

Pontevedra, a 24 de junio de 2021

EL SISTEMA DE APOYOS A LA CAPACIDAD JURÍDICA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

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

Publicada en el BOE: 3 de junio de 2021.

Entrada en vigor: 3 meses después de su publicación => 3 de septiembre de 2021.

Régimen transitorio: (disp. Transitoria quinta) Plazo máximo de tres años para revisar las medidas adoptadas con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley si no hubo solicitud previa, la cual se puede presentar en cualquier momento desde la entrada en vigor.

Esta Ley modifica el Código Civil, la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Ley Hipotecaria, la de Jurisdicción Voluntaria, la del Notariado, la de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad (patrimonio protegido), la del Registro Civil y el Código de Comercio.

Principales novedades

Se **elimina la condición de incapacitada/o** judicialmente así como las menciones a capacidad judicialmente modificada.

Con esta modificación de nuestra normativa se garantiza lo dispuesto en el artículo 12 de la Convención de Derecho de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, que proclama el principio de que las personas con discapacidad tienen **capacidad jurídica en igualdad de condiciones** con las demás en todos los aspectos de la vida y la **obligación de los Estados** Parte a adoptar las medidas que permitan el **acceso al apoyo** que puedan necesitar las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

Resoluciones judiciales sobre medidas de apoyo: ya no pueden referirse solo a la privación de derechos ni modificar o eliminar la capacidad jurídica. Tienen que ser un "traje

a medida” para cada persona con discapacidad en la que se establezcan los apoyos que mejor se le ajustan. Se tienen que tener en cuenta para ello los **deseos, voluntad y preferencias** de la persona. Las medidas adoptadas en el procedimiento de provisión de apoyos serán **revisadas cada tres años** o de manera excepcional en el plazo máximo de **seis años**, en casos en no hay previsiones de que la persona con discapacidad mejore en su autogobierno y tenga grandes necesidades de apoyo.

Desaparece la prórroga o rehabilitación de la patria potestad para las personas con discapacidad mayores de edad así como la **tutela**, que quedará reservada para menores de edad. En su lugar, se mantiene la curatela que podemos dividir en **curatela de asistencia y de representación**, esta última solo para casos excepcionales en los que sea imposible que la persona pueda expresar su voluntad, deseos o preferencias, teniendo la persona encargada de prestarle apoyos facultad representativa.

- **Medidas de apoyo**

Se modifica el Título XI del Código Civil referente a este tema. Las medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica pueden ser las **establecidas voluntariamente, la guarda de hecho, la curatela y el/la defensor/a judicial**.

En este sentido, podemos hablar de las **medidas de apoyo voluntarias** que son establecidas por la propia persona con discapacidad designando ella misma quien va a prestarle los apoyos y con que alcance. Pueden formalizarse a través de documento público.

El cargo de **defensor judicial** es una medida formal de apoyo que se establece cuando la necesidad de apoyo se necesita de manera ocasional, aunque sea de forma recurrente o en determinadas circunstancias como, por ejemplo, cuando haya conflicto de intereses, la persona que ha de prestar apoyo no puede hacerlo en ese momento o mientras no haya resolución judicial sobre la provisión de medidas judiciales de apoyo.

Se define la **guarda de hecho** como una medida informal de apoyo, mediante la cual, una persona puede prestar los apoyos que necesite otra sin que haya ninguna formalidad y cuando no haya medidas voluntarias o judiciales que se estén aplicando eficazmente. En todo caso, se necesitará autorización judicial para los supuestos en que la persona guardadora de hecho tenga que llevar a cabo facultades representativas de la persona con discapacidad, los mismos casos que para la curatela de representación. No necesitará esa autorización para solicitar prestaciones económicas a favor de la persona con discapacidad o realizar actos jurídicos sobre bienes de escaso valor.

En cambio, la **curatela** es una medida formal de apoyo aplicada a personas con una necesidad continuada de apoyo. Se establece **a través de resolución judicial** y su extensión atenderá a las circunstancias, situación y necesidades de apoyo de la persona con discapacidad. Como se mencionaba, puede ser solo de asistencia o con facultades

representativas en casos excepcionales, si bien es cierto, que la mayoría de tutelas anteriores pasarán a esta última modalidad pero en la resolución judicial tiene que establecer expresamente en qué actos operará esa facultad representativa. La curatela solo se establecerá cuando no exista ninguna otra medida de apoyo suficiente para garantizar el ejercicio de la capacidad jurídica en igualdad de condiciones.

Aunque ya se contemplaba en la anterior legislación, se pretende dar mayor impulso a figuras como la **autocuratela o los mandatos o poderes preventivos** mediante la cual cualquier persona mayor de edad o menor emancipada puede establecer voluntariamente en un documento público las medidas de apoyo, la persona encargada de ser su curadora y los mecanismos de seguimiento o control que pueda llegar a necesitar si surgiera la necesidad. Estas medidas serán respetadas salvo que la autoridad judicial entienda que son insuficientes o que una guarda de hecho no bastara.

- **Novedades en derecho sucesorio**

Modificación del Código Civil en esta materia para otorgar mayor legitimidad a la facultad de testar de las personas con discapacidad garantizando el acceso a los apoyos que necesite o haciendo los ajustes razonables precisos para que puedan hacer testamento. Se elimina la denominada **sustitución ejemplar**, por la cual los padres de una persona incapacitada judicialmente en sus testamentos podían suplir la falta de testamento de esa persona haciéndolo por ella, lo cual es totalmente contrario a la Convención de Nueva York ya que el testamento es uno de los actos denominados personalísimos. Se mantiene para estos casos, en los que la persona no pueda llegar a testar, la **sustitución fideicomisaria de residuo** mediante la cual los padres podrán disponer a quién le quedarán los bienes que le den a sus hijos/as una vez que hayan fallecido pero, en ningún caso, pueden asumir el papel de hacer testamento por la persona con discapacidad. Se prevé para las sustituciones ejemplares realizadas antes de la entrada en vigor de este nuevo sistema que pasen a ser sustituciones fideicomisarias de residuo.

Hay novedades también en la **legítima** que hay que dejarle a los herederos/as forzosos/as pudiendo beneficiar en la legítima a la hija o hijo con discapacidad frente a sus hermanas/os u otras/os descendientes.

Se modifica la Ley de Jurisdicción Voluntaria para establecer que los casos de curatela de representación y defensores/as judiciales necesitarán autorización judicial para aceptar la herencia sin beneficio de inventario o para repudiar herencia o legado a favor de la persona con discapacidad. Esta autorización se solicitará a través del expediente de jurisdicción voluntaria correspondiente y podrá hacerlo la persona que preste ese apoyo representativo.

Por otra parte, en materia de **obligaciones y contratos**, se han llevado a cabo modificaciones relativas a la nulidad y rescisión de los contratos, haciéndose ahora referencia a menores no emancipados/as y a personas con discapacidad que no cuenten en ese momento con los apoyos necesarios, además de la previsión de que la otra parte tuviera o no conocimiento de la existencia de tales apoyos.

Cabe señalar que para que todas estas medidas surtan efecto no es necesario que haya un reconocimiento administrativo de la discapacidad a través del reconocimiento de un grado de dependencia II o III, sino que solo se exigirá tal **acreditación** para determinados supuestos como la atribución del uso de la vivienda familiar, sustitución fideicomisaria o especialidades de las legítimas.

- **Modificación del Código Penal:**

Como ya se venía recogiendo en el Código Penal la exención de la responsabilidad criminal no exime de la **responsabilidad civil** en los casos de personas con alteraciones psíquicas o que tengan gravemente alterada la conciencia de la realidad, siendo también responsables civilmente las personas que ejerzan el **apoyo legal o de hecho** de estas personas y los **curadores con facultades de representación plena que convivan** con ellas siempre que hubiera mediado culpa o negligencia por su parte.

- **Derecho Registral:**

Las resoluciones judiciales y los documentos públicos notariales sobre tutelas y medidas de apoyo deben inscribirse en el Registro Civil ya que es el principal instrumento para darles publicidad. En cambio, se inscribirán en otros Registros como el de la Propiedad, Mercantil o de Bienes Muebles cuando lo solicite expresamente la persona con discapacidad. En cuanto a la publicidad hay que tener en cuenta que todos los datos referentes a la discapacidad que pueda tener una persona son **datos especialmente protegidos**, por lo que la publicidad registral tiene que hacerse respetando totalmente los derechos a la intimidad y la normativa en materia de protección de datos. Podrá hacerse referencia a que hay medidas de apoyo pero no dar a conocer la discapacidad que pueda tener nadie. El funcionamiento podrá acceder a estos datos especialmente protegidos.

- **Formación específica y papel de las Entidades del Tercer Sector de Acción Social**

Por otra parte, en las disposiciones adicionales de esta Ley se establece un régimen de colaboración entre las entidades del Tercer Sector de Acción Social y la Administración de Justicia para asistir y aportar conocimientos y colaborar en el desarrollo de iniciativas y proyectos. Asimismo, se asegurará la formación específica sobre medidas de apoyo a la personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica de magistrados/as y

jueces/juezas, funcionariado, cuerpos y fuerzas de seguridad, colegios de procuradurías, abogacía, graduadas/os sociales y registradoras/es.

Procedimientos de provisión de medidas de apoyo

Se establece un nuevo procedimiento de jurisdicción voluntaria para la constitución de las medidas de apoyo, en el cual las medidas adoptadas por la autoridad judicial deberán respetar la máxima autonomía de la persona y atender a sus deseos, voluntad y preferencias. Preferentemente, se establecerá una curatela de carácter asistencial en la que la persona curadora prestará los apoyos más adecuados para la persona con discapacidad. Se seguirá este procedimiento de jurisdicción voluntaria salvo que en el transcurso se plantee controversia u oposición.

En estos procesos, se realizarán las adaptaciones y ajustes necesarios para garantizar la participación de las personas con discapacidad, se reconoce su derecho a entender y a ser entendidas lo que implica que:

- Todas las comunicaciones se harán en lenguaje sencillo, claro y accesible.
- Se le dará la asistencia o apoyos necesarios para hacerse entender, como la interpretación en lenguas de signos o medidas de apoyo para la comunicación oral.
- Participación de una persona profesional experta que realice las tareas de adaptación y ajuste.
- Se reconoce el derecho a estar acompañada de una persona de su elección desde el primer contacto con las autoridades y funcionariado.

1.- Expediente de provisión de medidas de apoyo a personas con discapacidad

Para aquellos casos en que se necesiten medidas de apoyo con carácter estable.

- Competente: Juzgado de Primera Instancia del lugar de residencia de la persona con discapacidad.
- Puede iniciarlo: Ministerio Fiscal, la persona con discapacidad, cónyuge no separado/a o pareja en situación asimilable, ascendientes, descendientes o hermanas/os.
- Solicitud: acompañada de documentos que acrediten la necesidad de medidas de apoyo, dictamen pericial de profesionales del ámbito social y sanitario y proponer las pruebas consideradas oportunas.

- Admitida la solicitud se convoca al Ministerio Fiscal, a la persona con discapacidad, cónyuge no separado/a o pareja en situación asimilable, ascendientes, a descendientes o a hermanas/os. Se recaba certificado del Registro Civil sobre medidas de apoyo inscritas.
- La autoridad judicial puede pedir informe a la entidad pública encargada de la promoción de la autonomía y asistencia a las personas con discapacidad y a **entidades del tercer sector de acción social**. También puede pedir dictamen pericial.
- Comparecencia: entrevista con la persona con discapacidad, práctica de prueba y se oirá a las personas que hayan acudido.
- Auto: adopción de medidas que serán revisadas en el plazo fijado.
- Fin del expediente: no hay auto estableciendo medidas de apoyo si la persona con discapacidad adopta una medida de apoyo después de ser informada por la autoridad judicial o hay oposición del MF, de la persona con discapacidad o interesados aunque la autoridad judicial puede adoptar medidas de apoyo provisionales que tendrán un plazo máximo de 30 días. (pasaríamos a demanda de adopción de medidas de apoyo en procedimiento ordinario con juicio contencioso).
- Revisión de las medidas: mismo Juzgado que las adoptó. Revisión periódica según lo que establezca el auto. Entrevista con la persona con medidas de apoyo y puede pedir dictamen pericial o informe a las entidades. Se traslada a la persona con discapacidad, a quien ejerza el apoyo, MF y personas interesadas para que hagan alegaciones y presenten pruebas. Se emitirá nuevo auto.

2.- Expediente de tutela y curatela

Será competente también el Juzgado de Primera Instancia del lugar de residencia de la persona con discapacidad o menor de edad y conocerá de todas las incidencias, trámites y adopción de medidas o revisiones posteriores, también aplicable a la guarda de hecho. No será preceptiva la intervención de abogada/o y procurador/a salvo para la remoción o la extinción de poderes preventivos que se necesitará abogada/o.

Este procedimiento solo se aplica a la **curatela** cuando ya se hubieran adoptado medidas judiciales de apoyo y hubiese que nombrar nuevo/a curador/a por que el anterior hubiera fallecido o sido removido.

- Inicio del expediente: solicitud del MF o personas indicadas para promover la curatela o tutela. Se acompañarán los documentos acreditativos de su legitimación, se indicarán quiénes son los parientes más cercanos, certificado de nacimiento, últimas voluntades de los/las progenitores/as o documento otorgado por la propia persona con discapacidad.
- Comparecencia: se oirá a la persona que lo promueve, a la persona con discapacidad o menor de edad con más de 12 años o menos pero con suficiente

madurez, parientes más próximos y Ministerio Fiscal. El juez o la jueza y el Ministerio Fiscal actuarán de oficio en interés del/de la menor y respetando la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad para adoptar y proponer medidas, diligencias, informes periciales y pruebas oportunas.

- Resolución que acuerda la tutela o curatela: pueden establecerse medidas de vigilancia y control oportunas, exigir informes a la persona curadora o tutora sobre la situación personal y de los bienes de la persona con discapacidad o menor de edad así como exigirles fianza.
- Esta resolución puede recurrirse mediante apelación quedando la persona con discapacidad o menor de edad al cuidado del curador/a nombrado/a.
- Cuando la resolución sea firme se citará a la persona nombrada como curadora o tutora para que acepte el cargo o se excuse. Se remitirá resolución y acta de posesión del cargo para que se inscriba en el Registro Civil.
- La persona nombrada administradora del caudal de la persona con discapacidad o menor de edad tendrá que hacer inventario de los bienes que esta tenga.

Retribución del cargo: derecho a solicitarlo, el juez o jueza fijará el importe en base a sus funciones y el valor y rentabilidad de los bienes de la persona interesada. Para tomar la decisión se escuchará al solicitante, la persona con discapacidad o menor de edad, al MF y cuantas personas considere oportuno.

Remoción del cargo: puede solicitarlo el MF, persona sujeta a tutela o curatela. Se celebrará una comparecencia en la que se escuchara a las personas mencionadas, a quien ejerza esa tutela o curatela y a las personas que puedan sustituirle en el cargo. Si hubiera oposición el procedimiento pasará a contencioso.

Excusa del cargo: se establece un plazo de 15 días para alegar la excusa desde que se tenga conocimiento del nombramiento, para ello se celebrará una comparecencia. Si se admite se nombrará a otra persona como tutora o curadora.

Rendición de cuentas: podrá pedirse un informe sobre la situación personal de la persona con discapacidad o menor de edad o sobre sus cuentas a quien ejerza su tutela o curatela. Se remitirán a la persona con discapacidad o menor de edad, al MF y otras interesadas que podrán solicitar una comparecencia. El Juez/a podrá solicitar informe pericial o auditoría a costa del patrimonio de la persona con curatela o tutelada. Se dictará auto sobre los informes y las rendiciones de cuentas.

Guarda de hecho: La autoridad judicial puede solicitar a la persona guardadora de hecho para que informe sobre la situación de la persona con discapacidad o menor de edad y de sus bienes. Podrán establecerse medidas de control y de vigilancia además de promover el expediente de tutela o curatela. Cuando la persona guardadora necesite de autorización judicial, la autoridad judicial se entrevistará personalmente con la persona

con discapacidad o menor de edad y podrá solicitar informe pericial o citar a las personas necesarias si lo estima conveniente.

3.- Procedimiento para la autorización o aprobación judicial de actos de disposición sobre los bienes de las personas con discapacidad con medidas de apoyo o menores de edad:

Aplicable a los **actos de disposición o gravamen** que quiera solicitar la persona representante legal de un/una menor de edad, quien preste apoyo a alguien con discapacidad o la administradora de un patrimonio protegido.

- Competente: Juzgado de Primera Instancia de la residencia de la persona con discapacidad o menor de edad.
- Legitimación: pueden promover el expediente la persona que tenga la representación legal, quien ejerza el apoyo a la persona con discapacidad o la propia persona con discapacidad. Si se tratan de bienes del patrimonio protegido será competente la persona que lo administre. No es necesaria la asistencia de profesional de la abogacía y procuraduría si el valor de la operación no supera los 6000 euros.
- Tramitación: admitida la solicitud, se citará para comparecencia al Ministerio Fiscal, a la persona con discapacidad o menor de edad mayor de 12 años o menor con madurez suficiente y aquellas personas que exijan las leyes según el caso. Podrá pedirse dictamen pericial.
- Resolución: La Jueza o Juez resolverán denegando o concediendo autorización en función de los intereses de la persona con discapacidad o menor. Esta resolución puede recurrirse vía apelación.

4.- Expediente de jurisdicción voluntaria en materia de familia para el establecimiento de medidas de protección ante el ejercicio inadecuado de la potestad de guarda o de administración de los bienes de menores o de personas con discapacidad

Entre otros supuestos, se contempla para las medidas de apoyo que puedan establecerse a personas con discapacidad. El Juzgado competente para conocer es el de Primera Instancia del domicilio de la persona con discapacidad o el que hubiera establecido judicialmente las medidas de apoyo.

Régimen transitorio

Establece la Disposición transitoria primera que a partir de la entrada en vigor de esta ley quedan sin efecto las **meras privaciones de derechos** de las personas con discapacidad.

A las tutoras y tutores de personas con discapacidad les serán de aplicación las normas establecidas por esta nueva ley para la **curatela representativa** y a las personas curadoras de menores emancipados las normas de los **defensores judiciales** de menores.

Las madres y padres que venían ostentando la **patria potestad rehabilitada o prorrogada** continuarán ejerciéndola hasta que se revisen las medidas.

En cuanto a las medidas de **autotutela** se entenderá a partir de ahora como autocuratela y los poderes y mandatos representativos establecidos con anterioridad a este nuevo sistema aplicándole a la persona apoderada se le aplicarán las reglas establecidas para la curatela.

Se establece un **procedimiento de revisión de las incapacitaciones judiciales establecidas con anterioridad** para que puedan ser adaptadas al nuevo sistema. Esta revisión puede ser solicitada en cualquier momento por las personas con la capacidad judicialmente modificada, las declaradas pródigas, progenitores/as que ostenten la patria potestad prorrogada o rehabilitada, tutoras, curadoras, defensoras/es judiciales y apoderadas/os preventivos. La revisión deberá realizarse en el **plazo máximo de 1 año** desde la fecha de la solicitud.

Si no se hubiera solicitado, se prevé que la mencionada revisión se haga por la autoridad judicial de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal en **el plazo máximo de 3 años** desde la entrada en vigor de esta norma.

Por lo tanto, podemos inferir que en el plazo máximo de tres años desde la entrada en vigor del nuevo sistema de apoyos (3 de septiembre de 2024), todas las incapacitaciones judiciales deben ser modificadas para cumplir con lo dispuesto en la nueva normativa.