



***ASPECTOS CIVILES Y PROCESALES (JURISDICCIÓN CIVIL)
DERIVADOS DE LA REFORMA LEGAL OPERADA POR LA
LEY 8/2021***

Donostia/San Sebastián
10 de marzo de 2022



¿Cuál ha sido el principal motivo de la reforma?

CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD CELEBRADO EN NUEVA YORK EL 13 DE DICIEMBRE DE 2006.

Objetivos fundamentales:

- a) Promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales.
- b) Capacidad jurídica en igualdad de condiciones en todos los aspectos.
- c) Proporcionar salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos.
- d) Reemplazar un sistema donde predomina la sustitución en la toma de decisiones por otro donde prevalezca el respeto a la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad.

Ha habido numerosas reformas a lo largo del tiempo para adaptar nuestro ordenamiento jurídico a la Convención de Nueva York pero la Ley 8/2021 es la más significativa y la que más incidencia ha tenido. 2



¿Cuál era la situación anterior a esta reforma en cuanto al proceso judicial de modificación de capacidad de obrar y las distintas figuras de guarda?

No cabía modificar la capacidad jurídica salvo por sentencia judicial. El proceso y la sentencia se dividía en dos partes:

- a) Declaración de incapacidad: concurrencia de una enfermedad o deficiencia física o psíquica que impida el autogobierno. Se modifica la capacidad de obrar para todos o algunos actos.
- b) Establecimiento de un régimen de guarda de la persona declarada incapaz:
 - 1) **Prórroga/rehabilitación de la patria potestad**: Recae siempre sobre los padres de la persona y se requiere que ésta era mayor de edad, que conviva con sus padres y que sea soltero/a. Situación asimilada a la minoría de edad.
 - 2) **Tutela**: Carácter representativo en la toma de decisiones salvo para cuestiones que en sentencia se determine que la persona pueda tomar por sí misma. Obligación de formar inventario y rendir cuentas anualmente. Se podían establecer otras medidas de control a discreción del Juez. Necesidad de autorización judicial para determinadas cuestiones de especial relevancia personal o patrimonial.
 - 3) **Curatela**: Carácter asistencial en la toma de las decisiones que se establezca en sentencia. La sentencia puede establecer medidas de control (inventario, rendición de cuentas, etc.).



¿Cuál es la situación actual en cuanto al establecimiento de medidas de apoyo a personas con discapacidad? Medidas de apoyo extrajudiciales

Existen dos tipos de medidas de apoyo, extrajudiciales y judiciales:

MEDIDAS DE APOYO EXTRAJUDICIALES:

- a) **Medidas voluntarias:** Las establece la propia persona para sí misma en previsión de circunstancias que dificulten el ejercicio su capacidad en igualdad de condiciones en el futuro, circunstancias que pueden ser temporales, para ello debe ser mayor de edad y ha de hacerse en escritura pública, si bien se permite que los mayores de 16 años puedan realizar previsiones para cuando sean mayores de edad.

Podrá establecer quién prestará el apoyo, qué facultades tendrá, cuál será la forma del ejercicio del apoyo, sobre qué actos, qué medidas de control o salvaguardas se tomarán y en qué plazo se revisarán las medidas, así como las causas de extinción.

Solo en caso de insuficiencia de estas medidas y a falta de guarda de hecho suficiente, se podrán adoptar medidas judiciales.



¿Cuál es la situación actual en cuanto al establecimiento de medidas de apoyo a personas con discapacidad? Medidas de apoyo extrajudiciales

b) **Podere y mandatos preventivos**: Realmente es una categoría particular de medidas voluntarias, también las establece la propia persona para sí misma pero en este caso se puede ampliar a una previsión de necesidad de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica, para ello también debe ser mayor de edad y ha de hacerse en escritura pública.

Podrá establecer quién prestará el apoyo, qué facultades tendrá, cuál será la forma del ejercicio del apoyo, sobre qué actos, qué medidas de control o salvaguardas se tomarán y en qué plazo se revisarán las medidas, así como las causas de extinción.

Estos poderes pueden configurarse como unas medidas voluntarias que funcionen como tal y que subsistan cuando se incurra en necesidad de apoyo en para el ejercicio de la capacidad en el sentido de necesidad de representación u otorgarse únicamente para estos supuestos.

Para acreditar la concurrencia de necesidad de apoyo, se estará a lo dispuesto por la propia persona pero si fuera preciso, se puede contar con informe médico.

La vigencia de estos poderes se mantendrá aun cuando se constituyan otras medidas de apoyo, incluso judiciales si bien se pueden revocar judicialmente. En caso de que el apoderado sea el cónyuge o pareja de hecho, se extinguirá automáticamente por el cese de la convivencia, salvo que se exprese lo contrario o que dicho cese venga por internamiento en un centro.

En definitiva, las posibilidades se configuran como prácticamente ilimitadas, precisamente para adaptarlas a las necesidades y voluntad concretas de cada persona.



¿Cuál es la situación actual en cuanto al establecimiento de medidas de apoyo a personas con discapacidad? Medidas de apoyo extrajudiciales

c) **Guarda de hecho**: Situación que se da cuando no existen otras medidas de apoyo o cuando no se estén aplicando de forma eficaz. No necesita de ninguna formalidad, la persona que esté prestando apoyo a otra con discapacidad es guardadora de hecho.

No se delimita el alcance de sus facultades por lo que en principio son tan amplias como haya venido funcionando.

El apoyo es asistencial por norma general pero se prevé que, de forma excepcional, tenga facultades representativas puntuales, para esto último siempre será necesario autorización judicial. En todo caso, es también necesaria autorización judicial para prestar consentimiento en los actos del art. 287 CC.

Se prevé el nombramiento judicial de un guardador de hecho cuando sea necesario y se pueden establecer medidas de control. No tiene mucho sentido existiendo la figura de la curatela, en todo caso puede ser útil a efectos probatorios.

Problema: ¿Cómo acreditar la condición de guardador de hecho?



¿Cuál es la situación actual en cuanto al establecimiento de medidas de apoyo a personas con discapacidad? Medidas de apoyo judiciales

MEDIDAS DE APOYO JUDICIALES:

- a) **Curatela asistencial**: Medida de apoyo de carácter estable y formal que se constituirá cuando no existan otras medidas suficientes. Se debe determinar concretamente para qué actos se necesita del apoyo del curador y se determinarán las medidas de control. La curatela y el nombramiento de curador sólo puede realizarse por sentencia judicial.

La función de un curador asistencial es la de acompañar y prestar su consentimiento en los actos en los que así se determine. En caso de conflicto entre la voluntad de ambos, será el Juez el que resuelva.

La asistencia supone la confluencia entre los consentimientos de curador y curatelado, donde el éste último es promotor e interviniente del acto jurídico.



¿Cuál es la situación actual en cuanto al establecimiento de medidas de apoyo a personas con discapacidad? Medidas de apoyo judiciales

b) **Curatela representativa:** En casos excepcionales en los que resulte imprescindible por las circunstancias de la persona, se determinarán los actos concretos en los que el curador asumirá la representación de la persona.

Se puede determinar para un mismo curador funciones asistenciales para determinados actos y funciones representativas para otros actos o nombrar curadores distintos para cada función o para tipo de acto (persona o patrimonial).

El nombramiento, funcionamiento y ejercicio de la modalidad representativa es el mismo que en la asistencial, salvo por la obligación de formar inventario y rendir cuentas anualmente.

Adicionalmente, el curador que tenga funciones representativas necesitará de autorización judicial para los actos comprendidos en el art. 287 CC, actos de especial trascendencia personal o patrimonial.

En la práctica, los Juzgados constituyen normalmente curatelas con carácter representativo en los casos en los que la discapacidad tenga carácter cognitivo, salvo que sea de carácter leve.



¿Cuál es la situación actual en cuanto al establecimiento de medidas de apoyo a personas con discapacidad? Medidas de apoyo judiciales

- c) **Autocuratela**: Posibilidad de proponer el nombramiento o exclusión de una o varias personas como curadores en previsión de circunstancias que dificulten el ejercicio de la capacidad. Esta proposición es vinculante para el juez, si bien se puede apartar de ella por desconocimiento o alteración de las circunstancias que la motivaron por parte de la persona.

Podrá igualmente establecer disposiciones sobre el funcionamiento y contenido de la curatela y, en especial, sobre el cuidado de su persona, reglas de administración y disposición de sus bienes, retribución del curador, obligación de hacer inventario o su dispensa y otras medidas de vigilancia y control.



¿Cuál es la situación actual en cuanto al establecimiento de medidas de apoyo a personas con discapacidad? Medidas de apoyo judiciales

ASPECTOS COMUNES DE LA CURATELA

¿Quién puede ser curador?: Cualquier persona mayor de edad (salvo excepciones previstas en el art. 275 CC) o una entidad sin ánimo de lucro que tenga ese fin social. En primer lugar se tendrá en cuenta a la persona propuesta por la propia persona, en su defecto, existe un orden de preferencia (art. 276 CC) que puede alterarse motivadamente.

¿Qué funciones tiene un curador?: La función del curador es mantener contacto, fomentar el desarrollo y asistir o representar (según la modalidad) a la persona en los actos determinados en sentencia respetando su voluntad, deseos y preferencias.

Normalmente los Juzgados establecen la obligación al curador de formar inventario y rendir cuentas anualmente aunque se trate de una curatela asistencial. Asimismo, en cualquier momento se puede requerir al curador para que informe sobre cualquier aspecto personal o patrimonial del curatelado.

¿La curatela es vitalicia? No, el periodo de revisión de esta medida es de 3 años prorrogables hasta 6 si el Juez así lo determina. En caso de que la situación de la persona varíe, se puede revisar en cualquier momento.



¿Cuál es la situación actual en cuanto al establecimiento de medidas de apoyo a personas con discapacidad? Medidas de apoyo judiciales

ASPECTOS COMUNES DE LA CURATELA

¿Qué ocurre si el curador no puede ejercer sus funciones? En caso de imposibilidad temporal del ejercicio de su cargo o cuando haya conflicto de interés, se nombrará un “defensor judicial”. Si esta situación se prolonga, se nombrará un nuevo curador.

¿Puede haber más de un curador sobre una misma persona? Sí, se prevé expresamente que haya varios curadores con funciones distintas sobre una misma persona. No se prevé expresamente que haya varios curadores con las mismas funciones pero los Juzgados lo permiten, sobre todos si los curadores son los progenitores.

¿Puede haber un curador para varias personas? No se prevé tal circunstancia pero no es incompatible con esta reforma siempre que la persona pueda desempeñar correctamente sus funciones con todos sus curatelados. Si no fuera posible, carece de sentido que se prevea expresamente que una entidad social pueda ser curadora.

¿Es obligatorio ser curador si así lo dice el Juez? No, si por las circunstancias resulta excesivamente gravoso para una persona ser curador, puede solicitar que se le excuse del cargo. También puede solicitarse la excusa aun cuando la persona ya haya sido nombrada curadora pero sobrevengan circunstancias que resulten muy gravosas. En la práctica, salvo que sea estrictamente necesario no se nombra curador a quien no quiere serlo pues carece de sentido.



¿Cuál es la situación actual en cuanto al establecimiento de medidas de apoyo judiciales a personas con discapacidad? Procedimiento judicial para la constitución de curatela

Principal diferencia: Desaparece la declaración de incapacidad y se prohíbe expresamente la privación de derechos. El procedimiento tiene como objeto establecer medidas de apoyo para que la persona pueda ejercer su capacidad jurídica en condiciones de igualdad.

Solicitud y aspectos preliminares: La solicitud se efectúa mediante escrito dirigido al Juzgado de 1ª Instancia del partido judicial del domicilio de la persona con discapacidad. A dicho escrito se han de acompañar los documentos que acrediten la concurrencia de los requisitos procesales y sustantivos. Cobran especial importancia los informes del ámbito social, no sólo médico.

En el escrito se describirán las circunstancias personales, de carácter médico y social de la persona con discapacidad, así como también se pueden proponer las medidas de apoyo concretas que resulten idóneas y la persona o personas que prestarán el apoyo.

La solicitud se puede instar cuando la persona con discapacidad tiene mínimo 16 años pero entrarán en vigor con la mayoría de edad.



¿Cuál es la situación actual en cuanto al establecimiento de medidas de apoyo judiciales a personas con discapacidad? Procedimiento judicial para la constitución de curatela

Las personas que pueden instar la solicitud son la propia persona, su cónyuge (o situación de hecho asimilable), sus ascendientes, descendientes o hermanos. No obstante, cualquier persona puede poner en conocimiento del Ministerio Fiscal una situación de necesidad de medidas de apoyo y, si lo estima oportuno, instará la solicitud.

Como el procedimiento ahora rige por la jurisdicción voluntaria, no es obligatorio contar ni con abogado ni con procurador, sin embargo, ello implica que en principio no se tiene derecho a la justicia gratuita.

Si no es previsible que la persona con discapacidad designe abogado y procurador, en la solicitud se tiene que pedir que se nombre defensor judicial que obligatoriamente actuará con abogado y procurador. Este defensor judicial actuará en el proceso en defensa de la persona con discapacidad.

El defensor judicial será una persona que conozca los hechos y a las personas intervinientes (solicitantes y persona con discapacidad), muchos Juzgados no permiten que sea alguien del núcleo familiar.



¿Cuál es la situación actual en cuanto al establecimiento de medidas de apoyo judiciales a personas con discapacidad? Procedimiento judicial para la constitución de curatela

Desarrollo del proceso: Una vez admitida a trámite la solicitud, el Juzgado dará traslado de la misma a la persona con discapacidad, el cual podrá comparecer en el proceso, designar su propio abogado y procurador e incluso oponerse a la solicitud.

En caso de que no haya oposición, el Juzgado continuará el proceso y tendrá facultad para recabar informes del ámbito social y médico sobre la persona. Aunque se acompañen con la solicitud informes de carácter social y médico, normalmente los Juzgados siempre solicitan informe médico al Instituto de Medicina Legal correspondiente. Una vez recabados los informes, se señala día y hora para una comparecencia.

En esa comparecencia, habrá primeramente una entrevista entre el Juez/a y la persona con discapacidad sin presencia de otras personas. En la práctica y dependiendo del grado de discernimiento de la persona, también estará presente algún familiar o persona cercana.

Seguidamente, declararán ante el Juez/a y el Ministerio Fiscal la persona o personas que instan la solicitud, los parientes más próximos y la persona o personas que se propongan como curadores.



¿Cuál es la situación actual en cuanto al establecimiento de medidas de apoyo a personas con discapacidad? Procedimiento judicial para la constitución de curatela

Sentencia: Una vez oídas todas las partes y al Ministerio Fiscal finaliza la comparecencia. Posteriormente se dictará sentencia donde se establecerán las medidas de apoyo concretas, quién o quiénes las desempeñarán y qué medidas de control tendrán que tomarse. Posteriormente se señalará día y hora para jurar el cargo de curador y en el plazo de 60 días se presentará el inventario de la persona con discapacidad.

En caso de oposición a la solicitud de medidas de apoyo, se archiva el procedimiento de jurisdicción voluntaria y se abrirá un juicio verbal promovido mediante escrito de demanda con intervención obligatoria de abogado y procurador.

No se considera oposición a estos efectos si la discusión es únicamente en lo que se refiere a quién será designado como curador.

Los legitimados para iniciar este procedimiento son los mismos que para el proceso de jurisdicción voluntaria y el proceso es esencialmente el mismo salvo por la obligación por parte del Juzgado de recabar dictamen pericial en los ámbitos social y médico sobre la persona con discapacidad por el carácter contencioso y contradictorio del procedimiento.



¿Cuál es la situación actual en cuanto al establecimiento de medidas de apoyo a personas con discapacidad? Procedimiento judicial para la constitución de curatela

En este procedimiento cada parte aportará y propondrá las pruebas que estime pertinentes para acreditar su posición, que serán practicadas en el acto de la vista.

Esta vista funciona de forma muy parecida que la comparecencia de jurisdicción voluntaria, se toma declaración a la persona, a los parientes, testigos y posibles curadores, se practicarán las demás pruebas admitidas y finalmente se formularán conclusiones orales por cada parte, dando fin al acto de la vista.

Posteriormente, se dictará sentencia con el mismo contenido que en el proceso de jurisdicción voluntaria, procediéndose en su caso a la jura del cargo por quien haya sido designado curador y a formar inventario del patrimonio de la persona con discapacidad en 60 días.

La sentencia puede ser recurrida ante la Audiencia Provincial que corresponda.



¿Cuál es la situación actual en cuanto al establecimiento de medidas de apoyo a personas con discapacidad? Procedimientos especiales

Medidas cautelares: Es un procedimiento judicial donde se trata la adopción de unas medidas para la protección de la persona con discapacidad o su patrimonio que, por cuestiones de urgencia, no pueden esperar a la finalización del proceso judicial correspondiente. Si es posible, se tomará declaración a la persona con discapacidad y a sus parientes más próximos y se practicarán las pruebas pertinentes.

Lo característico de este proceso es la enorme brevedad del mismo pero es requisito indispensable y esencial acreditar la urgencia de la adopción de las medidas.

Internamiento no voluntario: Es un procedimiento por el cual se solicita autorización judicial para que, por razones de trastorno psíquico y cuando la persona no esté en condiciones de decidirlo por sí, se proceda al internamiento de la persona en el centro correspondiente. Debe acreditarse la necesidad de la medida que esencialmente consiste en recabar un dictamen médico que así lo corrobore.

Si es posible, el Juzgado oirá a la persona afectada, al Ministerio Fiscal y cualquier interesado salvo que por razones de urgencia deba adoptarse la medida con carácter previo y ser posteriormente aprobada.



¿Qué ocurre con los expedientes judiciales sobre incapacidad ya terminados de acuerdo a la anterior legislación y con los que se encuentran en trámite?

Todos los expedientes judiciales, terminados o en trámite, que estén sujetos a la anterior legislación deben ser revisados para adecuarlos a esta reforma.

De mientras son revisados, hay un régimen transitorio.

En cuanto a los **expedientes terminados**:

- a) En aquellos en los que se constituyó la anteriormente denominada tutela, se aplicará lo ahora dispuesto para la curatela representativa.
- a) En aquellos en los que se constituyó la anteriormente denominada curatela, se seguirá con este régimen hasta la revisión del expediente.
- a) En aquellos en los que se prorrogó o rehabilitó la patria potestad, se seguirá con este régimen hasta la revisión del expediente.



¿Qué ocurre con los expedientes judiciales sobre incapacidad ya terminados de acuerdo a la anterior legislación y con los que se encuentran en trámite?

La revisión del expediente la puede instar el Ministerio Fiscal, el propio Juzgado que conoció el expediente o aquellos que ostenten cualquiera de los regímenes de guarda anteriores a la reforma sobre una persona con discapacidad.

Cualquier privación de derechos efectuada por una sentencia se anula automáticamente.

En cuanto a los **procesos en trámite**, no se retrotraerá ninguna actuación pero desde la entrada en vigor de esta reforma el proceso se regirá por lo dispuesto en ella en todos los aspectos.



¿Incide de alguna forma que los padres de una persona con discapacidad estén divorciados a la hora de establecer una medida de apoyo judicial?

Nada se prevé legalmente sobre este supuesto pero el objetivo de toda medida de apoyo, incluidas las judiciales, es adaptarlas a las necesidades y voluntad específicas de la persona con discapacidad.

Por tanto, una situación de divorcio en la que se pretenda constituir una medida de apoyo sobre el hijo de ambos, se tendrá en cuenta dicha situación a efectos de quién prestará el apoyo.

Normalmente, los Juzgados han venido aceptando la propuesta que se haga por ambos progenitores de común acuerdo.

En caso de conflicto en cuanto a quién ejercerá las medidas de apoyo, los Juzgados tendrán en cuenta las circunstancias específicas de cada progenitor, declaraciones de familiares y otras pruebas que sea pertinentes para determinar quién ejercerá las medidas.

En la práctica y salvo motivos que lo desaconsejen, los Juzgados suelen atribuir estas funciones al progenitor que conviva con la persona con discapacidad que suele coincidir con quien ha ostentado la custodia cuando era menor de edad.



¿Una persona con discapacidad puede otorgar testamento?

Sí, una persona con discapacidad puede otorgar testamento si el notario entiende que la persona comprende el alcance de sus disposiciones, siendo obligación del notario ayudar a la persona a desarrollar su proceso de toma de decisiones y a comprenderlas, así como adaptar la situación y procurar las medidas y herramientas para que la persona pueda expresar su voluntad y comprender el documento.

En caso de que la persona, a juicio del notario, no pueda crear o expresar una voluntad ni siquiera con medios de apoyo o no pueda comprender el alcance y contenido del documento, la persona no podrá otorgar testamento. Si una persona no otorga testamento, a su fallecimiento se abrirá la sucesión intestada.

Desaparece la antigua sustitución ejemplar por la que un ascendiente podía nombrar sustituto para para su descendiente declarado incapaz judicialmente.



¿Qué ocurre con los contratos celebrados por una persona con discapacidad?

Dado que ya no existe la declaración de incapacidad por la que se modifica la capacidad de obrar y no existe la privación de derechos, cualquier persona tiene plena capacidad de obrar para celebrar un contrato.

Antes de la reforma, por regla general un contrato realizado por una persona declarada incapaz era nulo con la consecuente restitución de las prestaciones dadas en virtud de ese contrato. En caso de no estar declarado incapaz, se analiza caso por caso, si bien se partía de una presunción de capacidad suficiente.

Sin embargo, ahora sólo serán anulables los contratos celebrados por personas con discapacidad que estén provistas de medidas de apoyo prescindiendo de dichas medidas cuando fueran precisas para ese acto. Dicha nulidad puede ser instada por la propia persona con discapacidad o por la persona que presta el apoyo. Si es instada por la persona que presta el apoyo, sólo habrá nulidad si el otro contratante conocía al existencia de medidas de apoyo o se hubiera aprovechado de la situación de discapacidad obteniendo una ventaja injusta.

Lo anterior, plantea un problema en cuanto a al recelo que puede causar contratar con una persona con discapacidad pues provoca inseguridad jurídica.



Arruti Abogados

Avda. de la Libertad, 3-1º ■ 20.004 San Sebastián ■ Tlf. 943 44 04 16 ■ Fax. 943 43 35 10

E-mail: info@arrutiabogados.com