.

1.3.1. Forma y vinculación

En lo referente a su formalización, el art. 271.1º CC no indica la obligación de constituir la autotutela a través de escritura pública, como se exige para el resto de medidas de apoyo voluntarias (arts. 255.1º y 260.1º CC). No obstante, el precepto antes citado no establece de manera expresa la necesidad de inscripción en el Registro Civil, aunque es necesario recordar que el propio art. 300 CC impone que “*Las resoluciones judiciales y los documentos públicos notariales sobre los cargos tutelares y medidas de apoyo a personas con discapacidad habrán de inscribirse en el Registro Civil*”, por tanto, ante un nuevo silencio en materia específica, es necesario acudir a los criterios generales que afectan a las medidas de apoyo sobre personas con discapacidad.

En cuanto a la vinculación judicial sobre esta medida y en respeto al principio de autonomía de la voluntad del discapacitado que propugna el art. 249 CC, la autoridad judicial quedará, inicialmente, vinculada a la decisión tomada por la persona con discapacidad a la hora del nombramiento del curador (art. 272.1ºCC). Sin embargo, esta vinculación no es absoluta, pues como he detallado anteriormente, el art. 272.2º CC otorga la posibilidad a la autoridad judicial de prescindir, de manera motivada, de la voluntad de la persona que ha constituido la medida voluntaria si se dan alguna de las circunstancias que establece dicho precepto.

2 LA GUARDA DE HECHO

2.1. CARACTERÍSTICAS Y APLICACIÓN PRÁCTICA

No existe una definición legal en nuestro Código Civil de la figura del guardador de hecho. En tanto en cuanto no se produce la misma, podemos utilizar las manifestadas por LECIÑERA IBARRA que define al guardador de hecho como “*la persona que de manera espontánea y por iniciativa propia, sin ningún tipo de investidura judicial formal, asiste con carácter de estabilidad y permanente a una persona con discapacidad, con la que le une normalmente una relación de confianza por ser familiar o allegado*”³⁸ o la empleada por

³⁸ LECIÑERA IBARRA, A: “De la guarda de hecho de las personas con discapacidad”, Dir. GUILLARTE MARTÍN-CALERO, C, en *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra 2021, p. 652.

ÁLVAREZ ÁLVAREZ que define el mismo como “*aquella situación en la que la persona, denominado guardador de hecho, asume funciones de protección y de asistencia respecto de un menor de edad o de una persona con discapacidad*”³⁹.

Uno de los matices más importantes que operan en esta figura es la determinación de la guarda de hecho como un medida de apoyo, cuya finalidad es la de asistir de manera estable y continua a la persona que presenta una discapacidad y necesita de la misma para ejercitar de manera plena su capacidad de obrar, pero con absoluto respeto a la voluntad, preferencias y deseos del discapacitado, permitiendo la compatibilidad de la guarda de hecho con otras medidas de apoyo, ya sean voluntarias o judiciales, cuando sean necesario.

Una vez dicho esto, debemos establecer, como nos indica el art. 250 en su párrafo cuarto⁴⁰, la guarda de hecho como una medida informal, pues su constitución no nace como medida judicial o voluntaria formal, es decir, no ha sido constituida por resolución judicial o a través de escritura pública, sino, por ejemplo, como un acto voluntario y altruista del propio guardador (pariente o no) por el que decide ocuparse del discapacitado de forma estable y duradera, pero siempre como una medida aceptada y consentida, ya sea de manera tácita o expresa, por la persona que presenta la discapacidad, pues no debemos olvidar que la finalidad principal de la reforma es, en primer lugar, el respeto y voluntad del discapacitado. No obstante, el propio precepto exceptúa en su último párrafo del ejercicio de la guarda de hecho a aquellas personas que prestan servicios residenciales o de análoga naturaleza, en virtud de una relación contractual, con el fin de evitar manipulaciones, influencias indebidas o posibles conflictos de intereses entre ambos.

La guarda de hecho se configura como un medida de apoyo, principalmente, asistencial, encaminada a procurar el propio desarrollo de la toma de decisiones por parte de la persona con discapacidad, mediante un proceso de información, comprensión y razonamiento, es decir, de ayuda, aunque, excepcionalmente, pueda realizar funciones representativas con la previa autorización judicial *ah hoc* para aquellos supuesto concretos en los que por las características del acto y en pos de la seguridad jurídica así lo requiera, sin necesidad, como ocurría antes de la reforma, de iniciar un procedimiento previo de

³⁹ ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H: “Los menores de edad tras la reforma del Código Civil en materia de discapacidad: especial referencia a la tutela y la guarda de hecho (1)”, *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 112, enero-junio 2021, p. 523.

⁴⁰ Artículo 250 del Código Civil: “*La guarda de hecho es una medida informal de apoyo que puede existir cuando no haya medidas voluntarias o judiciales que se estén aplicando eficazmente.*”.

incapacitación de la persona. Bastará con acudir al expediente de jurisdicción voluntaria pertinente, en el que se escuchará a la persona discapacitada, solicitando dicha autorización (art. 264 y 287 CC⁴¹). De ahí que la curatela opera, inicialmente, con carácter subsidiario en ausencia o ineficacia de la guarda de hecho.

Sobre lo relativo a los actos que no precisan de autorización judicial, el art. 264 CC proporciona conceptos jurídicos indeterminados y no exentos de controversia que pueden dar lugar en la práctica que resulte extremadamente difícil operar en el día a día al guardador de hecho y que provoque que dicha figura sea ineficaz para la persona con discapacidad y, por tanto, sea necesario establecer otro tipo de medidas de apoyo o, en el mejor de los casos, solicitar autorización judicial para el caso concreto, principalmente en lo referente “*actos jurídicos sobre bienes de esta que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar*”, pues dicho precepto puede dar lugar a interpretaciones contradictorias que impidan la realización de las funciones propias, o no, del guardador de hecho. Pese a que el Código Civil, norma de obligado cumplimiento para los diferentes operadores jurídicos, financieros e institucionales, no exige la acreditación de la guarda de hecho como medida de apoyo, de ahí su carácter informal, la realidad social en la vida cotidiana de las personas con discapacidad dista mucho de facilitar las funciones del guardador sin el documento, judicial o notarial, que certifique dicha condición.

⁴¹ Artículo 264 del Código Civil: “*Cuando, excepcionalmente, se requiera la actuación representativa del guardador de hecho, este habrá de obtener la autorización para realizarla a través del correspondiente expediente de jurisdicción voluntaria, en el que se oirá a la persona con discapacidad (...) deberá ser ejercitada de conformidad con la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad. En todo caso, quien ejerza la guarda de hecho deberá recabar autorización judicial conforme a lo indicado en el párrafo anterior para prestar consentimiento en los actos enumerados en el artículo 287. No será necesaria autorización judicial cuando el guardador solicite una prestación económica a favor de la persona con discapacidad, siempre que esta no suponga un cambio significativo en la forma de vida de la persona, o realice actos jurídicos sobre bienes de esta que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar (...)*”.

Artículo 287 del Código Civil: “*El curador que ejerza funciones de representación de la persona que precisa el apoyo necesita autorización judicial para los actos que determine la resolución y, en todo caso, para los siguientes: 1.º Realizar actos de trascendencia personal o familiar cuando la persona afectada no pueda hacerlo por sí misma (...) 2.º Enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, bienes o derechos de especial significado personal o familiar, bienes muebles de extraordinario valor, objetos preciosos y valores mobiliarios no cotizados en mercados oficiales de la persona con medidas de apoyo, dar inmuebles en arrendamiento por término inicial que exceda de seis años, o celebrar contratos o realizar actos que tengan carácter dispositivo y sean susceptibles de inscripción (...) 3.º Disponer a título gratuito de bienes o derechos de la persona con medidas de apoyo (...) 4.º Renunciar derechos (...) 5.º Aceptar sin beneficio de inventario cualquier herencia o repudiar esta o las liberalidades. 6.º Hacer gastos extraordinarios en los bienes de la persona a la que presta apoyo. 7.º Interponer demanda en nombre de la persona a la que presta apoyo, salvo en los asuntos urgentes o de escasa cuantía (...) 8.º Dar y tomar dinero a préstamo y prestar aval o fianza. 9.º Celebrar contratos de seguro de vida, renta vitalicia y otros análogos, cuando estos requieran de inversiones o aportaciones de cuantía extraordinaria.*”.

2.2. LA GUARDA DE HECHO EN EL ÁMBITO SANITARIO

En lo relativo al ámbito sanitario, puesto que esta Ley no ha reformado la Ley 41/2002 de autonomía del paciente⁴², para los casos en que sea necesario consentimiento por representación y en ausencia de representante legal (o representante sanitario nombrado en documento de instrucciones previas, también conocido como testamento vital, inscrito en el Registro nacional de instrucciones previas), será función del guardador de hecho decidir sobre cualquier tratamiento sanitario, cuando el paciente, en este caso, persona con discapacidad, no tenga la capacidad para prestar el consentimiento, a criterio del facultativo responsable, pero siempre atendiendo la mayor beneficio para la vida o salud del paciente y a su dignidad personal. No obstante, se procurará la participación de la persona con discapacidad en la toma de decisiones facilitando las medidas de apoyo necesarias para su comprensión⁴³.

En relación con la nueva normativa acerca de la eutanasia⁴⁴ y para los casos en que la persona no pueda transmitir su voluntad, el art. 5.2 de la propia norma establece que es necesario que el médico responsable certifique la falta de facultades del paciente y que, además de que se cumpla el presupuesto médico relativo al tipo de enfermedad, haya previsto el paciente con anterioridad a la situación que le impide manifestar su decisión de manera plena y consciente a través de un documento de instrucciones previas, su conformidad con el procedimiento de la eutanasia ni se dan los presupuesto que en el mismo figuran, debiendo los facultativos respetar las voluntad del paciente y facilitarle una muerte digna. Para los casos en que hubiese nombrado un representante, será este el interlocutor frente a los facultativos.

Para los supuesto de internamiento, el mismo puede ser voluntario, debiendo respetar la voluntad de la persona que presenta la discapacidad, siendo función del guardador de hecho ayudar a la comprensión y toma de decisión de la medida por parte del sujeto, o involuntaria, en aquellas circunstancias en que no es posible determinar la voluntad de la persona, en este caso, requerirá de la correspondiente autorización judicial (art. 287.1º CC).

⁴² Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

⁴³ En este sentido, BERROCAL LANZAROT, A.I: "La guarda de hecho de las personas con discapacidad", Dir. DE VERDA Y BEAMONTE, J.R, en *La discapacidad: Una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Tirant lo Blanch, Valencia 2022, pp. 263-266.

⁴⁴ Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia.

2.3. EXTINCIÓN DE LA GUARDA DE HECHO

Como medida de apoyo informal, no sería precisa ninguna formalidad, como podría ser una resolución judicial o una escritura pública, para que se produzca su extinción. Sin embargo, el art. 267 CC nos proporciona diferentes causas de extinción.

La primera de ella radica en la propia voluntad de la persona con discapacidad, bien porque la misma considere que no es necesaria la medida o bien porque solicite un cambio, ya sea a través de una medida voluntaria o judicial.

La segunda de las causas se fundamenta en la desaparición del motivo que fundamento la medida. En cumplimiento del principio de proporcionalidad, las medidas deberán de aplicarse durante el menor tiempo posible, por tanto, en el momento que desaparece la necesidad y la causa que motivó la adopción de la medida se extingue la misma.

El siguiente de los motivos de extinción radica en el propio desistimiento del guardador de hecho. Al ser una medida informal vuelve a ser innecesario ningún tipo formalidad. No obstante, el propio precepto establece la obligación, por parte del guardador de hecho, de notificar dicha decisión a la entidad pública territorial que ejerza *“las funciones de promoción de la autonomía y asistencia a las personas con discapacidad”*.

El último punto de este artículo establece como causa de extinción la propia solicitud del Ministerio Fiscal o *“de quien se interese por ejercer el apoyo de la persona bajo guarda”*, por medio de la resolución judicial pertinente. Aunque no se indica los motivos que pueden alegar estos sujetos para solicitar dicha extinción, podemos entender, como algunos de ellos: la existencia de conflicto de intereses o influencia indebido, incluso, si llevamos a cabo una interpretación extensiva del art. 278 CC, cuando se produzca un inadecuado desempeño de sus funciones, por ineptitud del guardador de hecho o, en su caso, por problema graves de convivencia⁴⁵.

⁴⁵ En este sentido, BERROCAL LANZAROT, A.I: “La guarda de hecho de las personas con discapacidad”, Dir. DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., en *La discapacidad: Una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Tirant lo Blanch, Valencia 2022, pp. 286-290.

3 LA CURATELA

La curatela se constituye como la principal medida de apoyo judicial en el ámbito de la discapacidad. Su regulación se encuentra recogida en diferentes normativas. Mayoritariamente encontramos su desarrollo en el Código Civil en los arts. 268 a 294, sin olvidar que como toda medida de apoyo para personas con discapacidad es también de aplicación las disposiciones generales contenidas en los arts. 249 a 253 y 300 CC. En lo referente a su constitución, será preciso acudir a la Ley de Jurisdicción voluntaria (arts. 42.bis a 51 bis) y/o a la Ley de Enjuiciamiento Civil (arts. 756 a 763) como normas que regulan el procedimiento de provisión y adopción de medidas judiciales de apoyo para personas con discapacidad, así como el nombramiento del curador.

El legislador ha querido que la curatela se constituya como una institución de apoyo que opera con carácter exclusivo sobre las personas con discapacidad. Por consiguiente, se excluye la posibilidad de acudir a esta figura para los casos de menores de edad no emancipados dentro del ámbito judicial, a los que en la actualidad se les nombra, cuando sea preciso complementar su capacidad en ausencia de sus progenitores, a un defensor judicial (arts. 247-248 CC).

Antes de la reforma, la curatela se constituía como complemento de la capacidad jurídica de ciertas personas⁴⁶, sin sustituirla, como ocurría con la tutela, pero con la actual regulación, la curatela tiene la función principal, con la excepción que veremos más adelante, de asistir a la persona, ayudándola, de modo que la propia persona que presenta la discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones. Deberá actuar (el curador) con pleno respeto a la autonomía del discapacitado y actuar en consonancia a su voluntad, preferencias y deseos, como se desprende del párrafo quinto del art. 250. CC. La autoridad judicial deberá concretar los actos en lo que la persona con discapacidad necesita de dicha asistencia por parte del curador (art. 269.II CC).

Sobre la posibilidad de representar al discapacitado, al suprimirse la figura de la tutela, de la patria potestad prorrogada y de la patria potestad rehabilitada, debido a su rigidez e incompatibilidad con los principios de la CDPD que se sustentan en la promoción de la

⁴⁶ Referencia al declarado pródigo. La prodigalidad es definida en palabras de LASARTE como “*una conducta personal caracterizada por la habitualidad en el derroche o disipación de los bienes propios, malgastándolos de forma desordenada*”, en *Parte general y Derecho de la persona. Principios de Derecho civil*, Marcial Pons, Madrid, 2017, p. 204.

autonomía de las personas que presentan una discapacidad cuando alcanzan la mayoría de edad, la curatela representativa sólo operará en casos excepcionales, pero a diferencia de las anteriores figuras, se deberá tener en cuenta la trayectoria vital, valores y creencias de la persona con discapacidad (art. 269.III CC)⁴⁷.

3.1. CARACTERÍSTICAS Y PRINCIPIOS RECTORES DE LA INSTITUCIÓN DE LA CURATELA

Las características esenciales que definen esta institución son, en primer lugar, la formalidad, pues su constitución, como hemos indicado anteriormente, precisa de un procedimiento *ad hoc*, bien a través del expediente de jurisdicción voluntaria o, en su defecto, por medio de un proceso judicial de adopción de medidas de apoyo a personas con discapacidad. En segundo lugar, la estabilidad, pues la misma se establece cuando se prevé la necesidad de la medida de apoyo con carácter prolongado en el tiempo, a diferencia de lo que ocurre con la figura el defensor judicial. La siguiente nota característica de esta institución, es la subsidiariedad, pues la curatela sólo se constituirá en ausencia de medida de apoyo voluntaria o cuando la misma sea insuficiente o deficiente, como dispone el art. 269 CC. Por último, su carácter fundamentalmente asistencial, pues su cometido principal es proporcionar las herramientas necesarias para conseguir el pleno ejercicio en la toma de decisiones, es decir, facilitar a la persona el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones que el resto de personas, sin olvidar la posibilidad, excepcional, de constituir la curatela con funciones representativas⁴⁸.

En cuanto a los principios sobre los que se inspira la curatela y que encuentran su fundamento en la CDPD, la nueva regulación se sustenta, principalmente, en los principios de proporcionalidad, pues las medidas serán acordes a las necesidades de la persona que las precisa (art. 268 CC); de necesidad, derivado de exigencia de continuidad de la medida (art. 249 CC); de concreción, pues es imperativo que se establezca en la resolución sobre qué actos es precisa la intervención el curador (art. 269 CC); y de temporalidad, ya que la medida

⁴⁷ En este sentido, ALVENTOSA DEL RÍO, J, en *La curatela tras la Ley 8/2021*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 184-187.

⁴⁸ En este sentido, ALVENTOSA DEL RÍO, J: "El nuevo régimen legal de la curatela", Dir. DE VERDA Y BEAMONTE, J.R, en *La discapacidad: Una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Tirant lo Blanch, Valencia 2022, p. 147.

se constituye con previsión de revisión de la misma en un plazo máximo de 3 años, aunque se permite en casos excepcionales aumentar ese periodo hasta los 6 años (art. 268 CC)⁴⁹.

3.2. TIPOS DE CURATELA: ASISTENCIAL, REPRESENTATIVA Y MIXTA

Esta nueva regulación abre la posibilidad a constituir tres tipos de curatela: la asistencial, opera como regla general; la representativa, reservada a situaciones excepcionales; y la mixta, aquella que alberga las dos anteriores opciones simultáneamente, es decir, un curador con funciones asistenciales y representativas.

Como ya habíamos matizado con anterioridad, la constitución de la curatela será, primordialmente, asistencial, es decir, como una medida de apoyo encaminada a la asistencia de la persona discapacitada. En este tipo de curatela, la persona conserva el ejercicio de su capacidad jurídica, pero es necesario el nombramiento de un curador para que le ayude a comprender y a expresar su voluntad en la toma de decisiones.

Tras la supresión de la tutela, cuya función era la de actuar en representación del tutelado que había sido previamente incapacitado, se proporciona en la nueva regulación la posibilidad de constituir una curatela representativa para casos excepcionales, como se desprende de los párrafos terceros de los arts. 249 y 269 CC. Esta medida supone sustituir a la persona discapacitada en aquellos actos concretos que describe la resolución judicial que constituye la curatela representativa. Se instituye esta figura en aquellas circunstancias en que la propia discapacidad afecta de manera sustancial en la toma de decisiones, de tal manera que imposibilita la autodeterminación del sujeto y, por tanto, impide al mismo transmitir su propia voluntad. En estas circunstancias, el curador deberá actuar, teniendo en cuenta la trayectoria vital de la persona, así como sus valores y creencias, con el fin de tomar la misma decisión que hubiese tomado la persona a la que representa si hubiera podido hacerlo por sí misma. No obstante, para determinados actos jurídicos, tanto de su esfera patrimonial como personal, será necesaria la autorización judicial (art. 287 CC).

⁴⁹ Afirma, ALVENTOSA DEL RÍO, J, *op.cit.*, p. 149..

Por último, cabe la posibilidad de constituir una curatela mixta, es decir, el curador tendrá funciones representativas para unos casos concretos que determine la propia resolución judicial y para otros tendrá simplemente funciones asistenciales.

Todas las medidas descritas anteriormente están sujetas a plazos de revisión. A diferencia de lo que ocurría con la anterior institución de la tutela, las medidas no se establecen *sine die*. El plazo de revisión quedará delimitado en la propia resolución que establece la medida. Sin embargo, el propio art. 268 CC establece un plazo máximo de 3 años, ampliable, excepcionalmente, a 6 años, sin perjuicio de la posibilidad de extinguir la medida antes de dicho plazo de revisión si la causa que fundamentó su constitución decae con anterioridad a esa fecha⁵⁰.

3.3. NOMBRAMIENTO DEL CURADOR

El nombramiento del curador viene determinado en primer lugar por la voluntad de la persona sometida a la medida, bien por haber sido nombrado por ella misma o por delegación, como se desprende del precepto 276 CC.. No obstante, esta decisión no es plenamente vinculante para la autoridad competente, puesto que si se dan las circunstancias establecidas en el art. 272 CC, es decir, cuando existan “*circunstancias graves desconocidas por la persona que las estableció o alteración de las causas expresadas por ella o que presumiblemente tuvo en cuenta en sus disposiciones*” es posible apartarse, de manera motivada, de tal consideración. Del mismo modo, la autoridad quedará vinculada a la comprobación de las causas de inhabilidad del art. 275 CC, así como a los límites establecidos en las disposiciones generales relativas a las medidas de apoyo (conflicto de intereses e influencia indebida – art. 250.VII CC⁵¹). En ausencia de propuesta, la propia autoridad judicial será la encargada de nombrar a la persona (física – mayor de edad – o jurídica – sin ánimo de lucro) que ostentará el cargo de curador de entre los mencionados en el art. 276 CC⁵².

⁵⁰ REPRESA POLO, M.ª P: “Régimen jurídico. El nombramiento del curador. Posibles sujetos curadores. Duración del cargo de curador. La remoción y excusa del cargo de curador”, Dirs. DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y y QUESADA SÁNCHEZ, A.J, en *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Atelier, Barcelona, 2022, p. 348.

⁵¹ Artículo 250, párrafo séptimo del Código Civil: “*Al determinar las medidas de apoyo se procurará evitar situaciones en las que se puedan producir conflictos de intereses o influencia indebida.*”.

⁵² Artículo 276 del Código Civil: “*En defecto de tal propuesta, la autoridad judicial nombrará curador: 1.º Al cónyuge, o a quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, siempre que convivan con la persona que precisa el*

Posteriormente, será necesario la aceptación del cargo o formular excusa por parte de la persona nombrada para ello (art. 46 LJV y art. 279 CC).

El procedimiento de nombramiento se llevará a cabo, inicialmente, a través del expediente de jurisdicción voluntaria regulado en los arts. 42 bis y ss. LJV o por medio del procedimiento contencioso, cuando exista oposición a la medida, establecido en los arts. 756 y ss. LEC. Estos dos procedimientos serán examinados con más detalle en capítulos posteriores.

3.4. OBLIGACIONES DEL CURADOR

En lo referente a las obligaciones que tiene que cumplir el curador, hay que partir de la base que imponen artículos como el 250 o el 269 CC cuando afirman que “*Su extensión vendrá determinada en la correspondiente resolución judicial en armonía con la situación y circunstancias de la persona con discapacidad y con sus necesidades*”, pero sin olvidar que dichas medidas nunca pueden suponer la privación de derechos (último párrafo del art. 269 CC).

Del mismo modo, será preciso cumplir con las obligaciones genéricas de todas las medidas de apoyo establecidas los arts. 249 y 250 CC, es decir, actuar por parte de quien presta la medida respetando la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, asistiendo a la misma en el ejercicio de su capacidad jurídica, con la finalidad de que esta pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, a través de los mecanismos necesarios que garanticen su comprensión y preferencias.

apoyo. 2.º Al hijo o descendiente. Si fueran varios, será preferido el que de ellos conviva con la persona que precisa el apoyo. 3.º Al progenitor o, en su defecto, ascendiente. Si fueran varios, será preferido el que de ellos conviva con la persona que precisa el apoyo. 4.º A la persona o personas que el cónyuge o la pareja conviviente o los progenitores hubieran dispuesto en testamento o documento público. 5.º A quien estuviera actuando como guardador de hecho. 6.º Al hermano, pariente o allegado que conviva con la persona que precisa la curatela. 7.º A una persona jurídica en la que concurran las condiciones indicadas en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo anterior. La autoridad judicial podrá alterar el orden del apartado anterior, una vez oída la persona que precise apoyo. Cuando, una vez oída, no resultare clara su voluntad, la autoridad judicial podrá alterar el orden legal, nombrando a la persona más idónea para comprender e interpretar su voluntad, deseos y preferencias.”.

Desde una perspectiva específica de la institución de la curatela, el art. 282 CC menciona aquellas obligaciones específicas del cargo del curador. Entre ellas, encontramos la obligación de mantener contacto personal con la persona necesitada de la medida, actuar con la diligencia debida, así como fomentar la independencia del discapacitado desarrollando las aptitudes del sujeto con el fin de “*ejercer su capacidad con menos apoyo en el futuro*”.

3.5. CAUSAS DE EXTINCIÓN DE LA CURATELA

La extinción de la curatela estará determinada, en primer lugar, por la duración establecida en la resolución judicial que acuerda la medida. Aunque cierto es, que por las características de estabilidad que tiene esta institución es difícil que la autoridad judicial determine dicho plazo, puesto que existe otra medida judicial *ad hoc* para aquellos supuestos en los que se prevea que la medida va a tener un componente de temporalidad, como es la figura del defensor judicial. No obstante, si las causas que motivaron la constitución de tal figura desaparecen se procederá a la extinción de la medida de apoyo judicial (arts. 268 y 291 CC)⁵³.

Del mismo modo, todas las medidas judiciales estarán sujetas a un plazo de revisión máximo de 3 años, o de 6 años si así lo decreta de manera motivada y excepcionalmente la autoridad competente, como se desprende del artículo 268 CC citado con anterioridad.

Existen otras causas de extinción de la curatela como son: la muerte o declaración de fallecimiento de la persona necesitada de la medida (art. 291 CC); la remoción o excusa del curador, aunque en estos supuestos no se extinguiría en sí la institución, sino que daría lugar al nombramiento de un nuevo curador. La remoción opera cuando se realiza el cargo incumpliendo sus funciones o por ineptitud en su ejercicio, así como por haber incurrido en causa legal de inhabilidad o por problema graves y continuados de convivencia con la persona con discapacidad (art. 278 CC) . En el caso de la excusa del cargo, esta se puede dar bien *ab initio* o posteriormente al nombramiento, pues es posible que se produzcan causas sobrevenidas que impidan el desempeño de las funciones (art. 279 CC).⁵⁴

⁵³ En este sentido, ALVENTOSA DEL RÍO, J, en *La curatela tras la Ley 8/2021*, Tirant lo Blanch, Valencia 2022, pp. 393-396.

⁵⁴ Afirma, REPRESA POLO, M.^a P: “Régimen jurídico. El nombramiento del curador. Posibles sujetos curadores. Duración del cargo de curador. La remoción y excusa del cargo de curador”, Dirs. DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y y

4 EL DEFENSOR JUDICIAL

4.1. CARACTERÍSTICAS PRINCIPALES Y ÁMBITO DE APLICACIÓN

El defensor judicial encuentra su regulación en los arts. 295 a 298 CC en lo referente a las personas con discapacidad, mientras que en el caso de los menores habrá que acudir a los arts. 235 y 236 CC, aunque en algunos supuestos nos remite al propio régimen jurídico de las personas con discapacidad.

El DJ es una figura que originariamente operaba en el ámbito del menor, incapaces y pródigos, ante la existencia de conflicto de intereses entre los progenitores en lo referente al ejercicio de la patria potestad, entre tutelado y tutor/curador o, incluso, ante una incorrecta actuación por parte de los mismos. En la actualidad se amplían y/o modifican las funciones del DJ incluyendo dentro de las mismas a las personas que presentan discapacidad⁵⁵.

Aunque históricamente las características principales que rodeaban esta figura eran la subsidiariedad y la transitoriedad, ya que la misma operaba ante la imposibilidad de desempeñar las funciones por parte de padres o tutores y siempre para un acto o período concreto y delimitado, en la situación actual, tras la entrada en vigor de la Ley 8/2021, no se constituye únicamente como una medida de apoyo subsidiaria, sino que puede configurarse como medida principal y autónoma, es decir, no vinculada a la existencia de otra (art. 295.5 CC)⁵⁶.

Por consiguiente, el DJ se articula como una figura encaminada a dar una respuesta rápida para aquellos presupuestos (art. 295 CC⁵⁷) en los que una persona necesita de una

QUESADA SÁNCHEZ, A.J, en *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Atelier, Barcelona, 2022, pp. 349-355.

⁵⁵ Se pronuncia en el mismo sentido, BLANDINO GARRIDO, M^a.A: “El defensor judicial de la persona con discapacidad”, Dirs. DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y y QUESADA SÁNCHEZ, A.J, en *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Atelier, Barcelona, 2022, p. 402.

⁵⁶ Afirma, TORAL LARA, E: “El defensor judicial de las personas con discapacidad”, Dir. DE VERDA Y BEAMONTE, J.R, en *La discapacidad: Una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Tirant lo Blanch, Valencia 2022, pp. 299-300.

⁵⁷ Artículo 295 del Código Civil: “Se nombrará un defensor judicial de las personas con discapacidad en los casos siguientes: 1.º Cuando, por cualquier causa, quien haya de prestar apoyo no pueda hacerlo, hasta que cese la causa determinante o se designe a otra persona. 2.º Cuando exista conflicto de intereses entre la persona con discapacidad y la que haya de prestarle apoyo. 3.º Cuando, durante la tramitación de la excusa alegada por el curador, la autoridad judicial lo considere necesario. 4.º Cuando se hubiere promovido la provisión de medidas judiciales de apoyo a la persona con discapacidad y la autoridad judicial considere necesario proveer a la administración de los bienes hasta que recaiga resolución judicial. 5.º Cuando la persona con discapacidad requiera el establecimiento de medidas de apoyo de carácter ocasional, aunque sea recurrente (...)”.

medida de apoyo para un acto determinado y concreto (admitiendo la recurrencia ex art. 295.5 CC) y, por tanto, dicha institución responde a los principios de necesidad y proporcionalidad que exige la nueva normativa, quedando limitada la medida a lo estrictamente necesario. En este caso, se configura como una herramienta ágil y sencilla que anteriormente requería de la previa incapacitación del sujeto.

4.2. OBLIGACIONES Y CAUSAS DE REMOCIÓN DEL DEFENSOR JUDICIAL

Como ocurre con otros aspectos de esta reforma, las obligaciones concretas del DJ no se encuentran definidas con claridad en la nueva regulación, sino que de manera somera se limita, en su art. 297 CC, a referenciar los criterios generales de todas las personas que prestan medidas de apoyo, es decir, actuar respetando la voluntad, deseos y preferencias de la persona sometida a la medida, con la finalidad de ayudar en la toma de decisiones, permitiendo el pleno desarrollo de la misma en igualdad de condiciones y con respeto a su dignidad, así como a sus derechos fundamentales y siempre adecuándose a los principios de proporcionalidad y necesidad (art. 249 CC)⁵⁸.

En lo referente a las causas de inhabilidad, excusa y remoción, serán de aplicación las reglas establecidas para el curador, en virtud del art. 297 y en relación con los arts. 275, 278 y 279 CC. Por tanto, se impide el nombramiento de defensor judicial, entre otros supuestos, a las personas que han sido excluidas en escritura pública, e incluso en la propia audiencia de designación⁵⁹, para ocupar ese cargo por la persona necesitada de la medida de apoyo.

⁵⁸ Afirma, TORAL LARA, E: "El defensor judicial de las personas con discapacidad", Dir. DE VERDA Y BEAMONTE, J.R, en *La discapacidad: Una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Tirant lo Blanch, Valencia 2022, pp. 323-324.

⁵⁹ Comparte esta opinión, ÁLVAREZ LATA, N: "Defensor judicial de la persona con discapacidad", Dir. GUILARTE-MARTÍN CALERO, C, en *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra 2021, p. 845.

CAPÍTULO III: CAMBIOS PROCEDIMENTALES PARA LA DETERMINACIÓN Y ADOPCIÓN DE LAS MEDIDAS DE APOYO

La ratificación por parte de España de la CDPD requiere, como no podía ser de otra manera, un cambio en el aspecto procesal en lo referente a las personas con discapacidad y una adaptación de nuestra legislación interna, como exige el art. 13 CDPD que impone garantizar el acceso a la justicia a las personas con discapacidad “*en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares*”.

La Ley 8/2021 afecta, en materia procesal, sobre la LEC y la LJV, cuya reforma va encaminada, sin perjuicio de las importantes modificaciones procedimentales, a garantizar el acceso y participación en igualdad de condiciones de las personas con discapacidad en los expedientes de jurisdicción voluntaria, así como en los procedimientos judiciales, que van más allá de meras adaptaciones terminológicas. Para adecuar la normativa procesal a esos cánones que establece la CDPD, se modifican los arts. 7 bis LJV y LEC con el fin de reconocer capacidad procesal a todas las personas y asegurar la intervención de todas ellas no sólo desde la perspectiva de parte en el proceso, sino alcanzando todas las esferas procesales (testigo, perito...). Para lograr la no discriminación por razón de discapacidad, se establece en dichos preceptos la necesidad de llevar a cabo dentro de las diferentes fases y actuaciones procesales, incluyendo los actos de comunicación, “*las adaptaciones y los ajustes que sean necesarios para garantizar su participación en condiciones de igualdad*”. El encargado de llevar a cabo todas las adecuaciones necesarias para el pleno entendimiento y participación de la persona con discapacidad será el LAJ, como se desprende del art. 42 bis a).5 en relación con el art. 7 bis LJV. La encomendación de esta tarea en el LAJ en lugar de en el juez o el MF radica, en opinión de ALVENTOSA DEL RÍO, “*para no comprometer la imparcialidad del primero y porque el segundo puede ser el promotor del procedimiento, y, por tanto, podría haber conflicto de intereses*”.⁶⁰

⁶⁰ ALVENTOSA DEL RÍO, J, en *La curatela tras la Ley 8/2021*, Tirant lo Blanch, Valencia 2022, p. 201.

Se introducen cambios, entre otros, en los arts. 42 bis a), b) y c) LJV introduciendo los nuevos expedientes de medidas de apoyo judiciales, así como el proceso de extinción de los denominados poderes preventivos (art. 51 bis LJV), el procedimiento de autorización judicial para llevar a cabo ciertos actos regulados en el arts. 61 a 66 LJV, modificación del expediente de nombramientos del defensor judicial y comparecencia en juicio (arts. 27 y ss. LJV) y se suprime en la LEC el proceso sobre capacidad de las personas y se introduce el procedimiento para la adopción de medidas de apoyo, revisión de las mismas y adopción de medidas cautelares (arts. 756 y ss. LEC).

1 NUEVO MODELO DUAL PARA LA PROVISIÓN DE APOYOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Es necesario, antes de iniciar el desarrollo de las cuestiones procesales en lo referente a la medidas de apoyo para personas con discapacidad, entender que la nueva regulación se apoya, entre otros, en dos principios o ejes informadores esenciales. El primero de ellos es el principio de autonomía personal, que se refleja claramente en las instituciones estudiadas hasta el momento, mientras que el segundo es el principio de desjudicialización.

Para conseguir esa desjudicialización que consagra el art. 255 CC, el mismo nos otorga un sistema preferentista que da prevalencia, en primer lugar, a las medidas de apoyo voluntarias otorgadas por el propio discapacitado. En segundo lugar, en ausencia de las anteriores, entraría en juego la figura del guardador de hecho y, solamente, ante la inexistencia de este o cuando resulte insuficiente, el precepto nos da la posibilidad de acudir a la vía judicial para adoptar medidas de apoyos judiciales complementarias o supletorias.⁶¹

El nuevo sistema procedimental para la adopción de medidas de apoyo a personas con discapacidad opta por un sistema dual que otorga preferencia a la jurisdicción voluntaria frente a la vía contenciosa, de tal manera, que será preciso agotar la primera vía para poder acudir a la segunda. Solamente, cuando se formule oposición o imposibilidad en la finalización

⁶¹ Afirma, en este sentido, URBANEJA SANTOS, F: "Reforma de la Ley de Jurisdicción Voluntaria", Dir. DE VERDA Y BEAMONTE, J.R, en *La discapacidad: Una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Tirant lo Blanch, Valencia 2022, pp. 745-746.

del expediente de jurisdicción voluntaria o, incluso, para aquellos supuestos que concluido el expediente sea necesario con posterioridad modificar o revocar el mismo, es decir, como vía de revisión del expediente de jurisdicción voluntaria, será posible acudir al proceso contencioso, por tanto, se excluye la posibilidad de acudir al contradictorio sin acudir con anterioridad a la jurisdicción voluntaria.⁶²

2 EXPEDIENTE DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA COMO VÍA PRINCIPAL PARA LA CONSTITUCIÓN DE LAS MEDIDAS DE APOYO JUDICIALES

2.1. COMPETENCIA, LEGITIMACIÓN Y POSTULACIÓN

En lo referente a la competencia para conocer del expediente de provisión de medidas de apoyo judiciales, se encuentra recogido en diferentes preceptos de la LJV. La regla que trasladan los diferentes artículos de dicha norma atribuyen la competencia en el Juzgado de Primera Instancia del lugar de residencia habitual de la persona con discapacidad. Así se desprende, entre otros, de los arts. 42 bis a) y 43 para el expediente de provisión de medidas de apoyo, así como para las revisiones posteriores. Del mismo modo, lo determinan los arts. 62 y 87 cuando lo que se solicita es una autorización judicial para determinados actos de disposición, gravamen u otros, o cuando se solicitan medidas de control, ya sea en el ejercicio o administración de los bienes, por considerarlas contrarias a la voluntad del discapacitado.

La legitimación para incoar los diferentes expedientes relativos a las medidas de apoyo judiciales varía en función del procedimiento en cuestión.

En lo relativo a la legitimación sobre el expediente de habilitación y nombramiento del defensor judicial en lo referente a personas con discapacidad, como medida de apoyo temporal, el precepto 28 LJV otorga la misma al MF, al propio discapacitado o a cualquier otra persona que actúe en interés de la persona con discapacidad. No obstante, cuando el nombramiento del defensor judicial se lleve a cabo como una medida de apoyo autónoma al

⁶² ROCA MARTINEZ, J. M.ª: “Sistemas procesales para la provisión de apoyos en el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad: Dualidad proceso contencioso-expediente de jurisdicción voluntaria”, Dirs. DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y y QUESADA SÁNCHEZ, A.J, en *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio*”, Atelier, Barcelona, 2022, pp. 598-599.

amparo del art. 295.5 CC, el procedimiento para ello se seguirá por los cauces del art. 42 bis y ss. LJV y, por tanto, la legitimación para incoar este expediente será más restringida, eliminando la posibilidad de que cualquier persona que actúe en interés del discapacitado pueda instar el mismo.⁶³

Para los casos en los que estemos instando el expediente de provisión de medidas de apoyo judiciales de carácter estable (curatela), la legitimación para iniciar el mismo vendrá atribuida al MF, al propio discapacitado, a su cónyuge no separado legalmente o de hecho o persona de análoga relación de afectividad (parejas de hecho o uniones estables), así como a sus ascendientes, descendientes o hermanos (art. 42 bis a).

En los supuestos en que sea necesario nombrar un nuevo curador (por fallecimiento o remoción del anterior), el art. 45 legitima para iniciar el expediente a las mismas personas que describimos con anterioridad para incoar el expediente de provisión de medidas. Sin embargo, cuando lo que pretendemos es instar el propio expediente de remoción del curador, en estos casos, la legitimación ya no sólo se otorga a las personas antes citadas, sino que en este supuesto, estará legitimada también cualquier persona interesada en el asunto, como se desprende del art. 49.

Cuando lo que se pretenda solicitar es la extinción de los poderes preventivos otorgados por la propia persona necesitada de la medida, la legitimación es otorgada a todas las personas que pueden iniciar el expediente de provisión de medidas de apoyo judiciales (art. 42 bis a), así como al propio curador si existiera (art. 51 bis).

En lo referente a la guarda de hecho, figura de escasa regulación en la LJV, tenemos varios procedimientos que hacen relación a la misma y que se encuentran regulados en distintos preceptos. Uno de ellos hace referencia al expediente de establecimiento de medidas judiciales de vigilancia y control, regulado en el art. 52. En el mismo, están legitimados para dicha solicitud el MF, la propia persona necesitada de las medidas y cualquier persona interesada. Otro de los expedientes al respecto, lo encontramos contemplado en el art. 62 y hace mención a la legitimidad para solicitar autorización judicial para determinados actos de disposición o gravamen que afectan a los derechos o patrimonio de la persona con

⁶³ En el mismo sentido, TORAL LARA, E: "El defensor judicial de las personas con discapacidad", Dir. DE VERDA Y BEAMONTE, J.R, en *La discapacidad: Una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Tirant lo Blanch, Valencia 2022, pp. 302-303.

discapacidad (también aplicable a la figura del curador), proporcionando la misma al propio discapacitado, a la persona que presta el apoyo o al administrador de los bienes en el caso de existir. Finalmente, sobre la posibilidad de solicitar medidas de protección cuando nos encontremos ante una inadecuado ejercicio de la potestad de guarda o de administración de los bienes, la legitimación para iniciar la misma le corresponde al MF, al propio discapacitado, a cualquier pariente o a cualquier persona interesada (art. 87).⁶⁴

Uno de los datos curiosos acerca de la legitimación, lo encontramos en el expediente de remoción con respecto a la extinción de poderes, pues aunque en ambos casos las causas para poder iniciar el procedimiento son las mismas, en lo referente a la legitimación, no se traslada a los mismos sujetos, sino que excluye en la extinción de poderes preventivos a cualquier persona interesada.

Como se puede desprender, la LJV otorga diferente legitimación en función del expediente de jurisdicción voluntaria sobre el que versa la solicitud. En ocasiones resulta confusa su regulación, lo que puede ser criticable si tenemos en cuenta que, como veremos a continuación, la mayoría de los expedientes se permiten incoar sin necesidad de abogado y procurador, lo que puede provocar una dificultad extra para un lego en derecho, dando lugar en la práctica a la imposibilidad de iniciar un expediente por su cuenta.

En lo relativo a la postulación, la regla general para incoar e intervenir en la mayoría de los expedientes de jurisdicción voluntaria sobre medidas de apoyo judiciales, es la no intervención preceptiva de abogado y procurador (arts. 28.3), aunque no sea recomendable acudir sin estos profesionales debido a la falta de sencillez de estos procedimientos. No obstante, como toda regla general no está exenta de excepciones. Para los supuestos de los expedientes de autorización o aprobación judicial para la realización de determinados actos cuando la valoración de los mismos superen la cantidad de 6.000 euros o cuando la complejidad del acto así lo requiera a juicio de la autoridad judicial (art. 62.3), así como para la extinción de poderes preventivos y el expediente de remoción del tutor, curador o defensor judicial, es necesaria la intervención de abogado, pero no de procurador (arts. 32 y 43.3).

⁶⁴ En el mismo sentido, CALAZA LÓPEZ, S: "Expediente de jurisdicción voluntaria en materia de discapacidad: ¿era necesario confeccionar tantos «trajes a medida» procesales para único abrigo sustantivo?" Dirs. DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y y QUESADA SÁNCHEZ, A.J, en *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio*", Atelier, Barcelona, 2022, pp. 627-630.

2.2. PROCEDIMIENTO

El procedimiento para establecer medidas de apoyo judiciales para las personas con discapacidad y siempre que no exista oposición a las mismas, lo que trasladaría la constitución de las medidas a la vía contenciosa, encuentra su regulación en los art. 42 bis y ss. LJV, a excepción de lo relativo al defensor judicial que, principalmente, se establece en los arts. 27 y ss. LJV.

El panorama actual, dista mucho de simplificar y facilitar el establecimiento de las medidas de apoyo, pues lo razonable sería, como abogan ciertos autores,⁶⁵ apostar por la unificación de todos los procedimientos relativos a estas cuestiones en un solo expediente, permitiendo con ello la agilización del proceso, un mayor claridad y concreción y, por último, por economía procesal. Actualmente nos encontramos con un expediente diferente para cada una de las cuestiones que se pueden plantear en materia de discapacidad: provisión de medidas de apoyo (art. 42 bis); nombramiento de un nuevo curador por fallecimiento o remoción del anterior (arts. 44 y 45); para el expediente que determine la remoción del curador (art. 49); la extinción de poderes preventivos (art. 51 bis); para las medidas de vigilancia y control del guardador de hecho (art. 52); autorización judicial para la realización de determinados actos jurídicos (arts. 61 y ss.); para la determinación de medidas de protección ante un ejercicio inadecuado en la guarda o administración de bienes del discapacitado (arts. 87 y ss.).

Para finalizar, la resolución judicial que acuerde las medidas adoptará la forma de auto. Por supuesto, esta resolución será siempre revisable si cambian las circunstancias que dieron lugar a la constitución de la medida. De igual modo, se impone al juzgador la revisión de las medidas impuestas en un plazo máximo de 3 años, aunque si bien es cierto, se permite para situaciones excepcionales y con la correspondiente motivación por parte de la autoridad judicial, ampliar dicho plazo máximo hasta los 6 años (art. 268 CC), sin perjuicio de la potestad que se otorga a las partes legitimadas para iniciar la solicitud de provisión de medidas de

⁶⁵ Afirman, CALAZA LÓPEZ, S: “Expediente de jurisdicción voluntaria en materia de discapacidad: ¿era necesario confeccionar tantos «trajes a medida» procesales para único abrigo sustantivo?” Dirs. DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y y QUESADA SÁNCHEZ, A.J, en *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Atelier, Barcelona, 2022, pp. 633-638; ROCA MARTINEZ, J. M.^a: “Sistemas procesales para la provisión de apoyos en el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad: Dualidad proceso contencioso-expediente de jurisdicción voluntaria”, Dirs. DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y y QUESADA SÁNCHEZ, A.J, en *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Atelier, Barcelona, 2022, pp. 602-604.

apoyo judicial, así como por parte de quien ejerza el apoyo [arts. 42 bis a) y c) LJV], de solicitar la revisión las medidas antes del plazo estipulado.

2.2.1. Procedimiento de constitución de la curatela a través del expediente de jurisdicción voluntaria

El procedimiento de constitución de la curatela, como medida de apoyo judicial por excelencia, encuentra su regulación, en el ámbito de la jurisdicción voluntaria, en los arts. 42 bis y ss. de la LJV.

Para evitar resultar repetitivo y, primordialmente, por motivos de espacio, y puesto que ya se ha hecho alusión sobre ello en títulos anteriores, obviaremos volver a hacer mención sobre las cuestiones referidas a la competencia, legitimación y postulación de dicho expediente, pasando a centrarnos en cuestiones no planteadas o profundizadas con anterioridad.

El objeto de este expediente de jurisdicción voluntaria es la determinación de la necesidad de establecer medidas de apoyo de carácter estable⁶⁶ y continuado para lograr un efectivo ejercicio de la capacidad jurídica de una persona con discapacidad. Dicho de otra manera, el juzgador deberá esclarecer en el curso del expediente, tras realizar la práctica de todas aquellas pruebas que considere oportunas, si la persona con discapacidad presenta una alteración cognitiva grave y persistente que le impide la toma de decisiones en condiciones de igualdad. La constitución de la curatela a través de este expediente sólo será posible cuando no existan, o sean insuficientes, medidas de apoyo voluntarias o guardador de hecho y siempre que la persona necesitada de las mismas no se oponga a ello. Del mismo modo, será función de la autoridad judicial la determinación del alcance de dicha institución, es decir, deberá concretar aquellos actos en los que la persona con discapacidad necesita de esta medida de apoyo judicial, pudiendo alcanzar tanto actos de la esfera personal como la patrimonial. La regla general será la constitución de esta medida con carácter asistencial, pero para los casos más severos se prevé la posibilidad de constituir una curatela representativa.

⁶⁶ Estable no debe ser entendido como perpetuo. Todas las medidas de apoyo judiciales tendrán siempre un condicionante de temporalidad, bien por estar constituidas para un acto concreto y esporádico (defensor judicial) o por estar sujetas a un plazo máximo de duración tras el cual deberán ser revisadas (curador).

Una vez presentada la solicitud, la misma deberá venir acompañada, como se articula en el precepto 42 bis. b) LJV, de todos aquellos documentos, incluyendo los dictámenes periciales de profesionales sanitarios y sociales, que justifiquen la conveniencia de la constitución de la curatela, así como la proposición de práctica de pruebas que consideren oportunas, sin perjuicio de la potestad del juez de admitir a trámite o no las mismas e, incluso, de proponer de oficio aquellas que considere necesarias, en virtud del art. 5 LJV. Del mismo modo, el juez solicitará a los diferentes Registros públicos, cualquier certificación que se encuentre inscrita en los mismos y sea relevante para el caso en cuestión, pues no hay que olvidar que es posible que la persona con discapacidad haya dispuesto en escritura pública de otras medidas de apoyo de carácter voluntario y sobre las cuales el juez se encuentra vinculado a la hora de emitir la correspondiente resolución. La norma también facultad al juez la posibilidad de solicitar informes de la entidad pública territorial competente que tenga encomendadas funciones de promoción de la autonomía y asistencia a las personas con discapacidad para que le informen de las diferentes alternativas de apoyo a las medidas solicitadas.

Admitida a trámite la solicitud, será función del LAJ convocar para su comparecencia a la persona con discapacidad, al MF y, en su caso, a las personas con legitimación para promover el expediente, para ser oídas. Asimismo, se practicarán las pruebas pertinentes y se informará, por parte de la autoridad judicial, a la persona con discapacidad de aquellas otras medidas de apoyo alternativas a las propuestas en el expediente.

La finalización del procedimiento puede ocurrir por varias vías: la primera de ellas, radica en la aceptación por parte de la persona discapacitada de aquellas otras medidas alternativas propuestas por el juez durante su comparecencia, en ese caso, dicha aceptación provoca la finalización del expediente [art. 42 bis b).4]; la segunda de las posibilidades, no exenta de controversia y que analizaremos separadamente a continuación, provoca la terminación del procedimiento por causa de oposición a la medida de apoyo judicial [art. 42 bis b).5]; por último, el expediente finalizará por medio de auto decretando la constitución de la curatela, sin perjuicio de la facultad de impugnar el mismo por parte de cualquier persona que se considere perjudicada por la medida (art. 20.2 LJV).

Se merece una consideración especial el supuesto de terminación del expediente de medidas de apoyo judiciales por oposición a las mismas del art. 42 bis b).5 y que provoca la apertura de la vía contenciosa, regulado, como se explicará más adelante, en los arts. 756 y ss. LEC. La cuestión que suscita especial interés es la imposibilidad de continuar el expediente por la oposición, no sólo de la persona con discapacidad, sino del MF o de

cualquier otra de las personas interesadas en la medida. Esto parece contradecir los principios rectores de la reforma que abogan, siempre, por el respeto de la voluntad, deseos y preferencias del discapacitado, pues la voluntad de un tercero puede hacer doblegar la de la propia persona con discapacidad, obligándola a acudir, innecesariamente, a la vía del contencioso si quiere hacer prevalecer sus deseos.⁶⁷ No obstante, no se considerará oposición, como manifiesta dicho precepto, la mera oposición al nombramiento de una persona concreta como curador. Del mismo modo, se permite a la autoridad judicial decretar, provisionalmente, durante un plazo máximo de 30 días, aquellas medidas de apoyo que considere convenientes.

2.2.2. Procedimiento para el nombramiento del Defensor Judicial

El procedimiento para el nombramiento del defensor judicial se encuentra regulado en los arts. 27 y ss. LJV.

La competencia para conocer de este expediente se atribuye al LAJ del JPI del domicilio o residencia habitual de la persona con discapacidad (o menor cuando proceda) en el art. 28 LJV. No obstante, como excepción a la regla general, la competencia para el nombramiento recaerá en la autoridad judicial en lugar del LAJ, como indica TORAL LARA *“cuando la competencia no venga atribuida expresamente al citado letrado y el expediente afecte al interés público, al estado civil de las personas, se precise la tutela de normas sustantivas o que puedan deparar actos de disposición, reconocimiento, creación o extinción de derechos subjetivos, así como cuando afecten a los derechos de menores o personas con discapacidad con medida de apoyo”*⁶⁸ en virtud de lo establecido en el art. 2.3 LJV.

El objetivo de este expediente es decretar si se dan algunos de los presupuestos que establece el art. 295 CC⁶⁹ y, por tanto, es necesario constituir la figura del DJ como medida

⁶⁷ En este sentido, CALAZA LÓPEZ, S: “Expediente de jurisdicción voluntaria en materia de discapacidad: ¿era necesario confeccionar tantos «trajes a medida» procesales para único abrigo sustantivo?” Dirs. DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y y QUESADA SÁNCHEZ, A.J, en *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Atelier, Barcelona, 2022, pp. 636.

⁶⁸ TORAL LARA, E, *op.cit.*, p. 302.

⁶⁹ Son causas para su nombramiento: la imposibilidad de prestar el apoyo por quien deba hacerlo, el conflicto de intereses entre discapacitado y prestador de apoyos, la necesidad del nombramiento durante la tramitación de la excusa alegada por el curador, para la administración de bienes durante la tramitación del expediente de medidas de apoyo o cuando la medida de apoyo necesaria sea ocasional para un acto concreto.

de apoyo judicial para complementar la capacidad del discapacitado en un supuesto concreto y puntual, en defecto o insuficiencia de medidas voluntarias o de un guardador de hecho.

El procedimiento se inicia de oficio o a instancia del MF o de parte, bien por el propio sujeto afectado o por cualquier persona que actúe en defensa de los intereses de este. Para este procedimiento, no será preceptiva la intervención de abogado y procurador (art. 28.3 LJV⁷⁰). Una vez iniciado el mismo, se convocará para que comparezca: a la persona afectada; a quien haya solicitado la medida, para los casos en que la misma no haya sido iniciada por el propio afectado; a todas aquellas personas que puedan constar como interesadas en el expediente; y al propio Ministerio Fiscal (art. 30 LJV). No obstante, la legitimación para presentar dicha solicitud se reduce en los supuestos en los que el defensor judicial se configure como medida principal y autónoma, en virtud del ya citado art. 295.5 CC. Ante esta premisa, debemos acudir a lo establecido en el precepto 42.bis LJV, donde nos indica, entre otras cosas, los sujetos legitimados para presentar solicitudes de medidas de apoyo de carácter estable, ya que en este supuesto, se entiende recurrente como sinónimo de estabilidad, reduciendo la legitimación a *“el Ministerio Fiscal, la propia persona con discapacidad, su cónyuge no separado de hecho o legalmente o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable y sus descendientes, ascendientes o hermanos”*. Por tanto, se elimina la posibilidad de que un tercero que actúe en defensa de los intereses del afectado por la medida pueda iniciar el procedimiento de nombramiento del DJ.

Una vez presentada la solicitud, se convocará a la persona discapacitada para ser oída, así como a aquellas personas que manifiesten su voluntad de ser oídas. Si la persona con discapacidad se opone a la proposición manifestada por la autoridad competente, se pone fin al expediente de jurisdicción voluntaria, quedando abierta la vía contenciosa para iniciar un procedimiento de provisión de medidas de apoyo.

Finalmente, es preciso matizar que, aunque no se diga en la norma de manera expresa, nada impide que la propia persona necesitada de la figura, hubiese previsto con anterioridad esta situación y nombrado a quién desearía que fuera su DJ llegado el momento a través de escritura pública, como medida de apoyo de carácter voluntario, en virtud del art.

⁷⁰ Artículo 28.3 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria: *“En la tramitación del presente expediente no será preceptiva la intervención de Abogado ni Procurador.”*

255 CC⁷¹, lo que supondría, inicialmente, prevalencia sobre la opinión de la autoridad judicial, puesto que sólo podría oponerse a tal asignación cuando existan circunstancias graves y desconocidas para la persona sometida a la medida que desaconsejen el cumplimiento del mandato (art. 272 CC).

3 VÍA CONTENCIOSA PARA LA DETERMINACIÓN DE MEDIDAS JUDICIALES DE APOYO

La reforma operada por la Ley 8/2021 suprime el procedimiento judicial de incapacitación, así como la patria potestad prorrogada y rehabilitada y, por consiguiente, elimina la institución tutelar dentro del ámbito de la discapacidad, quedando reservada la misma únicamente respecto de los menores, sustituyendo todo lo anterior por el nuevo sistema de apoyos a la persona con discapacidad.

El procedimiento contencioso se reserva como vía judicial subsidiaria a la jurisdicción voluntaria, permitiendo su acceso por los motivos tasados que hemos explicado con anterioridad y que encuentran su regulación en los arts. 756 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin perjuicio de las disposiciones generales que son de aplicación a este tipo de procedimientos y que se encuentran reguladas en los arts. 748 a 755 LEC (intervención del MF, postulación, prueba, tramitación, etc.).

El objetivo de esta vía es determinar si es preciso la constitución de la curatela, cuando se haya formulado oposición en el expediente de jurisdicción voluntaria, como se desprende del propio art. 756 LEC.

A continuación, pasaremos a hacer una explicación detallada de todo el proceso contencioso de adopción de medidas judiciales de apoyo judiciales.

⁷¹ En el mismo sentido se pronuncia, ÁLVAREZ LATA, N: "Defensor judicial de la persona con discapacidad", Dir. GUILARTE-MARTÍN CALERO, C, en *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra 2021, pp. 842-845.

3.1. COMPETENCIA, LEGITIMACIÓN Y POSTULACIÓN

Una vez más, como ocurre en el proceso de jurisdicción voluntaria, la competencia objetiva y territorial viene atribuida al Juzgado de Primera Instancia del lugar donde la persona con discapacidad tenga su residencia habitual, en virtud de los arts. 52.1.5º y 756 LEC. La realidad es que art. 756 LEC no hace referencia a la residencia habitual, sino que le otorga competencia a la “*autoridad judicial que conoció del previo expediente de Jurisdicción Voluntaria (...)*”, pero por remisión de las normas de competencia de la LJV y del art. 52.1.5º LEC antes citado, en ambos casos será necesario tomar como consideración la residencia habitual del discapacitado ([art. 42 bis a).3 LJV]. No obstante, es posible que la persona cambie de residencia y que la misma no se corresponda con el juzgado que conocido en el expediente de jurisdicción voluntaria, esta precisión ha sido contemplada en el art. 756.3 LEC estableciendo que prima el fuero de la residencia habitual actual de la persona con discapacidad con anterioridad a la vista del juicio, por tanto, se configura como una excepción de la *perpetuatio iurisdictionis* que consagra el art. 411 LEC. Del mismo modo, aunque en dicho precepto (art. 756 LEC) no se pronuncia sobre la cuestión, se descarta la posibilidad de renuncia del fuero a través de la sumisión, tanto expresa como tácita, por imposición del art. 54.1 en relación con el art. 52.1.5º LEC.

En cuanto a la legitimación activa, la misma corresponde a la propia persona interesada, a sus ascendientes, a sus descendientes, a sus hermanos o a su cónyuge no separado de hecho o legalmente o quien ostente una posición similar, así como al propio MF (art. 757 LEC). En principio, en lo referente a la legitimación pasiva, la misma corresponde a la propia persona con discapacidad, siempre que no sea ella misma quien haya incoado el procedimiento (art. 758 LEC).⁷²

Para finalizar, en lo relativo a la postulación, el art. 750 LEC establece la intervención preceptiva de procurador y abogado, con excepción de aquellos supuestos en que el MF deba actuar en defensa de las partes. Debemos entender que en este punto el legislador ha contemplado dos posibles escenarios. El primero de ellos radica en la posibilidad de que la

⁷² Afirma, DAMIÁN MORENO, J: “La adopción de medidas de apoyo a las personas con discapacidad”, *Anuario de derecho civil*, vol. 75, núm. 2, 2022, pp. 410-414.

persona con discapacidad tenga la suficiente capacidad para comprender perfectamente el procedimiento en cuestión, en ese caso, se permite que actúe a través de su propia defensa y representación. El segundo de los escenarios es totalmente opuesto, para los supuestos en que las facultades del discapacitado le impidan comprender la demanda o cuando adopte una actitud pasiva frente a la misma. En esta situación, la legislación otorga dichas funciones al MF o al defensor judicial para aquellas situaciones en que el procedimiento ha sido promovido por el propio MF (art. 8 LEC). Por tanto, con esta medida, se impide la rebeldía en este tipo de procesos y se garantiza que siempre exista una persona que se persone en el procedimiento y defienda los intereses del discapacitado (art. 758.2 LEC).

3.2. PROCEDIMIENTO

Nuevamente, como ocurría en el ámbito de la jurisdicción voluntaria, el art. 758.1 en relación con el art. 7 bis LEC, garantiza la plena participación de las personas discapacitadas en todo el procedimiento judicial. Para ello, vuelve a encomendar al LAJ las labores necesarias para asegurar el entendimiento y participación en condiciones de igualdad de estas personas.

El proceso de adopción de medidas judiciales de apoyo se sustanciará por los cauces del juicio verbal, sin perjuicio de las particularidades que se establecen para este tipo de procedimientos en la propia LEC (art. 753). Este proceso tendrá la consideración de preferente, pero solamente cuando las medidas de apoyo solicitadas lleven aparejadas funciones de representación (curatela representativa), ex art. 753.3 LEC.

La adopción de medidas de apoyo se inicia a través de la presentación de la correspondiente demanda, como se desprende del precepto antes citado. Al no establecer ningún requisito especial en lo referente a su contenido, acudiremos al criterio general del art. 399 LEC. La misma deberá establecer, entre otros, los datos de las partes, domicilio o residencia de los mismos, exposición de los hechos, fundamentos de derecho y el *petitum* de la demanda de manera clara y concreta, que en este tipo de procedimientos versará sobre la procedencia o no de la constitución de las medidas de apoyo, así como la posibilidad de incluir en este tipo de procesos el nombramiento de un curador concreto. En lo referente a los documentos que deben acompañar la demanda, sorprendentemente, el art. 756 LEC, a diferencia de lo que ocurre en la jurisdicción voluntaria ex art. 42 bis b).1 LJV, no impone la presentación por parte del demandante de “*los documentos que acrediten la necesidad de la*

adopción de medidas de apoyo, así como un dictamen pericial de los profesionales especializados de los ámbitos social y sanitario que aconsejen las medidas de apoyo (...)". Por ende, ya que la LEC es supletoria a la LJV y no a la inversa, debemos acudir a los criterios generales del art. 264 y ss. LEC y, aunque no se impone la presentación de los mismos, tampoco se proscribe, siendo recomendable la presentación de estos, en caso de poseerlos, para dar mayor validez y fundamento a nuestra petición. Sin embargo, como veremos a continuación, se impone al juzgador, desde la perspectiva probatoria, recabar de oficio el informe de estos profesionales (art. 759 LEC).

Una vez presentada la demanda, el LAJ dará traslado de la misma al MF y al resto de partes del proceso, incluidas aquellas personas que aún no habiendo sido demandadas deban ser parte del mismo conforme a la ley, para que contesten a la misma en el plazo de 20 días (art. 753.1 LEC). De este precepto debemos extraer dos matizaciones. La primera de ellas hace mención al traslado al MF, pues el propio precepto establece la necesidad "*cuando proceda*", pero la realidad es que por mandato legal del art. 749.1 LEC, la intervención del MF en este tipo de procedimientos es siempre preceptiva, por consiguiente, procederá el traslado de la demanda siempre. La segunda de las matizaciones es sobre qué debemos entender o a quién hace referencia el precepto cuando establece "*y a las demás personas que, conforme a la ley, deban ser parte en el procedimiento, hayan sido o no demandados*". En este caso, el precepto pretende eliminar situaciones de desigualdad entre familiares del propio discapacitado, permitiendo que puedan participar en el proceso. Asimismo, para los supuestos en que no sólo se soliciten medidas de apoyo, sino que en la petición incluya el nombramiento de un curador determinado, se da la posibilidad a este para que pueda personarse y alegar las cuestiones que considere pertinentes.

Admitida a trámite la demanda, el LAJ solicitará a los diferentes Registro públicos, las certificaciones que pudiera estar inscritas en los mismos, con el fin de corroborar la inexistencia de medidas de apoyo voluntarias por parte de la persona con discapacidad.

Desde la perspectiva probatoria, sin perjuicio de las que pudieran haber solicitado las partes, el art. 752 LEC otorga al juez la potestad para decretar de oficio la pruebas que considere oportunas para el esclarecimiento de tantas cuestiones sean necesarias para determinar si existe necesidad o no de establecer medidas de apoyo judiciales, si las solicitadas son o no desproporcionadas y, entre otras cuestiones, el alcance de las mismas. Por otra parte, el art. 759 LEC impone al juzgador la práctica de una serie de pruebas: la entrevista con el propio discapacitado, cuya finalidad de la misma es la apreciación por parte del juez de las capacidades volitivas y cognitivas del sujeto para así dilucidar sobre la

capacidad de autogobierno del mismo, tanto en la esfera personal como en la patrimonial; audiencia al cónyuge no separado legalmente o de hecho o a la persona que se encuentra en una situación análoga, así como a los parientes del discapacitado más próximos, a excepción de aquellos supuestos en los cuales el proceso se haya iniciado a instancia de la persona con discapacidad, siempre que la misma solicite dicha exclusión; por último, deberá recabar los dictámenes periciales necesarios emitidos por los profesionales del ámbito social y sanitario, así como aquellos emitidos por otros profesionales especializados y considere oportunos, con el fin de valorar la necesidad o no de las medidas de apoyo.

3.2.1. Sentencia

En lo referente a la sentencia judicial, el art. 760 LEC hace una breve referencia sobre la misma, sin determinar el tipo de medidas de apoyo que puede decretar el juzgador, sino que nos remite a lo establecido en el normativa civil al respecto, debiendo la sentencia ser conforme a las posibilidades y exigencias que establece el mismo.

No cabe duda que la decisión tomada debe cumplir con los principios de necesidad y proporcionalidad, tanto en lo referente a la adopción de las medidas, pues debe respetar la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, como en lo relativo a la concreción de estas, siendo necesaria la determinación de aquellos actos que se verán afectados por la sentencia. Del mismo modo, será necesario que la resolución determine la periodicidad de las medidas, estableciendo los plazos de revisión de las mismas conforme a los criterios establecidos en el Código Civil, que ya han sido analizados con anterioridad, matizando que dichas revisiones se llevarán a cabo a través del correspondiente expediente de jurisdicción voluntaria, quedando, una vez más, reservado el proceso contencioso para los supuestos de oposición o cuando no hubiese sido posible resolver el mismo.

En aquellos supuestos en que se hubiere solicitado también el nombramiento del curador, por medio de la acumulación objetiva de pretensiones, la sentencia se pronunciará al respecto nombrando a la persona correspondiente, sin perjuicio de la posibilidad de ejercer la acción de remoción contra el mismo si fuera necesario. Todo ello se tramitará, como ocurre con la revisión de las medidas y para los supuestos en que no se hubiere solicitado tal nombramiento, a través del expediente de jurisdicción voluntaria pertinente.

Contra la sentencia de primera instancia cabe recurso de apelación, con la especialidad de que en este tipo de procedimientos de adopción de medidas de apoyo para personas con discapacidad, será necesario llevar a cabo, nuevamente, la practica de las

pruebas preceptivas que impone el art. 759.1 (art. 759.4 LEC). Una vez que la sentencia adquiere firmeza, deberá, por mandato del art. 222.3.II CC, ser inscrita en el RC para que la misma tenga efectos *erga omnes* a partir de su inscripción en el mismo.

CAPÍTULO IV: ANÁLISIS DE ALGUNOS PRONUNCIAMIENTOS JUDICIALES RELEVANTES EN MATERIA DE APOYO A LA DISCAPACIDAD DESDE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY 8/2021

Una vez analizada la parte teórica de la nueva regulación, es preciso hacer una breve valoración de las diferentes consecuencias prácticas, no exentas de polémicas, que han ido surgiendo tras la publicación de las diferentes sentencias sobre la materia.

Es cierto que como todo cambio normativo, más si es de este calado, es necesario que se asienten las bases jurídicas que determinen y esclarezcan las cuestiones más controvertidas de la nueva regulación y, sobre todo, de los límites que operan en cada una de las instituciones jurídicas relativas al ámbito de la discapacidad.

En este breve capítulo, intentaremos dar respuesta a cuestiones tan complicadas como: ¿se puede ir en contra de la voluntad de la persona con discapacidad y constituir una medida de apoyo?; ¿en qué situaciones debe entenderse que la guarda de hecho no funciona correctamente y es preciso constituir medidas de apoyo formales?; ¿existe la posibilidad de acudir al interés superior del discapacitado?; ¿cuáles son los límites en la constitución de las medidas de apoyo judiciales?.

A lo largo de este trabajo, hemos definido uno de los principios rectores sobre los que versa la nueva regulación, el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad. Lo importante en este momento es dar respuesta a dos de las preguntas que planteamos anteriormente, ¿sería posible, en base a la nueva normativa, oponerse a la voluntad del discapacitado y constituir medidas de apoyo en contra de la decisión de este? y, por tanto, ¿es posible acudir (volver) al interés superior de la persona con discapacidad, aun siendo este, aparentemente contrario al art. 12 CDPD?.

La respuesta a esta pregunta la encontramos en diferentes resoluciones judiciales de vital importancia. La STS 589/2021 de 8 de septiembre de 2021⁷³ sentó la base para la constitución de medidas de apoyo cuando la persona con discapacidad las rechaza

⁷³ STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 589/2021, de 8 de septiembre (ROJ: 3276/2021).

expresamente, lo que supone una conculcación de la voluntad de este. En esta sentencia, el tribunal se apoya en la obligación de determinar las medidas cuando la propia enfermedad (síndrome de Diógenes) del sujeto le impide ser consciente de la necesidad de la medida y provoca un grave deterioro personal que le imposibilita a relacionarse con las personas de su entorno, pues entiende el tribunal que *”No intervenir en estos casos, bajo la excusa del respeto a la voluntad manifestada en contra de la persona afectada, sería una crueldad social, abandonar a su desgracia a quien por efecto directo de un trastorno mental no es consciente del proceso de degradación personal que sufre.”*. La Audiencia Provincial de Asturias⁷⁴ aboga por una solución similar al constituir una curatela asistencial sobre una persona que presenta un cuadro clínico de *“trastorno de la personalidad y mental debido al consumo de opiáceos”*, la sentencia considera que la constitución de la medida no debe ser apreciada *“como alienante de su persona, todo lo contrario, ejercitada con criterio asistencial, persigue la conservación de este estado psicopatológico de normalidad que permita al recurrente desarrollarse y participar socialmente como individuo”*. En lo referente al interés superior de la persona con discapacidad, el TS ya acudió a dicho criterio con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 8/2021 para la constitución de medidas de apoyo, teniendo en cuenta y sintetizando los principios de la CDPD. En este caso, el tribunal determinó que el interés superior debe ser considerado *“como un auténtico concepto jurídico indeterminado o cláusula general de concreción, sometida a ponderación judicial según las concretas circunstancias de cada caso” cuya finalidad no debe ser otra que la de “velar preferentemente por el bienestar de la persona afectada, adoptándose las medidas que sean más acordes a sus intereses”*.⁷⁵

Otro de los principales problemas para los distintos operadores jurídicos es determinar cuándo debemos de entender que la guarda de hecho no funciona correctamente o no es posible acogerse a dicha figura. La SJPI de Castellón de la Plana⁷⁶ determinó que la guarda de hecho no era la medida de apoyo adecuada para los supuestos en los que la persona realiza gastos desmesurados en su patrimonio, lo que determinó la constitución de la curatela representativa para evitar que la persona pudiera dilapidar todo su patrimonio por influencias indebidas externas a su entorno. Del mismo modo consideró la Audiencia Provincial de Valencia⁷⁷, al establecer que ya no era posible mantener la guarda de hecho por cuestiones

⁷⁴ SAP Asturias (Sección 5ª), núm. 471/2021, de 22 de diciembre (ROJ: SAP O 4036/2021).

⁷⁵ STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 269/2021, de 6 de mayo (ROJ: STS 1894/2021).

⁷⁶ SJPI Castellón (Número 9), núm. 324/2021, de 4 de octubre (ROJ: SJPI 1531/2021).

⁷⁷ SAP Valencia (Sección 10ª), núm. 510/2021, de 20 de octubre (ROJ: SAP V 3743/2021).

de edad, es decir, el guardador había alcanzado una determinada edad que le impedía poder ocuparse de otra persona, llegando incluso a necesitar ella misma de la ayuda de un tercero, por lo que se constituyó una curatela en favor de la hermana, de acuerdo con la voluntad manifestada por el propio discapacitado. Nuevamente, la Audiencia Provincial de Valencia constituye una curatela en favor del Instituto de Valencia de Servicios Sociales al considerar que debido al trastorno esquizoafectivo y de la personalidad que padece un sujeto y provoca episodios violentos contra los miembros de su familia, no es suficiente ni recomendable acogerse a la figura de la guarda de hecho, ni en este caso, imponer a un miembro de la familia las funciones de curador.⁷⁸

La curatela se configura como la medida de apoyo judicial de carácter estable. El propio art. 255.V CC establece que la misma se constituirá en ausencia o insuficiencia de medidas de apoyo voluntarias y cuando la guarda de hecho no sea suficiente. Del mismo modo, el art. 269.III CC establece la excepcionalidad de la curatela representativa, siendo la asistencial la regla general. Lo importante a estas alturas del trabajo es determinar en qué supuestos nuestros tribunales consideran que debe entrar en juego la excepción de la representación.

Para ello acudimos a diversas resoluciones judiciales que abren la puerta al establecimiento de la curatela representativa, como son: la SJPI de Guadalajara⁷⁹ que determinó la necesidad de establecer una curatela representativa para un supuesto de deterioro cognitivo grave que impedía a la persona regir su vida, tanto desde la perspectiva personal como en la económica, sin medidas de apoyo. En esta resolución quedó acreditada la falta de capacidad de la mujer, pues en la propia vista judicial se *“mostró desorientada, manifestando desconocer los aspectos más básicos de su vida, como el número de hijos que tiene”*, por estos motivos, la sentencia considera probada la necesidad de medidas de apoyo de carácter estable, decretando la constitución de curatela representativa para *“los actos de carácter patrimonial y económico, de naturales contractual y administrativa, así como para los actos de carácter personal y, en particular, los actos que sean necesarios para asegurar el control del tratamiento médico prescrito por los facultativos para sus enfermedades, así como los necesarios para proceder al ingreso hospitalario o internamiento en centro adecuado a sus circunstancias si fuera oportuno, cuando su estado o salud así lo requieran, siempre*

⁷⁸ SAP Valencia (Sección 10ª), núm. 440/2021, de 16 de septiembre (ROJ: SAP V 3274/2021).

⁷⁹ SJPI Guadalajara (Número 17), núm. 659/2021 de 27 de octubre (ROJ: SJPI 2537/2021).

mediando la previa autorización judicial, y en la gestión de su patrimonio”. Por otro lado, la SAP de La Coruña⁸⁰, dictaminó la compatibilidad de la curatela asistencial y representativa (mixta) si se dan las circunstancias determinadas. En este supuesto, considera suficiente establecer una curatela asistencial para los actos de control y toma de la medicación prescrita, mientras que para aquellos actos patrimoniales (actos de disposición y gestión) considera necesario acudir a la curatela representativa, excluyendo de dicho control aquello que la propia sentencia denomina “dinero de bolsillo”, es decir, atribuye a la persona con discapacidad una cantidad económica semanal (30 euros semanales) sobre los que la misma tiene plena libertad de disposición.

Para finalizar con este breve análisis jurisprudencial, considero que es de vital importancia para garantizar el respeto a la autonomía de la persona con discapacidad, esclarecer los límites de las propias medidas de apoyo, es decir, el respeto de los principios de necesidad y proporcionalidad que propugna el art. 268 CC, así como la exclusión de la constitución de medidas de apoyo cuando no se den estos presupuestos.

En referencia al respeto de los principios de necesidad y proporcionalidad, la SAP de Murcia⁸¹ revocó la constitución de una tutela dictaminada con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 8/2021, pues aunque considera que la enfermedad que padece el sujeto (esquizofrenia paranoide) provoca que este abandone el tratamiento causándole que en ocasiones sea necesario su ingreso hospitalario, esto no es motivo suficiente para constituir una curatela representativa, aunque no niega que la propia enfermedad es motivo para “una clara necesidad asistencial cuya ausencia está provocando un grave deterioro personal”, lo que motiva “la adopción de medidas asistenciales (proporcionadas y respetando la máxima autonomía de la persona), aun en contra de la voluntad del interesado”. En esta misma línea, en respeto a dichos principios y en cumplimiento con el art. 268.II CC en lo relativo a la revisión de las medidas de apoyo, sentencias como las dictadas por la Audiencia Provincial de Madrid o el Juzgado de Primera Instancia de Guadalajara, e incluso el Tribunal Supremo, establecen la necesidad de revisión de las medidas.⁸²

⁸⁰ SAP A Coruña (Sección 3ª), núm. 419/2021, de 11 de noviembre (ROJ: SAP C 2586/2021).

⁸¹ SAP Murcia (Sección 4ª), núm. 1028/2021, de 8 de octubre (ROJ: SAP MU 2429/2021).

⁸² STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 589/2021, de 8 de septiembre (ROJ: 3276/2021): “la revisión cada seis meses del resultado de las medidas y la incidencia práctica que hayan podido tener”; SAP Madrid (Sección 24ª), núm. 1050/2021, de 20 de diciembre (ROJ: SAP M 14902/2021): “se considera que el plazo de dos años a contar desde la fecha de esta sentencia es adecuado para proceder a esa revisión”; SJPI Guadalajara (Número 17), de 27 de octubre (ROJ: SJPI 2537/2021): “En el presente caso, atendidas las circunstancias personales, y la

Cuestiones más relevantes son aquellas en las que los propios tribunales dictaminan la no constitución de medidas de apoyo por considerar que no se dan los presupuestos necesarios para ellos. La SJPII de Tafalla⁸³, establece la necesidad de no dar preferencia al interés de terceras personas frente a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad. Este supuesto versa sobre la negativa de una mujer de 96 años a ingresar en una residencia frente al deseo de sus hijos. El juzgado recuerda la obligación de respetar la autonomía de la persona y la no conculcación del principio de intervención mínima, pues aunque entiende que *“es absolutamente comprensible el deseo de los hijos de la anciana de que esta ingrese en una residencia”*, no existe motivo alguno desde el punto de vista cognitivo ni volitivo que acredite *“una enfermedad que limite su capacidad de decisión; ni que se encuentre impedida para tomar sus propias decisiones”*, por tanto, *“no tiene afectadas las habilidades funcionales necesarias para ejercer el gobierno por sí misma”*, decretando en la propia sentencia que no ha lugar a la constitución de medidas judiciales de apoyo, ni mucho menos al internamiento en una residencia en contra de su voluntad. Una postura similar adopta la Audiencia Provincial de Badajoz⁸⁴ cuando considera improcedente la adopción de medidas judiciales de apoyo sobre una persona que sufre de alcoholismo crónico, pues dicha patología *“no impide que pueda gobernar su persona y patrimonio por sí misma”*, pues esta *“es consciente de su situación y pronóstico”* y comprende sin dificultad alguna *“el alcance del procedimiento en el que se encuentra inmersa, manifestando de forma clara, su oposición al mismo”*. Por estos motivos, la SAP determina que no hay motivos para la constitución de medidas judiciales de apoyo, puesto que no tiene afectada *“su plena capacidad volitiva, de obrar y decidir por sí misma. Sabe lo que tiene y sabe lo que quiere, asume sus consecuencias y toma las decisiones conforme a esa voluntad y entendimiento”*.

En cuanto a la falta de justificación que acredite la necesidad de establecer medidas judiciales de apoyo, se pronuncia la SAP de León,⁸⁵ que nos recuerda la exigencia de apreciar las circunstancias que avalan las medidas en atención a la situación actual y no teniendo en consideración parámetros pasados o futuros inciertos, pues en el caso en cuestión *“a fecha de exploración, no padece la alteración cognitiva que motivó la adopción de medidas judiciales*

naturaleza de la enfermedad de Dña. Evangelina, solo susceptible de empeoramiento, se entiende adecuado la revisión del procedimiento en el plazo máximo de SEIS años a contar desde la firmeza de la presente resolución”.

⁸³ SJPII Tafalla (Número 1), núm. 137/2021, de 22 de octubre (ROJ: 1070/2021).

⁸⁴ SAP Badajoz (Sección 3ª), núm. 219/2021, de 8 de octubre (ROJ: SAP BA 1318/2021).

⁸⁵ SAP León (Sección 2ª), núm. 283/2021, de 28 de octubre (ROJ: SAP LE 1441/2021).

de protección de su persona” y que, por tanto, no hay justificación alguna para mantener dichas medidas.

CAPÍTULO V: EFECTOS DE LA LEY 8/2021 EN LAS INCAPACITACIONES EXISTENTES CON ANTERIORIDAD A LA ENTRADA EN VIGOR DE LA NORMA. LAS DISPOSICIONES TRANSITORIAS OBJETO DE ESTE ESTUDIO Y SUS PRINCIPALES CONSECUENCIAS

Como ya hemos analizado en los capítulos anteriores de este trabajo, la nueva normativa supone la erradicación de un sistema en el que predominaba la toma de decisiones por parte de terceros cuando nos encontramos en determinados casos de discapacidad, por un nuevo modelo basado en el respeto de la voluntad, preferencias y deseos de estas personas, reconociéndoles, como regla general, capacidad plena para la toma de sus propias decisiones.

Derivado de esto, ya no es posible la incapacitación judicial, es decir, la limitación o privación de su capacidad de obrar, con carácter general. Las disposiciones transitorias de esta ley tienen como finalidad permitir la transición de la antigua normativa al modelo actual. A partir de la entrada en vigor de la norma, dejará sin efecto las privaciones de derechos, o su ejercicio, de las personas con discapacidad.

A continuación, procederé a realizar un análisis más profundo sobre el alcance de estos cambios y los efectos que produce en las antiguas instituciones.

Las consecuencias que suscita la entrada en vigor de esta norma para las personas con discapacidad que tenían fijada algún tipo de medida de apoyo no está exenta de polémica. Es necesario establecer, de manera precisa, qué ocurre con aquellas personas que tenían constituida, por ejemplo, una tutela y, lo más importante, qué ocurre con el tutor. Del mismo modo, es preciso determinar qué ocurre con aquellos procesos de adopción de medidas de apoyo que se habían iniciado con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 8/2021 y, sobre todo, qué ocurre con aquellos procesos iniciados por los tutores ahora que esa figura es expulsada (en adultos) de nuestro ordenamiento jurídico. Estas y otras cuestiones serán objeto de análisis en este capítulo.

1 LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA PRIMERA

La disposición transitoria primera (en adelante DT 1ª) establece la supresión con carácter retroactivo de todas aquellas medidas privativas de derechos por causa de discapacidad, o del ejercicio de estos, con la entrada en vigor de esta norma (3 de septiembre de 2021)⁸⁶.

De esta DT 1ª se desprende la eliminación de todas aquellas medidas que hubieran sido establecidas en una resolución judicial o consecuencia de la misma, que afecten tanto al ámbito personal, político y/o patrimonial⁸⁷, como consecuencia de incapacitación por razón de discapacidad. En este sentido, se pronuncia la STS de 8 de septiembre 2021⁸⁸, determinando la ineficacia de cualquier privación de derechos que pudiera subsistir como consecuencia de pronunciamientos anteriores a la entrada en vigor de la Ley 8/2021, de 2 de junio.

2 LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA SEGUNDA

Esta disposición transitoria segunda (en adelante DT 2ª)⁸⁹ trata de dar respuesta a la pregunta qué ocurre con aquellas instituciones que han sido constituidas al amparo de la anterior legislación.

En el caso de los tutores adaptarán el ejercicio de sus funciones a la actual institución de la curatela representativa⁹⁰; los curadores de los emancipados que cumplan las

⁸⁶ DT 1ª de la Ley 8/2021 de 2 de junio: “A partir de la entrada en vigor de la presente Ley las meras privaciones de derechos de las personas con discapacidad, o de su ejercicio, quedarán sin efecto”.

⁸⁷ HERAS HERNÁNDEZ, M.ª DEL M: “El régimen transitorio en la reforma de la legislación civil y procesal para el apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica”, Dir. HERAS HERNÁNDEZ, M.ª DEL M , en *Ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p.410.

⁸⁸ STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 589/2021, de 8 de septiembre (ROJ: STS 3276/2021): “La reforma suprime la declaración de incapacidad y se centra en la provisión de los apoyos necesarios que una persona con discapacidad pueda precisar “para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica”, con la “finalidad (de) permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad (art. 249 CC)”.

⁸⁹ DT 2ª de la Ley 8/2021, de 2 junio: “Los tutores, curadores, con excepción de los curadores de los declarados pródigos, y defensores judiciales nombrado bajo el régimen de la legislación anterior ejercerán su cargo conforme a las disposiciones de esta Ley a partir de su entrada en vigor. A los tutores de las personas con discapacidad se les aplicarán las normas establecidas para los curadores representativos (...) Quienes vinieran actuando como guardadores de hecho sujetarán su actuación a las disposiciones de esta Ley. Quienes ostenten la patria potestad prorrogada o rehabilitada continuarán ejerciéndola hasta que se produzca la revisión (...) Las medidas derivadas de las declaraciones de prodigalidad adoptadas de acuerdo con la legislación anterior continuarán vigentes hasta que se produzca la revisión (...)”.

⁹⁰ Al suprimirse la tutela en adultos con la entrada en vigor de la Ley 8/2021, estos continuarán proporcionando el apoyo necesario a la persona con discapacidad, en tanto en cuanto no se revisa la resolución judicial que estableció

características que establece esta DT 2ª, serán reconvertidos a defensores judiciales; en el caso de los guardadores de hecho, no se produce ninguna modificación ni supresión de funciones, sino que se amplían las mismas; para los casos de la patria potestad prorrogada o rehabilitada se prolongan sus funciones hasta que se produzca la revisión de la sentencia que acordó la medida; por último, para los casos de la curatela constituida para los declarados pródigos, al ser derogada la prodigalidad de nuestro ordenamiento jurídico, se mantendrán las funciones (anteriores) de los curadores que hubieran sido establecidas con anterioridad a esta nueva normativa hasta que sea revisada la resolución judicial de conformidad con lo establecido en la disposición transitoria quinta.

Las cuestiones más relevantes de esta DT 2ª, es la relativa a las nuevas funciones que deberán desempeñar aquellas personas cuya institución hubiera nacido al amparo de la antigua normativa, pues deberán realizar las mismas basándose en los principios que establece el art. 249 CC, es decir, respetando el libre desarrollo de la personalidad y dignidad del discapacitado; actuando en defensa de los derechos fundamentales e intereses de los mismos; y lo que es más importante, actuando con respeto a la voluntad, preferencias y deseos de la persona que presenta la discapacidad.

3 LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA TERCERA

La disposición transitoria tercera (en adelante DT 3ª)⁹¹ establece los parámetros a seguir en relación con aquellas medidas de apoyo voluntarias.

Para los casos de autotutela, al ser una figura que ha quedado suprimida como ocurre con la tutela, pasará a ser constituida como una curatela, aunque con el inconveniente de que la propia DT 3ª no aclara si dicha institución se refiere a la curatela asistencial o a la representativa. No obstante, podemos entender, si tenemos en cuenta el espíritu de la propia reforma, que estamos, o deberíamos estar, ante una curatela principalmente asistencial, con excepción de aquellos casos más severos en los que sea necesaria una representativa al no

dicha medida. No obstante, deberán actuar de conformidad con la normativa actual de la curatela con facultades de representación hasta que se produzca la revisión.

⁹¹ DT 3ª de la Ley 8/2021, de 2 de junio: “*Las previsiones de autotutela se entenderán referidas a la autocuratela y se regirán por la presente Ley. Los poderes y mandatos preventivos otorgados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley quedarán sujetos a esta. No obstante, cuando, en virtud del artículo 259, se apliquen al apoderado las reglas establecidas para la curatela, quedarán excluidas las correspondientes a los artículos 284 a 290 del Código Civil (...)*”.

poder determinar los deseos, voluntad y preferencias de la persona que presenta la discapacidad⁹²

En referencia a los poderes y mandatos preventivos a los que cita la DT 3^a, es decir, aquellos que han sido otorgados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 8/2021, quedarán sujetos a las directrices que establece la nueva regulación con una serie de especialidad para aquellos supuestos en los que el poderdante precise de medidas de apoyo, es decir, contenga la denomina “cláusula de subsistencia” y sea titular de negocios. En este caso, quedará sujeto a lo establecido en el propio poder y, en lo no previsto en el mismo, a las reglas aplicables a la institución de la curatela, con excepción de los establecido en los arts. 284 a 290 CC, o lo que es lo mismo, no tendrá el deber de constituir fianza, ni la obligación de realizar inventario, ni tiene la obligación de solicitar autorizaciones judiciales para disponer de bienes inmuebles⁹³.

4 LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA QUINTA

La disposición transitoria quinta (en adelante DT 5^a)⁹⁴ hace referencia a la revisión de las resoluciones que se han dictado al amparo de la anterior legislación sobre los casos de incapacitación judicial.

Esta DT 5^a viene a proporcionar a todas aquellas personas que han sido judicialmente incapacitadas, a los declarados pródigos, a los tutores, los defensores judiciales, curadores, a las personas que ejercen la patria potestad prorrogada o rehabilitada y a los apoderados preventivos la posibilidad de solicitar la revisión de aquella resolución judicial que implementó dicha medida, para que la misma sea revisada y adaptada de conformidad a la nueva

⁹² En el mismo sentido, DOMÍNGUEZ LUELMO, A: “Disposiciones transitorias” , Dir. GUILARTE-MARTÍN CALERO, C, en *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra 2021, p. 1494.

⁹³ ESTELLÉS PERALTA, P.M: “Las disposiciones transitorias en la Ley 8/2021”, Dir. DE VERDA Y BEAMONTE, en *La discapacidad: Una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Tirant lo Blanch, Valencia 2022, p. 804.

⁹⁴ DT 5^a de la Ley 8/2021, de 2 de junio: “Las personas con capacidad modificada judicialmente, los declarados pródigos, los progenitores que ostenten la patria potestad prorrogada o rehabilitada, los tutores, los curadores, los defensores judiciales y los apoderados preventivos podrán solicitar en cualquier momento de la autoridad judicial la revisión de las medidas que se hubiesen establecido con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley, para adaptarlas a esta. La revisión de las medidas deberá producirse en el plazo máximo de un año desde dicha solicitud. Para aquellos casos donde no haya existido la solicitud mencionada en el párrafo anterior, la revisión se realizará por parte de la autoridad judicial de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal en un plazo máximo de tres años.”.

normativa. El plazo que la DT 5ª impone la revisión de dicha resolución es de un año máximo desde que se presenta la solicitud de revisión.

Independientemente de la presentación de dicha solicitud, la DT 5ª también impone que la revisión se practique de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal para aquellos supuestos en que las personas interesadas no hayan presentado la misma. En este caso, el plazo para realizar la revisión de las medidas se prolonga hasta los 3 años.

No obstante, en tanto en cuanto no se produzca la revisión de las medidas, ya sea de oficio o a instancia de los interesados, aquellas que hubieran sido constituidas al amparo de la anterior normativa, seguirán estando vigente con arreglo a lo establecido en la DT 2ª.

CONCLUSIONES

PRIMERA. La Ley 8/2021 consagra la dignidad de todo ser humano con independencia de sus circunstancias, pues la misma no depende de la edad ni de la existencia de una discapacidad, sino que es inherente a todas las personas.

SEGUNDA. Con la entrada en vigor de la norma, se suprime la dicotomía entre capacidad jurídica y de obrar en el ámbito de las personas con discapacidad, manteniéndose en nuestro ordenamiento para los menores de edad. Todas las personas alcanzada la mayoría de edad, independientemente de su condición, tendrán plena capacidad de obrar.

TERCERA. Con esta normativa, pasamos de una legislación que establecía la vía sustitutiva como medida de apoyo preferentista (mecanismo que desproveía a las personas con discapacidad de la posibilidad de actuar por sí mismas), a una que instaura una pluralidad de medidas para adecuar aquellas a la situación concreta de la persona necesitada (las imprescindibles para garantizar el pleno ejercicio de su capacidad jurídica), así como las salvaguardias necesarias para garantizar el ejercicio de sus derechos en condiciones de igualdad en términos que eviten los abusos e influencias indebidas.

CUARTA. Se erradica el procedimiento de incapacitación de nuestro ordenamiento jurídico, evitando que el apoyo (asistencial) se transforme en sustitución (ausencia de voluntad de la persona discapacitada en la toma de decisiones) como ocurría con anterioridad. Permitiendo, de manera excepcional, la representación de conformidad con la voluntad, deseos y preferencias del discapacitado en lo relativo a su ejercicio, con la dificultad que ello puede entrañar en ciertas situaciones y, solamente, para los casos más severos en los que no sea posible manifestar dicha la voluntad, se deberá actuar con respeto a la “historia de vida” del discapacitado, es decir, en consonancia con los valores que hubiera transmitido este de haber podido.

QUINTA. Se consignan en el ámbito de la constitución de medidas de apoyo los principios de autonomía personal y desjudicialización, dando preferencia a las medidas voluntarias emitidas por la propia persona con discapacidad frente a las judiciales, lo que considero un acierto y una garantía a los valores esenciales que propugna la reforma y la propia CDPD. No obstante, que la oposición de un tercero pueda quebrantar la propia voluntad de la persona con discapacidad me parece una contradicción a los cánones básicos que exige la propia CDPD.

SEXTA. En lo referente a la guarda de hecho, se configura como una medida de apoyo de vital importancia. De carácter asistencial, estable, supletoria ante la existencia de medidas voluntarias, pero preferente a las judiciales. Así como una medida informal que no precisa de formalidad alguna para su constitución, es decir, no es necesario acudir a un procedimiento específico para su reconocimiento.

SÉPTIMA. La falta de investidura formal de la guarda de hecho conlleva, en mi opinión, una dificultad añadida, en lo relativo a su ejercicio, en concretas actuaciones donde la propia normativa exige de la necesidad de recabar autorización judicial para realizar determinados actos jurídicos. Queda un largo camino para que los diferentes operadores, donde incluyo no sólo a los financieros, sino también a las propias instituciones públicas, entiendan la propia finalidad de la norma y el cambio de mentalidad que ella conlleva, pues es necesario eliminar antiguos prejuicios y barreras sociales que impidan el funcionamiento de dicha institución y, lo que es más importante, el ejercicio de los derechos de las propias personas con discapacidad que, como consecuencia de sus reticencias, están viendo obstaculizado y postergado el ejercicio de tales derechos. No deja de resultar curioso que, teniendo la consideración de medida informal, el guardador se vea compelido a acudir al auxilio judicial para que se le reconozca formalmente como tal, con la única finalidad de poder llevar a cabo una actuación que el propio ordenamiento le reconoce legitimado para realizar sin la necesidad de acudir a un procedimiento judicial.

OCTAVA. Sobre la constitución de las medidas de apoyo a través de la vía judicial, se impone la necesidad de acudir al expediente de jurisdicción voluntaria como vía previa al procedimiento contencioso, aun sabiendo que el mismo no vaya a prosperar por la existencia de oposición. Por tanto, se demora en exceso la constitución de las medidas de apoyo con el perjuicio que ello puede ocasionar para el propio discapacitado, pudiendo evitar tal situación si se hubiera previsto en la norma la posibilidad de acudir directamente al contencioso cuando las partes pudieran ser conocedoras de la existencia de oposición o, por el contrario, permitir la continuación del proceso sin la necesidad de incoar un nuevo procedimiento, dando la posibilidad de presentar alegaciones escritas y la posterior vista con plazos preestablecidos, sustanciándose todo en el mismo procedimiento como una fase más del mismo, lo que permitiría la constitución de las medidas de apoyo con una mayor celeridad que la que supone instar un nuevo procedimiento judicial. Esta segunda opción es la que personalmente comparto y veo más acertada.

NOVENA. Desde un punto de vista crítico, el tratamiento de la discapacidad desde una perspectiva homogénea y la correspondiente supresión en la norma del “interés superior del

discapacitado” en favor de la “voluntad, deseos y preferencias”, es un error y una falta de previsión real para aquellos supuestos en los que la discapacidad es manifestada desde el propio nacimiento de la persona o en edades muy tempranas y alcanza tal severidad que impide manifestar dicha voluntad o, incluso, cuando la misma está tan viciada que de respetarla conculcaría el propio derecho a la dignidad de la persona. Esta falta de consideración de la discapacidad desde un plano heterogéneo, ha provocado un vacío legal en aquellas situaciones anteriormente descritas que ha sido necesario subsanar por parte de la jurisprudencia, viéndose forzada a instaurar nuevamente el “interés superior del discapacitado” como un principio esencial y subsidiario que garantice el bienestar y derechos de aquellas personas que no pueden o no han podido manifestar su voluntad y siempre que no sea posible acudir a su historia de vida para recabar la misma.

BIBLIOGRAFÍA

ALEMANY, M: “Igualdad y diferencia en relación con las personas con discapacidad (Una crítica a la Observación General nº 1 (2014) del Comité (UN) de los derechos de las personas con discapacidad”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 52, 2018, pp. 201-222.

ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H: “Los menores de edad tras la reforma del Código Civil en materia de discapacidad: especial referencia a la tutela y la guarda de hecho (1)”, *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 112, enero-junio 2021, p. 523.

ÁLVAREZ LATA, N: “Defensor judicial de la persona con discapacidad”, Dir. GUILARTE-MARTÍN CALERO, C, en *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra 2021, pp. 842-845.

ALVENTOSA DEL RÍO, J: *La curatela tras la Ley 8/2021*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

- “El nuevo régimen de legal de la curatela”, Dir. DE VERDA Y BEAMONTE, J.R, en *La discapacidad: Una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Tirant lo Blanch, Valencia 2022, pp. 145-226.

BARBA, V: “El art. 12 de la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de Nueva York , de 13 de diciembre de 2006”, Dir. DE VERDA Y BEAMONTE, JR, en *La discapacidad: Una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Tirant lo blanch, Valencia, 2022, pp. 23-55.

BARIFFI, F: “Una aproximación al contenido básico de la Convención”, Dirs. TRUJILLO JIMÉNEZ, E. y PÉREZ BUENO, L.C, en *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Cinca, Madrid, febrero 2007, pp. 57-72.

BERROCAL LANZAROT, A.I: “La autocuratela como medida voluntaria de apoyo tras la reforma operada por la Ley 8/2021, de 2 de junio”, *Actualidad Civil*, , núm. 9, 1 de septiembre de 2021, pp. 20-21.

- BERROCAL LANZAROT, A.I: “La guarda de hecho de las personas con discapacidad”, Dir. DE VERDA Y BEAMONTE, J.R, en *La discapacidad: Una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Tirant lo Blanch, Valencia 2022, pp. 227-297.

BLANDINO GARRIDO, M^a.A: “El defensor judicial de la persona con discapacidad”, Dirs. DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y y QUESADA SÁNCHEZ, A.J, en *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio*”, Atelier, Barcelona, 2022, p. 401-429.

CALAZA LÓPEZ, S: “Expediente de jurisdicción voluntaria en materia de discapacidad: ¿era necesario confeccionar tantos «trajes a medida» procesales para único abrigo sustantivo?” Dirs. DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y y QUESADA SÁNCHEZ, A.J, en *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio*”, Atelier, Barcelona, 2022, pp. 617-640.

CASTRO-GIRONA MARTINEZ, A: “La Convención de los derechos de las personas con discapacidad y la actuación notarial: el notario “ombudsman social”, *Fundación Aequitas*, 1 de mayo de 2011.

DAMIÁN MORENO, J: “La adopción de medidas de apoyo a las personas con discapacidad”, *Anuario de derecho civil*, vol. 75, núm. 2, 2022, pp. 410-414.

DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C: “Las medidas voluntarias de apoyo” Dir. DE VERDA Y BEAMONTE, JR, en *La discapacidad: Una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Tirant lo Blanch, Valencia 2022, pp. 107-142.

DEFINICIONES DE DISCAPACIDAD EN ESPAÑA: UN ANÁLISIS DE LA NORMATIVA Y LA LEGISLACIÓN MÁS RELEVANTE, *SID (Servicio de Información sobre Discapacidad)*, 2001, pp. 5-6.

DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y y QUESADA SÁNCHEZ, A.J: *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio*”, Atelier, Barcelona, 2022.

DE VERDA Y BEAMONTE, JR: *La discapacidad: Una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Tirant lo blanch, Valencia, 2022.

DEPARTAMENTO DE DOCUMENTACIÓN DE IBERLEY: *Reforma civil y procesal de apoyo a personas con discapacidad*, Colex, A Coruña, 2021.

DEPARTAMENTO JURÍDICO DE SEPÍN: Guía práctica de la nueva reforma civil y procesal de apoyo a personas con discapacidad, Sepín, Madrid, 2022, pp. 11-202; 223-240; 249-264; 307-587.

DÍEZ-PICAZO, L y GULLÓN, A: *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, Tecnos, Madrid, 2016, pp.185-244.

DOLADO BUSTO, B: “Innovaciones procesales para el apoyo a las personas con discapacidad”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 11, diciembre de 2022.

DOMÍNGUEZ LUELMO, A: “Disposiciones transitorias” , Dir. GUILARTE-MARTÍN CALERO, C, en *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra 2021, p. 1494.

ESCARTÍN IPIÉNS, J.A: “La autocuratela en la Anteproyecto de Ley sobre modificación del Código civil y otras leyes complementarias en materia de discapacidad”, *Revista de Derecho Civil*, núm. 3, julio-septiembre, 2018, pp. 85-119.

ESTELLÉS PERALTA, P.M: “Las disposiciones transitorias en la Ley 8/2021”, Dir. DE VERDA Y BEAMONTE, en *La discapacidad: Una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Tirant lo Blanch, Valencia 2022, p. 791-812.

GARCÍA RUBIO, M.P: “Contenido y significado general de la reforma civil y procesal en materia de discapacidad”, *Familia y sucesiones: cuaderno jurídico*, Sepin, núm. 136, 2021.

GOMÁ LANZÓN, F: “Los poderes preventivos en la ley de apoyo a las personas con discapacidad”, *Hay Derecho*, 8 de junio de 2021 (Consulta: 5 de noviembre de 2022). <https://www.hayderecho.com/2021/06/08/los-poderes-preventivos-en-la-ley-de-apoyo-a-las-personas-con-discapacidad/>

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C: *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra 2021.

HERAS HERNÁNDEZ, M.^a DEL M: *Ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

LASARTE ÁLVAREZ, C: *Parte general y Derecho de la persona. Principios de Derecho civil*, Marcial Pons, Madrid, 2017, pp. 180-211.

LECIÑERA IBARRA, A: “De la guarda de hecho de las personas con discapacidad”, Dir. GUILARTE MARTÍN-CALERO, C, en *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra 2021, p. 652.

MARTÍN FUSTER, J.M: “Estructura legal: Forma de funcionamiento de las distintas modalidades de apoyo”, Dirs. DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y y QUESADA SÁNCHEZ, A.J, en *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio*”, Atelier, Barcelona, 2022, p. 219-240.

MUÑOZ CALVO, A: “Nueva Ley 8/2021: una oportunidad para la igualdad”, *Confilegal*, 3 de septiembre de 2021 (Consulta: 5 de noviembre de 2022). <https://confilegal.com/20210903-opinion-nueva-ley-8-2021-una-oportunidad-para-la-igualdad/>

PALACIOS, A: “El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, *Colección CERMI*, núm. 36, pp. 17-90; 270-307; 340-349; 418-478.

- “Una aproximación al contenido básico de la Convención”, Dirs. TRUJILLO JIMÉNEZ, E. y PÉREZ BUENO, L.C, en *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Cinca, Madrid, febrero 2007, pp. 57-72

PAU PEDRÓN, A: “De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código civil”, *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3, julio-septiembre, 2018, pp. 5-28.

PRIETO ESCUDERO, M: “Escritura de poder general con cláusula de subsistencia (Ley 8/2021) y sin medidas de apoyo (nuevo modelo tras la entrada en vigor de la Ley), *Justito El Notario*, 10 de septiembre de 2021 (Consulta: 5 de octubre de 2022). <https://www.justitonotario.es/escritura-poder-general-clausula-subsistencia-ley-8-2021-sin-medidas-apoyo/>

QUESADA SÁNCHEZ, A.J: “Sobre el sentido de la discapacidad en la nueva regulación legal: Reflexiones iniciales”, Dirs. DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y y QUESADA SÁNCHEZ, A.J, en *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio*”, Atelier, Barcelona, 2022, pp. 21-39.

- “Principios básicos de la reforma legal”, Dirs. DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y y QUESADA SÁNCHEZ, A.J, en *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio*”, Atelier, Barcelona, 2022, pp. 43-69.

REPRESA POLO, M.^a P: “Régimen jurídico. El nombramiento del curador. Posibles sujetos curadores. Duración del cargo de curador. La remoción y excusa del cargo de curador”, Dirs. DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y y QUESADA SÁNCHEZ, A.J, en *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio*”, Atelier, Barcelona, 2022, pp. 333-355.

ROCA MARTINEZ, J. M.^a: “Sistemas procesales para la provisión de apoyos en el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad: Dualidad proceso contencioso-expediente de jurisdicción voluntaria”, Dirs. DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y y QUESADA SÁNCHEZ, A.J, en *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio*”, Atelier, Barcelona, 2022, pp. 587-614.

URBANEJA SANTOS, F: “Reforma de la Ley de Jurisdicción Voluntaria”, Dir. DE VERDA Y BEAMONTE, J.R, en *La discapacidad: Una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Tirant lo Blanch, Valencia 2022, pp. 745-775.

TORAL LARA, E: “El defensor judicial de las personas con discapacidad”, Dir. DE VERDA Y BEAMONTE, J.R, en *La discapacidad: Una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Tirant lo Blanch, Valencia 2022, pp. 299-337.

TORRES COSTA, M.^a E: “La guarda de hecho y el necesario cambio de mentalidad de los bancos”, *Hay Derecho*, 24 de abril de 2023 (Consulta: 27 de abril de 2023). <https://www.hayderecho.com/2023/04/24/la-guarda-de-hecho-y-el-necesario-cambio-de-mentalidad-de-los-bancos/>

TRUJILLO JIMÉNEZ, E. y PÉREZ BUENO, L.C: *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Cinca, Madrid, febrero 2007.

VELILLA ANTOLÍN, N: “Una visión crítica a la Ley de apoyo a las personas con discapacidad”, *El notario del siglo XXI*, núm. 108, marzo-abril, 2023 (Consulta: 27 de abril de 2023) <https://www.elnotario.es/opinion/opinion/10938-una-vision-critica-a-la-ley-de-apoyo-a-las-personas-con-discapacidad>

- “La Ley de apoyo a las personas con discapacidad. Una Ley necesaria pero imperfecta”, *Hay Derecho*, 23 de junio de 2021 (Consulta: 24 de septiembre de 2022). <https://www.hayderecho.com/2021/06/22/la-ley-de-apoyo-a-las-personas-con-discapacidad-una-ley-necesaria-pero-imperfecta/>

JURISPRUDENCIA

- STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 589/2021, de 8 de septiembre (ROJ: 3276/2021).
- STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 269/2021, de 6 de mayo (ROJ: STS 1894/2021).
- SAP Asturias (Sección 5ª) , núm. 471/2021, de 22 de diciembre (ROJ: SAP O 4036/2021).
- SAP Madrid (Sección 24ª) , núm. 1050/2021, de 20 de diciembre (ROJ: SAP M 14902/2021).
- SAP A Coruña (Sección 3ª), núm. 419/2021, de 11 de noviembre (ROJ: SAP C 2586/2021).
- SAP León (Sección 2ª), núm. 283/2021, de 28 de octubre (ROJ: SAP LE 1441/2021).
- SAP Valencia (Sección 10ª), núm. 510/2021, de 20 de octubre (ROJ: SAP V 3743/2021).
- SAP Murcia (Sección 4ª), núm. 1028/2021, de 8 de octubre (ROJ: SAP MU 2429/2021).
- SAP Badajoz (Sección 3ª), núm. 219/2021, de 8 de octubre (ROJ: SAP BA 1318/2021).
- SAP Valencia (Sección 10ª), núm. 440/2021, de 16 de septiembre (ROJ: SAP V 3274/2021).
- SJPI Guadalajara (Número 17), núm. 659/2021 de 27 de octubre (ROJ: SJPI 2537/2021).
- SJPII Tafalla (Número 1), núm. 137/2021, de 22 de octubre (ROJ: 1070/2021).
- SJPI Castellón (Número 9), núm. 324/2021, de 4 de octubre (ROJ: SJPI 1531/2021).