

UNIDAD TÉCNICA JURÍDICA
BIBLIOTECA
ÁREA PROCESAL
CIVIL

MONOGRÁFICO DISCAPACIDAD



ILUSTRE
COLEGIO DE ABOGADOS
DE MADRID

COLEGIO DE ABOGADOS DE MADRID. UNIDAD

I.- INTRODUCCIÓN	4
II.- FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO	4
III.- JURISPRUDENCIA.....	9
IV.- CONCLUSIONES.....	15

I.- INTRODUCCIÓN

Desde que en septiembre de 2021 entró en vigor [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, han sido numerosas las dudas que han surgido en torno a su aplicación tanto en los supuestos de personas con discapacidad que ya tenían fijada alguna medida de apoyo como en los procedimientos que se encuentran en trámite, y aquellos que se van a iniciar.

La Ley supone una profunda reforma del tratamiento civil y procesal de la capacidad de las personas, que pretende incorporar las exigencias del artículo 12 de la Convención de Nueva York, de 13/12/2006, 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.

A través del presente documento se pretende realizar una recopilación de los documentos publicados por la Unidad especializada de la Fiscalía General del Estado y la jurisprudencia dictada en la materia objeto de estudio.

II.- FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

La unidad coordinadora de atención a personas con discapacidad y mayores, publicó el 2 de diciembre de 2021, un documento sobre [información básica a las familias y allegados de personas con discapacidad sobre la Ley 8/21, de 2 de junio, para el ejercicio de su capacidad jurídica](#).

Cabe destacar como notas más relevantes:

1. ASPECTOS SUSTANTIVO

1. Capacidad jurídica.

La persona con discapacidad es titular de derechos y su protección la brinda el ordenamiento jurídico. Por tanto, el Estado no puede negar a las personas con discapacidad su capacidad jurídica, sino que deben proporcionales apoyos para su ejercicio, es decir, para que puedan tomar decisiones.

Como consecuencia: a) a partir de la nueva ley no puede declararse incapaz a una persona o modificar su capacidad por medio de una resolución judicial, porque todas las personas tienen capacidad jurídica; b) las personas con discapacidad mayores de edad no pueden estar sometidas a tutela (o patria potestad prorrogada o rehabilitada) porque conllevan la sustitución de la persona por otra y se trata de preservar la capacidad jurídica y autonomía de la persona en todo lo que resulte posible, por medio de apoyos.

2. Medidas de apoyo.

La nueva ley regula distintas medidas de apoyo:

a) **Medidas voluntarias**, son las que establece la propia persona con discapacidad o en previsión de que pueda tenerla en el futuro. Estas medidas se establecen ante notario quien debe velar para que se respete la voluntad, deseos y preferencias de la persona y no haya abusos o influencias indebidas.

b) **Medidas judiciales**, solo puede acordarlas un juez. Esencialmente, la medida judicial de apoyo es la curatela.

Es una medida judicial de apoyo de carácter subsidiario, es decir, que se deberá adoptar a falta de otra medida de apoyo que resulte suficiente para la persona con discapacidad, ya sea porque la haya establecido ante el notario o porque exista una guarda de hecho que cubra adecuadamente sus necesidades.

La regla general es la curatela asistencial, aquella que supone un soporte, una ayuda para que la persona pueda desenvolverse jurídicamente y desarrollar su personalidad. El curador solo tendrá facultades de representación de la persona de manera excepcional y para los aspectos concretos que se establezcan judicialmente. Cuando la curatela sea representativa el curador debe pedir autorización judicial en los supuestos establecidos en el art. 287 CC, y que le afecten conforme a la resolución judicial.

c) **La guarda de hecho.** El guardador de hecho es la persona que habitualmente se encarga de la atención y cuidado de la persona, y pueden ser guardadores los familiares o allegados. Se trata de alguien cercano y de confianza.

El guardador no es nombrado por el juez, porque es una figura informal, cuya existencia se basa en lazos de afectividad y solidaridad. Ahora bien, necesita autorización judicial en unos supuestos concretos recogidos en el art. 287 CC porque pueden comprometer a la persona debido a su trascendencia personal o familiar o por resultar el acto de especial importancia económica o complejidad, o cuando deba actuar en representación de la persona.

2. ASPECTOS PROCESALES

1.- La persona con discapacidad en el proceso judicial.

En todos los casos en que un juez debe decidir si una persona con discapacidad necesita el apoyo de un curador se entrevistará personalmente con ella. La persona

con discapacidad con dificultades para entender o ser entendidas tienen derecho a que se les hable de forma clara, sencilla y accesible.

Además, las partes del proceso (familiares y la propia persona afectada), el fiscal y el juez de oficio pueden pedir un experto facilitador.

<https://www.fiscal.es/web/fiscal/-/personas-con-discapacidad-y-mayores>).

2.- Legitimación para iniciar un procedimiento para designación de curador.

Pueden ser iniciados estos procedimientos por la propia persona con discapacidad, por su cónyuge o pareja, sus descendientes, ascendientes o hermanos. También puede iniciarlo el Ministerio Fiscal, tras haber determinado la necesidad y proporcionalidad de la medida.

3.- Procedimiento.

- El expediente se tramita ante el Juzgado de Primera Instancia (de familia o especializado, según el caso) donde resida la persona con discapacidad, regulado en la Ley de Jurisdicción Voluntaria. La propia persona con discapacidad puede solicitar abogado y procurador. Si no lo hace, se le debe nombrar un defensor judicial que designará abogado y procurador.
- El acto de la comparecencia se concentran todas las pruebas (informes médicos, sociales, periciales, audiencia de las partes).
- El Juez debe valorar las alternativas existentes en el entorno de la persona o a través de medidas voluntarias, antes de acordar la medida judicial que será adoptada mediante auto.
- En caso de que haya oposición de cualquier interesado, se iniciará otro procedimiento (contradictorio) para constituir el apoyo que se regula en la

Ley de Enjuiciamiento Civil. En este caso, si la demanda la presenta la propia persona con discapacidad y esta lo solicita, el juez puede valorar que no sean oídos los parientes para preservar su intimidad.

4.- Revisión.

a) Medidas de apoyo dictadas después de la entrada en vigor de la Ley 8/21 (3 de septiembre de 2021)

Todas las medidas de apoyo dictadas bajo la vigencia de la nueva ley tienen carácter temporal. Se deben revisar en los plazos establecidos por el juez o en la propia ley (máximo de tres años y excepcionalmente seis años).

La revisión puede ser pedida por el Ministerio Fiscal, la propia persona con discapacidad, su cónyuge o pareja, sus descendientes, ascendientes o hermanos.

b) Medidas de apoyo anteriores a la entrada en vigor de la Ley 8/21

El plazo de revisión es de tres años a contar desde la fecha de entrada en vigor de la nueva ley, salvo que haya solicitud de persona legitimada, en cuyo caso debe hacerse en el plazo de un año de la solicitud.

Pueden pedir la revisión de estas sentencias antiguas: 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.

III.– JURISPRUDENCIA

La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo aplicó por primera vez la reforma de la Ley 8/2021 en su [sentencia del Pleno de 8 de septiembre de 2021, recurso 4187/2019](#).

La sentencia aplica el régimen transitorio de la ley y analiza los elementos esenciales de la reforma y establece en aplicación de la Ley 8/2021 lo siguiente:

“CUARTO. Resolución del recurso 1. De la propia regulación legal, contenida en los arts. 249 y ss. CC, así como del reseñado art. 12 de la Convención, se extraen los elementos caracterizadores del nuevo régimen legal de provisión de apoyos:

i) es aplicable a personas mayores de edad o menores emancipadas que precisen una medida de apoyo para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica;

ii) la finalidad de estas medidas de apoyo es «permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad» y han de estar «inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales»;

iii) las medidas judiciales de apoyo tienen un carácter subsidiario respecto de las medidas voluntarias de apoyo, por lo que sólo se acordaran en defecto o insuficiencia de estas últimas;

iv) no se precisa ningún previo pronunciamiento sobre la capacidad de la persona; y

v) la provisión judicial de apoyos debe ajustarse a los principios de necesidad y

proporcionalidad, ha de respetar la máxima autonomía de la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica y debe atenderse en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias. La reforma ha suprimido la tutela y concentra en la curatela todas las medidas judiciales de apoyo continuado. En sí mismo y más allá de la aplicación de la regulación legal sobre su provisión, del nombramiento de la(s) persona(s) designada(s) curador(es), del ejercicio y la extinción, la denominación «curatela» no aporta información precisa sobre el contenido de las medidas de apoyo y su alcance. El contenido de la curatela puede llegar a ser muy amplio, desde la simple y puntual asistencia para una actividad diaria, hasta la representación, en supuestos excepcionales. Es el juez quien debe precisar este contenido en la resolución que acuerde o modifique las medidas.”

Los primeros pronunciamientos jurisprudenciales sobre la **autocuratela**, medida voluntaria de apoyo regulada en los artículos 254 a 262 del Código Civil, cuya nueva regulación recoge como uno de los principios del procedimiento la autonomía de la voluntad materializada en el respecto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad preferente, tienen lugar con la [sentencia del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2021, recurso 305/2021](#) y [sentencia del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 2021, recurso 1201/2021](#).

En dichas resoluciones se señala que:

“Tras la entrada en vigor de la Ley 8/2021, de 2 de junio, la materia se encuentra ahora regulada en el art. 271, párrafo primero, del CC, que proclama, en el mismo sentido, que “[...] cualquier persona mayor de edad o menor emancipada, en previsión de la concurrencia de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, podrá proponer en escritura pública el nombramiento o la exclusión de una o

varias personas determinadas para el ejercicio de la función de curador", así como que dicha propuesta "vincularán a la autoridad judicial al constituir la curatela" (art. 272 párrafo primero CC). 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 (art. 272, párrafo segundo)."

Y en concreto, en cuanto a la autocuratela señala la sentencia de 2 de noviembre de 2021:

"3.3 (...) Las características, que delimitan jurídicamente la autocuratela, tal y como es concebida por la ley, son las siguientes:

i) Nos hallamos ante un negocio jurídico de derecho de familia, de carácter unilateral, pues proviene de la voluntad del otorgante, sin necesidad de concordarla con la propia de la persona designada, al tiempo de su otorgamiento.

ii) Es personalísimo, pues pertenece exclusivamente a la esfera dispositiva de la persona interesada que la ejerce, en tanto en cuanto le compete la designación de la persona que, en virtud de su disponibilidad, solicitud, empatía, cercanía y afecto, considera más idónea para prestarle los apoyos precisos para el ejercicio de su capacidad jurídica en condiciones de igualdad; en definitiva, para acompañarla, asistirle o incluso excepcionalmente representarla, con la confianza que ejercerá dicho cargo con respeto a su voluntad, deseos,

preferencias, creencias, valores y trayectoria vital (arts. 249 y 250 CC). Sin perjuicio, claro está, de la facultad de designar a una persona jurídica pública o privada que desempeñe tales funciones. La ley prevé la posibilidad de que se delegue al cónyuge o a otra persona, la elección entre las llamadas en escritura pública a ejercer el cargo. No, por lo tanto, la designación de curador, sino la elección entre los escogidos por la persona interesada (art. 274 CC).

iii) En un negocio jurídico inter vivos, en tanto en cuanto desencadena sus efectos en vida de la persona con discapacidad, al ser concebida precisamente para el apoyo, acompañamiento amistoso, ayuda técnica, ruptura de barreras, consejo e incluso ejercitar excepcionalmente funciones representativas, cuando sea menester.

iv) Es solemne, puesto que su validez precisa que la voluntad se manifieste en escritura pública notarial, como las medidas voluntarias de apoyo (art. 271 CC).

v) Vincula al juez al proceder al nombramiento de curador, sin perjuicio de que pueda prescindir de dicha designación mediante resolución motivada, por razones graves, desconocidas al tiempo del otorgamiento o por alteración de las circunstancias tenidas en cuenta en el momento de la designación, en los términos del párrafo segundo del art. 272 del CC.

vi) Es revocable, puesto que entra en el marco de las facultades dispositivas del otorgante dejar sin efecto una previa designación efectuada.

vii) Inscribible en el Registro Civil (art. 4-10º Ley 20/2011, de Registro Civil).

viii) Por último, las facultades de la persona interesada no sólo se limitan a la

designación de quien vaya a ejercer las funciones de curador, incluso sus sustitutos (art. 273 CC), sino también contempla la opción de establecer las disposiciones, que se consideren oportunas con respecto al funcionamiento y ejercicio del cargo (art. 271 II CC)."

Otra de las cuestiones sobre las que se ha pronunciado la Sala Primera del Tribunal Supremo es sobre las **consecuencias legales de la falta de práctica de las pruebas legales normativamente exigidas**, tanto en primera como en segunda instancia. En la reciente [sentencia de 14 de marzo de 2022, recurso 6512/2021](#), el Tribunal Supremo decreta la nulidad de las actuaciones al no practicarse una de las pruebas preceptivas y analiza el artículo 759 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

"TERCERO.- La práctica de las pruebas legales a las que se refiere el art. 759 de la LEC

El art. 759 LEC 1/2000, vigente durante la sustanciación del proceso, disponía que, en los procesos de incapacitación, además de las pruebas que se practiquen de conformidad con lo dispuesto en el artículo 752, el tribunal oirá a los parientes más próximos del presunto incapaz, examinará a éste por sí mismo y acordará los dictámenes periciales necesarios o pertinentes en relación con las pretensiones de la demanda y demás medidas previstas por las leyes. Nunca se decidirá sobre la incapacitación sin previo dictamen pericial médico, acordado por el tribunal.

Y, en su numeral tercero, se dispone: "Si la sentencia que decida sobre la incapacitación fuere apelada, se ordenará también de oficio en la segunda instancia la práctica de las pruebas preceptivas a que se refieren los apartados anteriores de este artículo".

De igual forma, se expresa el art. 759.4 LEC, en su redacción dada por 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, al normar que: "[...] si la sentencia que decida sobre las medidas de apoyo fuere apelada, se ordenará también de oficio en la segunda instancia la práctica de las pruebas preceptivas a que se refieren los apartados anteriores de este artículo".

En la actual redacción del precepto, tras exigir que se lleve a efecto por la autoridad judicial la entrevista con la persona con discapacidad, así como dar audiencia al cónyuge no separado de hecho o legalmente o a quien se encuentre en situación de hecho asimilable, así como a los parientes más próximos, se insiste en que no puede decidirse sobre las medidas que deben adoptarse sin previo dictamen pericial acordado por el Tribunal emitido por profesionales especializados de los ámbitos social y sanitario, sin perjuicio de contarse también con otros profesionales especializados que aconsejen las medidas de apoyo que resulten idóneas en cada caso (art. 759.1.3.º LEC)."

No obstante, la nueva ley dispone que en los casos en que la demanda haya sido presentada por la propia persona con discapacidad el Tribunal podrá, previa solicitud de ésta, no practicar las audiencias preceptivas, si así resultara más conveniente para la preservación de su intimidad.

En igual sentido se pronuncia la [Sentencia de 21 de diciembre de 2021, recurso 1504/2021](#), declarando la existencia de indefensión al producirse una indebida denegación de prueba en segunda instancia.

IV.– CONCLUSIONES

- 1.– La Ley 8/2021 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.
- 2.– El anterior régimen de guarda legal (tutela y curatela), para quienes precisan el apoyo de modo continuado, ha sido reemplazado por la curatela, cuyo contenido y extensión debe ser precisado por la resolución judicial que la acuerde en armonía con la situación y circunstancias de la persona con discapacidad y con sus necesidades de apoyo.
- 3.– Cualquier persona mayor de edad o menor emancipada, en previsión de la concurrencia de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, podrá proponer en escritura pública el nombramiento o la exclusión de una o varias personas determinadas para el ejercicio de la función de curador.

UNIDAD TÉCNICA JURÍDICA BIBLIOTECA

ÁREAS PROCESALES

COLEGIO DE ABOGADOS DE MADRID

C/ SERRANO 9, BIBLIOTECA

TLF: 91 788 93 80

RESUELVE TUS CONSULTAS EN LA UNIDAD TÉCNICA JURÍDICA. ACCEDE DESDE LA WEB
icam.es – ÁREA RESERVADA – FORMACIÓN BIBLIOTECA – CONSULTAS PROCESALES