

EL NUEVO SISTEMA DE APOYOS PARA EL EJERCICIO DE LA
CAPACIDAD JURÍDICA EN LA LEY ESPAÑOLA 8/2021, DE 2 DE
JUNIO: PANORÁMICA GENERAL, INTERROGANTES Y RETOS*

*THE NEW SUPPORT SYSTEM FOR THE EXERCISE OF LEGAL
CAPACITY IN SPANISH LAW 8/2021, OF JUNE 2: A GENERAL
OVERVIEW, QUESTIONS AND CHALLENGES*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 17, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 16-47

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto de investigación del Ministerio de Ciencia e Innovación, PID2019-105489RB-I00 "Vulnerabilidad patrimonial y personal: retos jurídicos" (IIPP M^a Victoria Mayor del Hoyo/Sofía de Salas Murillo).

Sofía de SALAS
MURILLO

ARTÍCULO RECIBIDO: 10 de marzo de 2022

ARTÍCULO APROBADO: 25 de abril de 2022

RESUMEN: La implementación en España de la Convención de Naciones Unidas de Derechos de las Personas con Discapacidad en lo relativo al ejercicio de la capacidad jurídica, se ha llevado a cabo a través de la Ley 8/2021, de 2 de junio. Esta reforma ha afectado a las bases tradicionales del ordenamiento jurídico, no solo por el hecho de eliminar la modificación de la capacidad de obrar y la tutela de adultos, y dar clara preferencia a las medidas voluntarias respecto a las judiciales, sino por todas las consecuencias que implica poner como centro del sistema el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de las personas con discapacidad. El trabajo aporta una panorámica general del nuevo sistema, con especial referencia al impacto en materia de obligaciones y al reflejo de las medidas de apoyo en los Registros civil y de la Propiedad. Una reforma de este calado ha provocado, como es lógico, numerosos interrogantes respecto a su aplicación y desde luego plantea importantes retos para los operadores jurídicos concernidos y la sociedad en su conjunto.

PALABRAS CLAVE: Convención de Naciones Unidas de los derechos de las personas con discapacidad; apoyo; Observación General del Comité de Naciones Unidas; ejercicio de la capacidad jurídica; curatela; curador representativo; respeto a la voluntad y preferencias; mejor interés de la persona con discapacidad; anulabilidad.

ABSTRACT: *The implementation in Spain of the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities in relation to the exercise of legal capacity has been carried out through Law 8/2021, of June 2. This reform has affected the traditional bases of the legal system, not only due to the fact of eliminating the modification of the capacity to act and the guardianship of adults, and giving clear preference to voluntary measures over judicial ones, but also due to all the consequences which implies placing respect for the will, desires and preferences of people with disabilities at the center of the system. This paper provides a general overview of the new system, with special reference to the impact on obligations and the reflection of the support measures in the Civil and Property Registries. A reform of this scope has naturally raised numerous questions regarding its application and certainly poses significant challenges for the legal operators concerned and society as a whole.*

KEY WORDS: *United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities; General Comment of the Committee on the Rights of Persons with Disabilities; support; exercise of legal capacity; curatorship; representative curator; respect for the will and preferences; Best interest of the person with a disability; annulment.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. PANORÁMICA GENERAL DEL NUEVO SISTEMA.- I. Medidas de apoyo de naturaleza voluntaria.- 2. Guarda de hecho.- 3. Medidas de apoyo de origen judicial.- A) La curatela.- B) El defensor judicial.- 4. Cauces procesales.- 5. Consecuencias de la reforma en materia de obligaciones y contratos.- 6. Aspectos registrales de la reforma.- 7. Régimen transitorio.- III. ALGUNOS INTERROGANTES y RETOS EN LA APLICACIÓN DE LA LEY 8/2021.- 1. ¿Realmente se va a poder seguir recurriendo al criterio del interés superior de la persona con discapacidad para la toma de decisiones pese a lo que dice la Observación general y lo que parece decir la ley?- 2. ¿Cuándo se va a entender que hay defecto o insuficiencia de medidas? Y en relación con esto: ¿cuál va a ser el papel de la guarda de hecho? ¿y el de las escrituras de provisión de apoyos del art. 255? ¿son unilaterales o bilaterales?- 3. ¿Cuáles son los servicios asistenciales que impiden ser prestador de apoyos? ¿Qué va a pasar con la guarda de hecho en las residencias?- 4. ¿Se puede otorgar poder preventivo a favor de una entidad pública? ¿Le condiciona en algo la imposibilidad de excusarse para el desempeño de los apoyos del art. 281 CC in fine?- 5. El reto de la adaptación de las sentencias ya emitidas y la dotación de medios a la autoridad judicial y quienes han de elaborar los informes sociales.- 6. El reto de la prueba de la guarda de hecho como requisito necesario para la efectividad del protagonismo del que le dota la Ley 8/2021.

I. INTRODUCCIÓN.

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, ha implantado, como su propio título indica, un sistema de apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica: este sistema sustituye al vigente hasta ahora desde 1983, que articulaba la protección jurídico-privada de las personas con discapacidad a través de la limitación de la capacidad de obrar de la persona, que iba acompañada del correspondiente régimen de guarda de la persona y bienes de aquel a quien se limitaba su capacidad. Limitación y régimen, que como ya imperaba la propia reforma del Código civil en materia de tutela de 1983 (Ley 13/1983, de 24 de octubre), tenía como pieza fundamental una sentencia judicial que, por un parte, declaraba dicha limitación de la capacidad de obrar y por otra, proveía del correspondiente régimen de guarda: tutela o curatela, según el grado de discapacidad, que suponía que el tutor o el curador representaban o asistían respectivamente a la persona en los actos que determinara la sentencia.

Como sabemos, en 2006 se aprueba la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad (en adelante, CDPD, o simplemente Convención), que impone a los Estados parte, reconocer que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás en todos los aspectos de la vida: lo que han de hacer los Estados es proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en “el ejercicio de su capacidad jurídica”, y asegurar que en todas las medidas relativas a

• **Sofía de Salas Murillo**

Catedrática de Derecho civil. Universidad de Zaragoza. Correo electrónico: sofiasal@unizar.es

dicho ejercicio se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir abusos.

El legislador español se ha tomado su tiempo para acometer la reforma del sistema en este punto, y ello por dos motivos: por la complejidad técnica de la cuestión, pues se era consciente de que se trata de una pieza fundamental en el sistema —el ejercicio de la capacidad jurídica—, que afecta a sus mismas bases, y por otra, porque había un importante desacuerdo en el contenido y alcance que había de darse a esta reforma. En este sentido, había un sector de la doctrina española, avalado por la STS 29 abril 2009, y sentencias posteriores, que consideraban que el sistema de apoyos al que alude la Convención en España estaba integrado por las figuras ya existentes de tutela, curatela, guarda de hecho y defensor judicial, eso sí, interpretadas conforme a los criterios de la Convención, que potencia el respeto a la voluntad y preferencias de las personas con discapacidad.

Sin embargo, y finalmente, no ha sido esta la opinión del legislador, el cual ha considerado que la base de ese sistema fallaba, por partir de la premisa de que la capacidad se puede limitar, aunque sea de forma gradual, siendo como el paradigma de la Convención es que la capacidad no se limita, sino que es la misma para todos: lo que se precisa es que el sistema provea de los apoyos suficientes para lograr que su ejercicio sea para todos en condiciones de igualdad.

Por ello, y tras un largo proceso legislativo, se aprobó la Ley 8/2021, de 2 de junio, que efectúa una reforma de gran calado, en fondo y forma¹, y afecta a ocho leyes distintas: no solo al Código civil (CC), sino también a otras como la Ley de enjuiciamiento civil (LEC), la de jurisdicción voluntaria (LJV) o la Ley hipotecaria (LH), entre otras.

II. PANORÁMICA GENERAL DEL NUEVO SISTEMA.

Pese a su título, la Ley 8/2021, no define ni discapacidad, ni cuándo es necesaria la provisión de un apoyo, ni qué es el apoyo en sí, sino que emplea una fórmula circular, al introducir una nueva Disposición Adicional (DA) en el CC: "...A los efectos de los demás preceptos de este Código, salvo que otra cosa resulte de la dicción del artículo de que se trate, toda referencia a la discapacidad habrá de ser entendida a aquella que haga precisa la provisión de medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica" (DA 4^a).

¹ La lectura del preámbulo de la Ley sitúa en la *mens legislatoris* en este importante cambio de sistema. Un análisis detallado del mismo, en SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Á.: "Aspectos generales de la reforma del código civil relativa a las personas con discapacidad intelectual en el ejercicio de su capacidad jurídica", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 33, enero 2022, en especial, pp. 20-25.

Sin embargo, a la luz de su finalidad y contenido se concluye que por discapacidad se entiende la que afecta a la aptitud de conocer y querer e influye en el proceso de toma de decisiones y ejercicio de actos con eficacia jurídica, y por medidas de apoyo, las que se proyectan a lo largo de ese proceso.

Aun no existiendo tales definiciones, lo que sí contiene la Ley es un sistema de apoyos, que son, como dice el nuevo art. 250 CC, y por este orden, “además de las de naturaleza voluntaria, la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial”. Medidas cuya función se halla descrita en dicho artículo, al decir que “La función de las medidas de apoyo consistirá en 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”.

¿En qué orden entran en juego estas medidas? Como señala el art. 253.4 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”.

Detallemos un poco más el contenido de cada una de estas figuras.

I. Medidas de apoyo de naturaleza voluntaria.

Las medidas de apoyo de naturaleza voluntaria, dice el art. 250 CC, son las establecidas por la persona con discapacidad, en las que designa quién debe prestarle apoyo y con qué alcance. Precisamente por su origen, se presentan como las más aptas para plasmar el criterio de respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona, base del nuevo sistema. Han de constar en escritura pública, que se comunica al Registro civil para que conste en el registro individual de cada persona.

El art. 255 CC: dispone que “Cualquier persona mayor de edad 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”. Se acoge, por tanto, la posibilidad de otorgar medidas de presente (y no solo, como decía el proyecto de ley, medidas de futuro, pensando, por ejemplo, en demencias progresivas tipo Alzheimer): es la propia persona que ya necesita los apoyos quien determina su contenido, alcance y persona que desea que se los preste, y en el otorgamiento de esta escritura, el notario “deberá dar fe de que a su juicio tienen capacidad y legitimación, de que el consentimiento ha sido libremente prestado” (art. 17.1 bis Ley del Notariado, LN). Otra cosa es que para la formación de ese consentimiento libre se cuente con un apoyo, aunque sea informal, de alguien de su entorno, del propio notario, o, incluso, de la persona

que le va a prestar dichos apoyos, siempre que ello no implique una captación de voluntad o influencia indebida: aquí, el notario ha de estar especialmente vigilante, pues puede ser una situación que lo propicie.

Y si se tratase de “persona con discapacidad sin apoyo suficiente” se impone al notario comunicar esta circunstancia al Ministerio Fiscal para que inste la designación de un defensor judicial (arts. 56.1.3, 57.3.2 y 62.3 LN). Pero en la filosofía de la Ley, el notario solo se puede negar al otorgamiento de estas escrituras, cuando “pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona”, que es el criterio que la ley da para permitir funciones representativas.

1. Cabe, en primer lugar, otorgar una escritura de previsión de medidas de apoyo sobre la propia persona (art. 255 CC). No se establece un contenido mínimo para estas medidas, pudiendo servir tanto para cuestiones personales (indicaciones de tipo de vida o actividades: seguir perteneciendo o no a una entidad deportiva, recibir atención religiosa o de otro tipo, etc.) como patrimoniales (nombrar un asesor con el título y condiciones que se quiera, o un ayudante para la emisión correcta de sus declaraciones de voluntad, para la supervisión de cuentas corrientes o para un acompañamiento médico con carácter estable, etc.). Y en concreto, cabe distinguir entre régimen de actuación (alcance de las facultades, forma de ejercicio de quien ha de prestar el apoyo) y régimen de control y medidas preventivas para “evitar abusos, conflicto de intereses o influencia indebida”, a fin de garantizar el “respeto de su voluntad, deseos y preferencias”.

2. También se consideran medidas voluntarias, fuera del Código civil, y limitadas al ámbito de la salud, las instrucciones previas, las cuales no hace falta que se otorguen en escritura pública.

3. Hay que hacer constar que nuestro sistema ya contaba con algunos contratos típicos que pueden cumplir este papel de medidas de apoyo, como el contrato de alimentos o el arrendamiento de servicios.

4. Participa asimismo de la naturaleza de medidas de naturaleza voluntaria la autocuratela, aunque su regulación se halle, lógicamente, en el capítulo dedicado a las medidas tomadas por la autoridad judicial (arts. 271-274 CC).

Estas medidas de apoyo, sin embargo, no pueden consistir en una relación contractual, para obtener “servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga”, pues en este caso, a sus prestadores les está vetado ejercer ninguna de las medidas de apoyo (art. 250 CC in fine). Por el contexto y orígenes de esta prohibición —evitar conflictos de intereses con quien podría actuar como juez y parte— parece que ha de entenderse referido a cuidadores personales

o residencias, no a otros servicios de asesoramiento, como el financiero o legal, que podrían entrar en la categoría de un arrendamiento de servicios (incluida la defensa en juicio).

5. En el ámbito de las medidas voluntarias de protección, se regula la posibilidad de otorgar poderes preventivos (arts. 256 a 261 CC), que adopta dos modalidades: la del art. 256 CC, que se identifica con lo que se conoce como poder con ultraactividad (o continuado), en la que el poder despliega todos sus efectos desde el primer momento, los cuales, en principio, no se ven alterados por la afectación o pérdida de facultades del poderdante, y la del poder preventivo en sentido estricto o *ad cautelam*, del que se ocupa el art. 257 CC, que principia sus efectos cuando se da la situación de precisar apoyos. En ambos casos, el poderdante opta voluntariamente por conferir, mediante una declaración de voluntad unilateral recepticia, un conjunto de facultades para que se actúe en su nombre, o en definitiva, para que se le represente. El origen voluntario de esta declaración de voluntad salva el inconveniente que podría suponer el carácter representativo, porque la sustitución es, precisamente, el resultado del respeto a la voluntad de la persona. Sin embargo, su carácter unilateral puede poner en duda la eficacia de esta figura como medida de apoyo pues el poder posibilita, pero no obliga a nada al apoderado.

2. Guarda de hecho.

Junto a esta posibilidad de medidas voluntarias, que se consideran como prioritarias y que el legislador trata de potenciar, la Ley da un especial protagonismo a la guarda de hecho, como medida informal de apoyo que presta espontáneamente a la persona con discapacidad un tercero (normalmente un familiar) sin que tenga ningún título ni nombramiento oficial para ejercer esa función.

Respecto a la guarda de hecho, si “supone de apoyo suficiente” (art. 255.V CC), la autoridad judicial no decretará ninguna medida de apoyo formal: ya está habiendo autos que ante la petición de familiares (ahora no hace falta abogado ni procurador) de constituir una medida judicial, la desestiman, al apreciar la existencia de una guarda de hecho que se considera apoyo suficiente. Otro tema será, la prueba de la condición de “guardador de hecho”.

A ello hay que añadir que según el art. 263 CC: “Quien viniere ejerciendo adecuadamente la guarda de hecho de una persona con discapacidad continuará en el desempeño de su función incluso si existen medidas de apoyo de naturaleza voluntaria o judicial, siempre que estas no se estén aplicando eficazmente”, lo que significa que, lejos de ser una institución a convertir cuanto antes en “jurídica”, que era la idea inspiradora de la legislación anterior, ahora se tiende a consolidar, incluso, como remedio ante el mal funcionamiento de las otras instituciones.

La novedad es que el guardador de hecho puede desempeñar, de modo excepcional, funciones representativas, si bien para ello “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”, tal y como dispone el art. 264.I CC, que se remite al art. 287 CC. “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” (art. 264.IV CC). ¿Y qué actos son los del art. 287 CC? Como veremos enseguida, aquellos para los que el curador con funciones representativas necesita autorización judicial, como por ejemplo: “1.º Realizar actos de trascendencia personal o familiar cuando la persona afectada no pueda hacerlo por sí misma, todo ello a salvo lo dispuesto legalmente en materia de internamiento, consentimiento informado en el ámbito de la salud o en otras leyes especiales, o 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, etc. ...”.

3. Medidas de apoyo de origen judicial.

Como dice el art. 255.V 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”.

Y estas medidas judiciales son:

- La curatela, ahora medida única de carácter flexible y polivalente, con carácter de medida formal de apoyo que se aplicará a quienes precisen este de modo continuado. 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 de apoyo.

- El nombramiento de defensor judicial como medida formal de apoyo, que procederá cuando la necesidad de este se precise de forma ocasional, aunque sea recurrente.

- Se eliminan del ámbito de la discapacidad la tutela, la patria potestad prorrogada y la patria potestad rehabilitada, que la nueva ley considera figuras demasiado rígidas y poco adaptadas al sistema de promoción de la autonomía de las personas adultas con discapacidad. Asimismo, se suprime la prodigalidad como institución autónoma.

El procedimiento judicial de provisión de apoyos sólo puede conducir a una resolución judicial que determine los actos para los que la persona con discapacidad requiera el apoyo, pero en ningún caso a la declaración de incapacitación ni a la privación de derechos, sean estos personales, patrimoniales o políticos.

Medidas judicialmente decretadas, que serán revisadas periódicamente en un plazo máximo de tres años, o en casos excepcionales de hasta seis, y en todo caso ante cualquier cambio en la situación de la persona que pueda requerir su modificación (art. 268 CC).

A) *La curatela.*

La institución objeto de una regulación más detenida es la curatela, que será primordialmente de naturaleza asistencial. Sus finalidades son distintas.

La primera y más acorde con la finalidad de la ley es ayudar en el proceso de toma de decisiones: “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” (art. 249.II CC).

Junto a ello, el curador está llamado a prestar asistencia en el acto jurídico concreto, lo que se identificaría más con la función tradicional asignada al curador. Ahora bien, la asistencia en la que está pensando la Ley 8/2021 no es un complemento de capacidad, tal y como se ha venido entendiendo hasta ahora, pues no es que “falte algo a la capacidad que se tenga que completar”, sino que jurídicamente es un apoyo en el sentido de respaldo de una actuación; sin embargo, hay que reconocer que en cierto sentido funciona como complemento de capacidad, dado que el acto realizado sin él se puede anular, aunque sea en casos muy limitados (art. 1302.III CC), a los que más adelante me referiré. Todo ello teniendo en cuenta también que el art. 269.II CC dispone que “La autoridad judicial determinará los actos para los que la persona requiere asistencia del curador en el ejercicio de su capacidad jurídica atendiendo a sus concretas necesidades de apoyo”.

En casos excepcionales, cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona, las medidas de apoyo podrán incluir funciones representativas. En este caso, en el ejercicio de esas funciones se deberá tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que habría

adoptado la persona en caso de no requerir representación (arts. 249.III y 269.III CC).

“Cuando el curador 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 enumerados en la extensa lista del art. 287 CC”, amplio listado que recoge actos como los de transcendencia personal o familiar cuando la persona afectada no pueda hacerlo por sí misma, o la enajenación o gravamen de bienes inmuebles, entre otros muchos. Y si se trata de actos que se hubieran podido celebrar sin autorización judicial (los que no aparecen en el listado del art. 287 CC) se prevé la posibilidad de rescindir por lesión dichos actos “siempre que las personas a quienes representen hayan sufrido lesión en más de la cuarta parte del valor de las cosas que hubiesen sido objeto de aquellos” (art. 1291.1º CC).

Aun cuando su constitución provenga de la correspondiente resolución judicial, su régimen jurídico puede obedecer a las disposiciones que, con mayor o menor extensión, hubiera ordenado la persona interesada (autocuratela). De hecho, en cuanto a la designación de la persona concreta que haya de ejercer los apoyos, se da preferencia a aquél que haya sido designado previamente por la persona: la autoridad judicial estará vinculada por la voluntad del interesado al constituir la curatela (art. 272 CC), de manera que habrá de ser nombrado curador el que hubiera propuesto quien precisa apoyo o la persona en quien hubiera delegado (art. 276 CC) teniendo en cuenta que también puede haber nombrado sustitutos. Esta vinculación de la autoridad judicial a la propuesta puede decaer “si existen circunstancias graves desconocidas por quien las estableció o alteración de las causas expresadas por ella o que presumiblemente tuvo en cuenta en sus disposiciones”, que exige al respecto resolución motivada. Además, la autoridad judicial deberá atender a lo dispuesto en el art. 275 CC –aptitud de la persona propuesta, inhabilidad absoluta y relativa– (art. 276.I CC).

En su defecto, se establece un listado de personas: la autoridad judicial nombrará curador: 1º. Siempre que convivan con la persona que precisa apoyo, al cónyuge, o a quien se encuentre en una situación de hecho asimilable. 2º. Al hijo o descendiente; de ser varios goza de preferencia el que conviva con la persona que precisa el apoyo. 3º. Al progenitor o, en su defecto, ascendiente; siendo varios goza de prioridad el que de ellos conviva con quien precisa el apoyo. 4º. A la persona o personas que el cónyuge o la pareja conviviente o los progenitores hubieran dispuesto en testamento o documento público. 5º. A quien estuviera actuando como guardador de hecho. 6º. Al hermano, pariente o allegado que conviva con la persona que precisa la curatela. 7º. A una persona jurídica; naturalmente, siempre

que cumpla las condiciones legalmente exigibles para ser curador establecidas por el art. 275.II CC.

B) *El defensor judicial.*

La otra medida de apoyo de origen judicial es la figura del defensor judicial, prevista para situaciones en que exista conflicto de intereses entre la figura de apoyo y la persona con discapacidad o imposibilidad coyuntural de que la figura de apoyo habitual lo ejerza, descritas en el art. 295 CC: "1º Cuando por cualquier causa, quien haya de prestar apoyo no pueda hacerlo. En tales casos las funciones del defensor judicial subsisten hasta que case la causa que determinó su nombramiento o se designe a otra persona. 2º. Cuando exista conflicto de intereses entre la persona con discapacidad y la que haya de prestarle apoyo. 3º. Cuando, durante la tramitación de la excusa alegada por el curador, la autoridad judicial lo considere necesario (véase art. 279.IV CC). 4º. 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. 5º. Cuando la persona con discapacidad requiera el establecimiento de medidas de apoyo de carácter ocasional, aunque sea recurrente".

4. **Cauces procesales.**

En materia procesal, la nueva ley sustituye los tradicionales procesos de modificación de la capacidad por los dirigidos a proveer de apoyos a las personas con discapacidad.

La reforma opta por el cauce de la jurisdicción voluntaria de manera preferente, facilitando que el interesado pueda expresar sus preferencias e intervenir activamente, sin perjuicio de que el procedimiento se transforme en uno contradictorio, cuando se haya formulado oposición o cuando el expediente no haya podido resolverse por el motivo que sea. Lo primero se regula por la LJV y lo segundo por la LEC.

Podrán promover este inicial expediente de jurisdicción voluntaria, el Ministerio Fiscal, la persona interesada, su cónyuge no separado de hecho o legalmente o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, y sus descendientes, ascendientes, o hermanos.

El art. 42 bis b) LJV dispone que "1. A la solicitud se acompañarán 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 que resulten idóneas en

cada caso. Asimismo, se propondrán aquellas pruebas que se considere necesario practicar en la comparecencia”.

Hay que subrayar que este dictamen, que se está denominando en la práctica “informe social”, y que vendrá de los servicios sociales de base o del centro donde se encuentra la persona, es la piedra angular del procedimiento: este se podría iniciar sin informe médico o forense, pero no sin el informe de los servicios sociales —aunque sea breve— que debe distinguir medidas personales, sociales y patrimoniales. Pero resaltada su importancia, la STS 19 octubre 2021, aclara que los dictámenes de tal clase aportan la información oportuna para que los tribunales de justicia adopten la decisión correspondiente, ya que es a éstos y no a los servicios psicosociales, a los que compete, de forma exclusiva, el ejercicio de la jurisdicción (en el caso de la sentencia, para determinar la inidoneidad de una persona para el ejercicio del cargo de curadora)².

También añade el nº 2 de este mismo artículo que “La autoridad judicial antes de la comparecencia podrá recabar informe de la entidad pública que, en el respectivo territorio, tenga encomendada la función de promoción de la autonomía y asistencia a las personas con discapacidad, o de una entidad del tercer sector de acción social debidamente habilitada como colaboradora de la Administración de Justicia. La entidad informará sobre las eventuales alternativas de apoyo y sobre las posibilidades de prestarlo sin requerir la adopción de medida alguna por la autoridad judicial. Asimismo, la autoridad judicial podrá ordenar antes de la comparecencia un dictamen pericial, cuando así lo considere necesario atendiendo a las circunstancias del caso”. Pueden pedir -y, de hecho, la idea es pedirlos- estos otros informes específicos sobre las medidas de apoyo, pero es claro que estos organismos públicos, requerirán de los medios necesarios para ello, cuestión sobre la que luego insistiré.

5. Consecuencias de la reforma en materia de obligaciones y contratos.

En el nuevo sistema, se supone que el despliegue y efectividad del apoyo permite que la persona con discapacidad pueda blindarse frente a los peligros de influencias indebidas externas, o por lo menos, la colocan en la misma situación en la que, en este sentido, estarían si no tuvieran discapacidad. Dicho de otra forma: como todos podemos ser víctimas de un engaño, manipulación, influencia indebida, el apoyo simplemente habrá puesto en las mismas condiciones de decisión a la persona, con o sin discapacidad. En consecuencia, se ha eliminado la mención

2 STS 19 octubre 2021 (ECLI:ES:TS:2021:3770), que cita la STS 5 enero 2007, la cual delimita los recíprocos ámbitos de actuación de juez y perito, sentando como pautas: a) que la función del perito es la de auxiliar al juez, sin privar a éste de su facultad, dimanante de la potestad judicial de valorar el dictamen presentado; b) que, en tal función, el juzgador está sujeto al principio constitucional de proscripción de la arbitrariedad, al mandato legal de respetar las reglas de la lógica y a la obligación de motivar las sentencias.

anterior del art. 1263 CC que impedía prestar consentimiento contractual a “2º. Los que tienen su capacidad modificada judicialmente, en los términos señalados por la resolución judicial”. Ahora pueden prestar consentimiento siempre que tengan los apoyos precisos que el sistema está obligado a proporcionar.

Y es que la aptitud genérica para celebrar con eficacia los actos jurídicos, presupuesto de validez de la declaración de voluntad contractual es, tratándose de personas con discapacidad, tener las medidas de apoyo necesarias.

Sobre esta premisa, se van a dar tres escenarios.

I. El primero es que, contando con esas medidas, si existen y son efectivas, el sistema presupone que las personas, tengan o no discapacidad, están en igualdad de condiciones para tomar sus decisiones.

Sobre esa aptitud genérica, la declaración de voluntad contractual concreta ha de ser consciente, racional y libre, es decir: carente de vicios de voluntad. porque esto es una condición común, se tenga o no discapacidad. Y ello conlleva la posibilidad de control a posteriori de la validez del consentimiento prestado, con toda la gama de posibilidades de anulación, tanto anulabilidad como nulidad absoluta, esta última en caso de falta de consentimiento contractual. Así, la completa asimilación a las personas sin discapacidad, conlleva admitir el juego de la anulabilidad por error vicio cuando es la persona con discapacidad quien, con el apoyo pertinente, contrata personalmente. Ahora bien, ha de admitirse que será más probable encontrar casos de falsa representación de la realidad que propicie la contratación; y ello, a pesar de la importante labor de las personas que ejerzan el apoyo, que únicamente auxiliarán y asistirán al afectado, pero que no determinarán si la persona con discapacidad celebra el contrato o no. Dicho de otra forma: el haber contado con la medida de apoyo, no hace al acto inmune a la posibilidad de anulación. Entre otras cosas, porque también el que presta el apoyo puede sufrir un error, por ejemplo, que influya en la decisión de la persona con discapacidad.

Esta es la consecuencia que parece que se deriva del nuevo sistema, pero que en absoluto es clara, porque también podría pensarse que la asistencia contractual debería excluir la posibilidad de anular el contrato por defecto de consentimiento, al menos frente a terceros que contraten a título oneroso de buena fe. Y puede que esta postura no esté exenta de razón, pero es que la estructura a la que responde el nuevo sistema es que, merced al apoyo, la persona con discapacidad ha tenido la rampa que necesitaba para colocarse “en el mismo piso”, que la persona sin ella. Y estando en el mismo piso, la calificación de su declaración de voluntad sigue los mismos parámetros, lo cual es todo un vuelco en los esquemas con los que el sistema español ha funcionado hasta ahora; es verdad que, precisamente

en esos casos, el riesgo de anulabilidad es muy superior: pero esto parece que es algo asumido por la ley.

2. Un segundo escenario sería el de que hay medidas de apoyo “impuestas” pero se prescinde de ellas.

La respuesta al sistema hasta ahora, en el caso de la curatela, era, según el art. 293 CC que los actos jurídicos realizados sin la intervención del curador cuando ésta fuera preceptiva, eran anulables a instancia del propio curador o de la persona sujeta a curatela. Tras una accidentada tramitación parlamentaria, con cambios de criterio de un extremo a otros, la solución adoptada en el art. 1302.3 CC, segundo inciso, permite que el prestador de apoyos —la persona a la que hubiera correspondido prestar el apoyo— anule el acto “cuando el otro contratante fuera conocedor de la existencia de medidas de apoyo en el momento de la contratación o se hubiera aprovechado de otro modo de la situación de discapacidad obteniendo de ello una ventaja injusta”.

Se ha evitado acudir a la mala fe del otro contratante, como en algún momento se propuso, para evitar que se identificara con el dolo —porque para eso ya está el art. 1265 CC—, considerando sin embargo como un indicio muy significativo de esa mala actuación por parte de un tercero, el hecho de que conociera que había establecidas medidas de apoyo, que la persona con discapacidad no utilizó. Y se ha introducido el concepto —se supone que objetivo y relacionado con el tradicional enriquecimiento injusto— de la obtención de una ventaja injusta.

Habrà que ir viendo cuál es la apreciación de los tribunales, pero parece que con ello el legislador español ha hecho una interpretación correctora en positivo de los términos de la Convención que tal y como se ha interpretado por el Comité de seguimiento, puede dar lugar a pensar que las principales amenazas vienen, precisamente, de quien debería apoyar. Por supuesto, así es, pero también, y quizá principalmente de los terceros.

Pero esa posibilidad queda circunscrita a los términos vistos: es decir, no cabe anular contratos en los que esas circunstancias no se han dado pero que, sin embargo, vistos desde fuera, pueda pensarse que perjudican a la persona. Es decir, no se podría aplicar a actos “bienintencionados”, como donaciones hechas por la persona con discapacidad para ayudar, por ejemplo, a un familiar desempleado, pero sin prever sus propias necesidades futuras. La solución es equilibrada, en el sentido de que, ni es la inicial que, transponía los criterios tradicionales del texto anterior art. 1302 CC, que no casaban con la filosofía del nuevo sistema, ni es el otro extremo, que dejaba absolutamente desprotegida a la persona con discapacidad, al dejar solo en su mano la posibilidad de anular los actos realizados sin apoyo.

Precisamente enlazando con esto último, el sistema sigue permitiendo que la propia persona con discapacidad puede anular sus propios actos hechos sin el apoyo correspondiente (art. 1302.III CC, primer inciso). Esto parece conveniente y necesario, pero hay que reconocer se contradice con la libertad cuyo respeto, casi sagrado, ha hecho que nada ni nadie pueda haberle obligado a contar con el apoyo: si era libre para hacerlo —para prescindir del apoyo— no parece muy justo que luego pueda echarse atrás, precisamente por ese motivo (por ausencia de apoyo). Otra cosa es —y puede que esa sea la idea— que la posibilidad de anular sus propios actos hechos sin el apoyo, se anude a la alegación no tanto de un déficit de voluntad (porque ha recibido el apoyo), sino de un vicio de la voluntad como error o dolo. Y, de hecho, en estos casos de actuación sin apoyo, será más frecuente que la persona haya sufrido uno de estos vicios de la voluntad. Lo que pasa es que no deja de chirriar un poco, que se le asigne una “doble oportunidad”: la persona voluntariamente prescinde del apoyo, que quizá hubiera podido evitarle el error, y sin embargo, luego no tiene que asumir las consecuencias, sino que puede instar la anulación. Es verdad que, como he dicho, pienso que también los actos realizados con apoyo se podrían anular por vicios de la voluntad, pero eso es en las mismas condiciones que podemos anularlo cualquier persona.

Por lo demás, y siguiendo la dinámica tradicional en este punto, el nuevo art. 1302 CC dice que el contrato también podrá ser anulado por los herederos de la persona con discapacidad, durante el tiempo que faltara para completar el plazo de ejercicio de la acción, pero los contratantes no podrán alegar la falta de apoyo de aquel con el que contrataron.

Los artículos conexos se acomodan a este cambio, introduciendo también algunas variaciones en relación a la versión anterior:

Así, en el cómputo del plazo de caducidad de cuatro años de la acción de nulidad (art. 1301.IV CC) aplicada a este caso, cuyo dies a quo será la celebración del contrato, sin más, puesto que se ha eliminado la cláusula de cierre, pasados cinco años desde la celebración del contrato, que figuraba en el anteproyecto.

También, en las consecuencias relativas a la restitución de la cosa objeto del contrato, con el límite del enriquecimiento por parte de la persona con discapacidad (art. 1304 CC) o en los casos de pérdida de la cosa (art. 1314 CC).

3. Tercer escenario de cara a la contratación: las personas que debiendo necesitar medidas de apoyo, carecen de ellas.

En algún momento de la tramitación parlamentaria, el texto había mantenido la posibilidad de que fuera el Ministerio Fiscal, además de la persona con discapacidad y sus herederos quien pudiera anular el acto: “Si no estuvieran establecidas

medidas de apoyo, la legitimación para anular el contrato corresponderá, además de a la persona con discapacidad y sus herederos, al Ministerio Fiscal”.

Sin embargo, esta alusión ha desaparecido finalmente —hubo muchas voces, casi presiones, en este sentido— del texto del art. 1302 CC. El problema es que el artículo contempla a personas necesitadas de apoyos pero que no los tienen, por lo que es más que probable que no tengan capacidad para ser ellas mismas las que insten la anulación del acto.

Por lo demás, que sea el Ministerio Fiscal quien hubiera instado la anulación no significaba que el juez necesariamente accediera a ella. Pero por lo menos podía valorarlo, siempre con el criterio de respeto máximo a la voluntad deseos y preferencias de la persona, pero ejercitando esas salvaguardas frente a terceros.

6. Aspectos registrales de la reforma.

I. Desde la Ley Hipotecaria de 1861, nuestro sistema prevé el reflejo en el Registro de la Propiedad de determinadas circunstancias personales del titular de los bienes, en la medida en que estas circunstancias influyen o condicionan su capacidad en cuanto a la libre disposición sobre aquellos. Reflejo que se traduce en distintos tipos de asientos: fundamentalmente, el de inscripción y el de anotación preventiva.

El hasta ahora vigente art. 2.4º LH decía que eran objeto de inscripción “Las resoluciones judiciales en que se declare la incapacidad legal para administrar, la ausencia, el fallecimiento y cualesquiera otras por las que se modifique la capacidad civil de las personas en cuanto a la libre disposición de sus bienes”. Y al tratarse de resoluciones judiciales, el sistema preveía la posibilidad de anotación preventiva de las demandas correspondientes, en el art. 42 LH: “Podrán pedir anotación preventiva de sus respectivos derechos en el Registro correspondiente: ...Quinto. El que propusiere demanda con objeto de obtener alguna de las resoluciones judiciales expresadas en el número cuarto del artículo segundo de esta Ley”.

Estos asientos constaban en el folio de la finca cuya titularidad corresponde a la persona que se encuentra en estas situaciones; además, para facilitar la labor del registrador, también desde el inicio, se previó la llevanza de un libro auxiliar, a modo de índice de personas cuya capacidad ha sido modificada: el “Libro de incapacitados” (art. 362 y 389-390 RH).

Pese a contar con estos instrumentos, tal y como ha reconocido la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública —denominada entre 1909 y 2020 Dirección General de los Registros y del Notariado—, siempre puede haber en el negocio jurídico en cuestión circunstancias que pueden determinar su ineficacia

y que quedan fuera del ámbito de la calificación registral (vicios de la voluntad, concurrencia de causas de incapacidad no inscritas, etc.).

2. Fuera de la legislación hipotecaria, también se ha previsto la constancia en el Registro de la Propiedad de determinadas circunstancias personales de discapacidad, al hilo de la constitución y gestión del llamado patrimonio protegido de la persona con discapacidad, figura esta introducida en el sistema español Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad (LPP), mantenida, con alguna ligera modificación, por la reforma de la Ley 8/2021. El hecho de que “Cuando el dominio de un bien inmueble o derecho real sobre el mismo se integre en un patrimonio protegido, se hará constar esta cualidad en la inscripción que se practique a favor de la persona con discapacidad en el Registro de la Propiedad correspondiente”, significa que está haciendo constar esta circunstancia, porque ello determina un régimen específico de administración y disposición del bien, precisamente por las características personales de su titular. A diferencia de lo previsto en la Ley Hipotecaria, aquí no necesariamente será una resolución judicial el título que se inscriba, pues el patrimonio se constituye en documento público, sin perjuicio de que, efectivamente, haya casos en que se constituya por resolución judicial (arts. 3.2 y 3.3 LPP).

3. En la actualidad, el reflejo registral del conjunto de situaciones relacionadas con la discapacidad de las personas y la respuesta del ordenamiento jurídico ante las mismas, está afectado por dos reformas legislativas de gran calado: la de la estructura y configuración del Registro civil, principal instrumento de publicidad de estas situaciones en coordinación con el Registro de la Propiedad, y la que reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. Ambas, desde distintos ámbitos, repercuten en la legislación hipotecaria en lo referente a la toma de razón en el Registro de la Propiedad de los distintos instrumentos jurídicos que influyen en la capacidad civil.

Por orden cronológico, la primera de ellas, es la que cambia por completo la tradicional estructura y organización del Registro civil (dividido en cuatro secciones y disperso por el territorio nacional), y que es obra de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro civil (LRC) cuya completa entrada en vigor se ha producido, casi diez años más tarde, el 30 de abril de 2021. El nuevo Registro civil, de carácter electrónico y único para todo el país, responde al sistema de folio personal, que contiene el registro individual de cada persona (art. 5 LRC), en el que figurarán, entre otras (art. 4 LRC): “10.º Los poderes y mandatos preventivos, la propuesta de nombramiento de curador y las medidas de apoyo previstas por una persona respecto de sí misma o de sus bienes. 11.º Las resoluciones judiciales dictadas en procedimientos de provisión de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad. 12.º Los actos relativos a la constitución y régimen del patrimonio

protegido de las personas con discapacidad. 13.º La tutela del menor y la defensa judicial del menor emancipado. 14.º Las declaraciones de concurso de las personas físicas y la intervención o suspensión de sus facultades.

La segunda gran reforma es, precisamente, la operada por la Ley 8/2021, de 2 de junio; ambas reformas, como se ha señalado, inciden de manera notable en el Registro de la Propiedad.

En el primer caso, por la necesaria coordinación entre ambos registros públicos, y en el segundo caso, por el contenido de los propios asientos registrales: no es solo que, desde el punto de vista terminológico, ya no se vaya a poder hablar de “Inscripción de resoluciones judiciales que afectan a la capacidad civil de las personas” ni de “demanda de incapacidad”, sino que, de una parte, para el legislador, la capacidad civil no se puede modificar ni restringir: lo que debe hacerse es proveer a la persona de los correspondientes apoyos para que pueda ejercitar su capacidad en igualdad de condiciones con las demás.

De otra parte, porque en el ámbito del Registro de la Propiedad, la reforma prevé la existencia de un Libro sobre administración y disposición de bienes inmuebles, en el que, solo a petición de la persona a cuyo favor se hayan constituido las medidas de apoyo, podrán constar las medidas de apoyo.

4. Una de las críticas fundamentales al tradicional sistema de reflejo en el folio real, y especialmente a la existencia de un Libro auxiliar de incapacitados, era que es el Registro civil la institución que tiene por finalidad la publicidad de los distintos estados civiles y otras circunstancias de la persona. Dado que ya se ha puesto en marcha el sistema diseñado por la citada LRC de 2011, de Registro civil único y electrónico, es en el registro individual de cada persona, donde constarán las citadas circunstancias de discapacidad (art. 4.10º a 4.14º LRC).

De otra parte, el art. 8.2 LRC 2011 dispone que “Todas las Administraciones y funcionarios públicos en el ejercicio de sus competencias tendrán acceso a los datos que consten en el Registro civil único con las excepciones establecidas relativas a los datos especialmente protegidos previstas en esta Ley. Dicho acceso se efectuará igualmente mediante procedimientos electrónicos con las prescripciones técnicas que se establezcan reglamentariamente”. Si el sistema funciona correctamente, dado que es claro que el registrador, al consultar los registros individuales de los otorgantes, actúa en el ejercicio de sus competencias de calificación de la capacidad de los otorgantes, así como la validez de los actos dispositivo contenidos en las escrituras públicas (art. 18 LH), no sería necesario este libro auxiliar.

Por ello, y tras otra también accidentada tramitación parlamentaria, el nuevo art. 2.4º LH dispone que “Las inscripciones de resoluciones judiciales sobre medidas de apoyo realizadas en virtud de este apartado se practicarán exclusivamente en el Libro sobre administración y disposición de bienes inmuebles”, es decir, no en el folio de la finca, sino en dicho libro auxiliar.

El asiento en dicho Libro sobre administración y disposición de bienes inmuebles será electrónico y expresará las circunstancias contenidas en la resolución correspondiente en campos estructurados en el folio personal. En el caso de las medidas de apoyo, el asiento únicamente expresará la existencia y el contenido de las medidas, el órgano judicial que las ha adoptado y los datos de referencia de la resolución. Cada folio personal estará relacionado electrónicamente con los datos correspondientes, si los hubiera, del actual fichero localizador de titularidades inscritas llevado a modo de índice central unificado por el Colegio de Registradores.

El Libro se formará con la información remitida por los diferentes Registros y su gestión material se encomienda al Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España, que la realizará a sus expensas y bajo la dependencia del Ministerio de Justicia.

5. Se ha criticado la desaparición en la nueva ley de la anotación preventiva —en este caso, de demanda— que tenía la importante virtualidad de impedir que surja un subadquirente de buena fe protegido por el art. 34 LH: a consecuencia de ello, la persona con discapacidad no va a poder recuperar el bien, aunque anule el contrato: se quedaría con una acción puramente personal. En este sentido, cabe reprochar que se habrá conseguido la privacidad, pero a costa de que la persona pueda perder su patrimonio, lo que, en realidad, va en contra del art. 12.5 CDPD, que impone a los Estados la obligación de velar para que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes arbitrariamente. Y no deja de ser sorprendente que se les dé libertad para poner en marcha el proceso, y no para instar la medida cautelar de anotación preventiva.

6. En cuanto al régimen de comunicación, así como respecto al Registro civil esta es de oficio por parte del letrado de la Administración de Justicia (art. 755 LEC, y similar disposición en sede de jurisdicción voluntaria, cfr. art. 46.5 LJV), respecto al Registro de la Propiedad se hace exclusivamente a petición de la persona en favor de la cual el apoyo se ha constituido: nuevamente sorprende esta restricción, o por lo menos, que no se permita la solicitud al curador representativo, pues en el caso de una persona con discapacidad sometida a curatela representativa es prácticamente imposible que la persona tome la iniciativa de solicitar esa publicidad.

En el caso de las medidas de apoyo establecidas voluntariamente —“Los poderes y mandatos preventivos, la propuesta de nombramiento de curador y las medidas de apoyo previstas por una persona respecto de sí misma o de sus bienes”— los arts. 4 y 77 LRC, disponen su inscripción en el Registro civil, al que el notario autorizante habrá comunicado “de oficio y sin dilación” al Registro civil, su otorgamiento para su constancia en el registro individual del poderdante (arts. 255 y 260 CC), y al que el letrado de la Administración de Justicia acudirá para saber si existen medidas de apoyo suficientes, antes de plantearse el establecimiento de eventuales medidas judiciales.

Sin embargo, nada se dice respecto a su acceso al Registro de la Propiedad, lo que de entrada sorprende, dado que los apoyos son entitativamente los mismos, con independencia de su origen. Y lo que es claro es que el Registrador, deberá valorar su suficiencia, y con todos los problemas —que no son nuevos— acerca de la posible revocación del mismo: revocación, o mejor dicho, desactivación, que incluso puede provenir del juez, que podría sustituir el poder por otro tipo de medidas de apoyo.

Tampoco el Libro único informatizado de situaciones de la persona, tal y como está previsto, incorpora estos documentos públicos a los que se refiere el art. 255 CC, por lo que parece que la única vía que tendría el registrador para conocer estas medidas —insisto que a unos efectos bastante limitados— sería el acceso directo a la ficha personal del Registro civil.

El hecho de que sean medidas voluntarias y por tanto, no figuren en el Registro de la Propiedad, plantea cuestiones mucho más complejas de lo que pueda quedar enunciado aquí: es cierto que estas medidas voluntarias ni limitan ni modifican la capacidad y no debería haber excesivo problema, porque es la propia persona la interesada en hacerlas valer, pero sabemos que en muchas ocasiones, por la propia situación de la persona, esta no estará en posición de tomar la iniciativa para ello. También las plantea, de cara a la inscripción en el Registro de la Propiedad de determinados actos, la prueba de la condición de guardador de hecho, figura esta a la que el legislador, como se ha visto, trata de dar toda la preponderancia posible: sobre ello volveré más adelante.

7. Régimen transitorio.

En aplicación de lo dispuesto en la Disposición Transitoria (DT) 5ª, quienes en la actualidad vinieran desempeñando algunas de las figuras de protección en virtud de sentencia de incapacidad previas, dictadas conforme al modelo legal anterior “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”, y entonces, el juzgador tiene un plazo de un año desde que se presente su solicitud para proceder a la revisión de las medidas.

De momento, muchas de las personas con discapacidad y de los tutores (personas físicas o jurídicas, públicas o privadas) no han solicitado aún la revisión de la resolución anterior.

La misma Disposición Transitoria establece a continuación que, de no solicitarlo las personas legitimadas, será el propio Juzgado quien habrá de proceder a dicha revisión y adecuación, pero en el plazo de tres desde la entrada en vigor de esta ley, que tuvo lugar el 3 de septiembre de 2021.

Por su parte, la DT 2ª establece que: “Los tutores, ... nombrados 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”.

Precisamente para estos, como se ha visto, el nuevo texto del art. 287 CC establece que el curador que ejerza funciones de representación, precisará la autorización judicial para, por ejemplo, “Enajenar o gravar bienes inmuebles” (art. 287.2º), de modo que no se puede, como se ha hecho en algún juzgado, suspender el proceso de autorización hasta que no se revise la sentencia.

Hecha esta panorámica de la Ley 8/2021, paso exponer brevemente algunos interrogantes y retos en su aplicación. Obviamente, hay muchos más, algunos de los cuales ya han quedado señalados.

III. ALGUNOS INTERROGANTES Y RETOS EN LA APLICACIÓN DE LA LEY 8/2021.

I. ¿Realmente se va a poder seguir recurriendo al criterio del interés superior de la persona con discapacidad para la toma de decisiones pese a lo que dice la Observación general y lo que parece decir la ley?

La Observación general nº1 (2014) del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad sobre el art. 12 CDPD es en este punto especialmente beligerante, proscribiendo como contrarios a la Convención los sistemas de representación legal y los basados en el criterio del interés superior de la persona con discapacidad, es decir, de lo que los terceros consideren como mejor interés para la persona con discapacidad. Los términos no dejan lugar a la duda: “21. Cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad y las preferencias de una persona, la determinación del “interés superior” debe ser sustituida por la “mejor interpretación posible de la

voluntad y las preferencias". Ello respeta los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, de conformidad con el artículo 12, párrafo 4. El principio del "interés superior" no es una salvaguardia que cumpla con el artículo 12 en relación con los adultos. El paradigma de "la voluntad y las preferencias" debe reemplazar al del "interés superior" para que las personas con discapacidad disfruten del derecho a la capacidad jurídica en condiciones de igualdad con los demás"³.

Al menos en teoría, este es el criterio seguido por la Ley 8/2021, aunque no se haga un pronunciamiento de este estilo, pero lo cierto es que se reitera constantemente que el criterio de actuación es el respeto a la voluntad deseos y preferencias de la persona, con abandono del criterio de sustitución que, por definición, se basa en el criterio de lo que se considera mejor interés.

Y de hecho, en el criterio que el juez ha de tener en cuenta, por ejemplo, en la autorización judicial para el caso del curador con funciones de representación (art. 287 CC), tal autorización no tiene por finalidad, como en el anterior sistema, el aseguramiento de lo que el juez considerara como mejor interés de la persona con discapacidad, sino que más bien es una de las medidas de control "para garantizar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona que precisa el apoyo, así como para evitar los abusos, los conflictos de intereses y la influencia indebida", a las que alude el art. 270 CC, en definitiva, una salvaguarda más aplicada al acto o negocio jurídico concreto.

A su vez, en la vinculación de la autoridad judicial a las disposiciones voluntarias, se dice en el art. 272 CC que "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". Es decir, esta vinculación del juez ya no tiene como excepción que "el beneficio del incapacitado exija otra cosa" —como decía antiguo art. 224 CC, respecto a la vinculación del juez a lo dispuesto en la autotutela— pues el criterio del interés superior de la persona con discapacidad ha sido desplazado por el de respeto a su voluntad, deseos y preferencias. Solo se admite el apartarse de la voluntad expresada en el documento de autotutela si tal voluntad no había sido correctamente formada por desconocimiento de circunstancias graves, que se presume hubieran provocado una decisión diferente, o por una suerte de la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* de alteración —se entiende que grave y sobrevenida— de las razones que expresa o presuntamente condujeron a la persona con discapacidad a otorgar tales medidas. Es decir, no se

3 Sobre este punto ya se ha pronunciado abundante doctrina: cfr. recientemente, ARNAU MOYA, F.: "Aspectos polémicos de la ley 8/2021 de medidas de apoyo a las personas con discapacidad", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 33, enero 2022, pp. 562-566.

trata de prescindir de la voluntad de la persona, sino al contrario, de asegurar su cumplimiento, puesto que solo podrá llevarse a cabo en supuestos en que esa voluntad no se haya formado correctamente, o haya sido objeto de una alteración sobrevenida de circunstancias. La STS 19 octubre 2021⁴, que afecta a la Agencia Madrileña de Tutela de Adultos, entiende que “en el caso presente, no se dan las causas legales previstas para prescindir del criterio preferente de la voluntad de la demandada, ya que no concurren circunstancias graves desconocidas por la misma, o variación de las contempladas al fijar la persona que le prestará apoyos, ya que D.^a Virginia convivía y sigue conviviendo con su hija D.^a Virginia, que es la persona que le asiste en sus necesidades conforme a sus propios deseos notarialmente expresados, que deben ser respetados, toda vez que, dentro del marco de la esfera de disposición de las personas, se comprende la elección de la que, en atención a su disponibilidad, cercanía, empatía, afecto o solicitud, desempeñe el cargo de curadora”.

Con todo ello se trata de remarcar que no se trata de un intervencionismo judicial en la voluntad de la persona para cambiarla, sino para acomodarla a lo que se conoce (o presume) como su voluntad. En este sentido, habrán de entenderse superados ejemplos anteriores a la entrada en vigor de la reforma de 2021 que han basado la alteración del nombramiento de autotutela en que el interés de la persona sometida a este tipo de protección está “por encima de la autonomía de la voluntad” (STS 18 julio 2018)⁵.

4 STS 19 octubre 2021 (*European case law identifier*, ECLI:ES:TS:2021:3770). Un análisis de la jurisprudencia reciente en esta materia, en DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “Primeras resoluciones judiciales aplicando la Ley 8/2021, de 2 de junio en materia de discapacidad”, *Diario La Ley*, núm. 10021, de 3 de marzo de 2022.

5 STS 18 julio 2018 (ECLI:ES:TS:2018:2805). Sentencia que, en afirmación que hoy no podría hacerse, al menos en esos términos literales, justificaba el haber prescindido de la designación voluntaria en que “El juez no está vinculado por ella cuando no sea conveniente para la persona con capacidad restringida, teniendo en cuenta la protección del interés de la persona sometida a este tipo de protección, que está por encima de la autonomía de la voluntad. En cualquier caso, la alteración del orden establecido en el art. 234.1 CC debe efectuarse en resolución motivada. ...En ocasiones, porque el primer llamado no está en condiciones de hacerse cargo de la tutela, esto es, carece de la idoneidad exigida, o bien porque no quiera, pues, aunque constituye un deber legal, puede resultar contraproducente el nombramiento de quien no está dispuesto a asumir la tutela. Pero también es posible que la conflictividad familiar, unida a la situación de la persona tutelada, pueda desaconsejar el nombramiento de uno de los parientes llamados legalmente. En cualquier caso, todas ellas hacen referencia al beneficio de la persona necesitada de tutela, que es lo que ocurre en el caso enjuiciado”. Se trataba de un caso aparentemente claro porque se había designado a un hermano caracterizado que dependía económicamente de la persona con discapacidad y que mantenía una actitud conflictiva y beligerante frente al resto de los familiares. La STS 17 septiembre 2019 (ECLI:ES:TS:2019:2820) reconoce como principio la necesidad de respetar la voluntad y preferencias de la persona, pero sigue hablando —hasta en cinco ocasiones— del interés superior de la persona con discapacidad, no solo a los efectos de «velar preferentemente por su bienestar, adoptándose las medidas que sean más acordes a sus intereses, que son los que han de prevalecer en colisión con otros concurrentes de terceros», sino —como sucede en el caso resuelto por la sentencia— para posibilitar la alteración motivada del orden legal de nombramiento judicial de tutor o curador; ponderando factores que pueden ser muy variados. Sin embargo, el TS entiende que no se justifican las razones para prescindir de lo que se había dicho en la autotutela, y la sentencia devuelve las actuaciones a la Audiencia, la cual vuelve a dictar una sentencia igualmente falta de motivación. Esta segunda sentencia se vuelve a recurrir al TS, que resuelve, en sentencia de 19 octubre 2021, volviendo a apreciar falta de motivación.

El recurso a los conceptos indeterminados de alteración de circunstancias o desconocimiento de las situaciones graves, permitirá al juez no atarse a las disposiciones de autotutela, cuando su concurrencia lleve a la persona a una situación de desprotección o de posible abuso. Intervención judicial que, en todo caso, requerirá la búsqueda del equilibrio adecuado entre autonomía y protección, para el cual, los trámites de audiencias preceptivas (art. 759 LEC) permitirán formar una opinión fundada, que debe motivarse detalladamente en la resolución judicial: se ha de explicar pormenorizada y detalladamente la gravedad o transformaciones habidas que le lleven a prescindir, total o parcialmente, de lo previsto por el sujeto.

Respecto a este interrogante, sin embargo, cabe hacer varias observaciones.

La primera es que, como dice Martínez de Aguirre, la Observación General Primera, más que una interpretación, realiza una modificación del art. 12 CDPD, entre otras cuestiones, cuando excluye radicalmente la consideración del interés de la persona afectada como criterio rector de la actuación del prestador, cuya presencia velada en algunos preceptos de la nueva ley, sin embargo, es muy reveladora⁶.

La segunda, que el sistema propicia las medidas voluntarias, pero no puede impedir esa heterorregulación, permitida no solo con carácter general “en defecto o insuficiencia” de aquellas —casos, por ejemplo, en los que por la intensidad y el alcance de la propia discapacidad, la persona carezca de la posibilidad de autorregulación—, sino que la propia normativa permite, como ha advertido Martínez de Aguirre, dejar de lado la voluntad, incluso expresada, de la persona afectada, más allá de los supuestos en los que proceda la tutela representativa, en casos como la reorganización del funcionamiento de la tutela (art. 283 CC), la fijación de la retribución del curador (art. 48 LJV), o la remoción de este (art. 49 LJV). Se concede a la autoridad judicial la capacidad de decidir, apartándose de la voluntad expresada por la persona con discapacidad, y “sobre la base de otros criterios, entre los que cuales habría que incluir el de la protección de los derechos e intereses de esa persona, recogidos expresamente en el art. 12 de la Convención, y muy cercanos (si no idénticos) al de su interés objetivo: al menos en algunos casos, no se ve que otro criterio puede ser tomado en consideración una vez establecido que la voluntad y preferencias no son decisivas”.

La tercera es que, desde luego, donde sigue presente el criterio del interés superior u objetivo de la persona con discapacidad con mucha más fuerza es la presunción *iuris et de iure* de influencia indebida o captación de voluntad, que

6 MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. “La Observación General Primera del Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad: ¿interpretar o corregir?”, en AA.VV.: *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad* (coord. G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA y M. GARCÍA MAYO), Las Rozas (Madrid), Bosch, 2021, pp. 101-124.

se mantiene en ámbitos como la prohibición testamentaria del art. 753 C, o la de que sean curadores las personas jurídicas con ánimo de lucro (art. 275.I.II CC: "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 autonomía y asistencia a las personas con discapacidad"⁷). E incluso late en la prohibición de que, quien en virtud de una relación contractual, presta servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga a la persona que precisa el apoyo, no puede ser su curadora (art. 250 *in fine* CC). Nada impide, sin embargo, que se otorgue a estas personas un poder o mandato preventivo, como luego explicaré.

De todas formas, el criterio general del legislador, como se repite insistentemente en varios artículos, es el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona, también por parte del curador (remisión al art. 249 CC). Ahora bien, el curador puede —y pienso que debería— negarse a prestar la asistencia a la formalización del acto concreto si aprecia influencia indebida o abuso, y por ello considera que la voluntad de la persona con discapacidad no ha sido libremente formada: en tal caso, no es que no esté respetando la voluntad de la persona, sino que no hay tal voluntad libre que respetar: esta filosofía subyace en la importante STS 8 septiembre 2021⁸, cuando dice que "En el fondo, la provisión del apoyo en estos casos encierra un juicio o valoración de que si esta persona no estuviera afectada por este trastorno patológico, estaría de acuerdo en evitar o paliar esa degradación personal"; porque en este caso "la voluntad contraria del interesado, como ocurre con frecuencia en algunos trastornos psíquicos y mentales, es consecuencia del propio trastorno que lleva asociado la falta de conciencia de enfermedad".

Se aclara:

1) que "la propia consciencia" —en este caso, afectada por el trastorno de conducta (que no facultades cognitivas)— es "el presupuesto de juicio prudencial ínsito al autogobierno, o, incluso, en otros casos, a la voluntad",

2) que la provisión de apoyos "debe tener en cuenta la necesidad de la persona con discapacidad y acomodarse a ella" y por ello entraña necesariamente un juicio o valoración no tanto de la capacidad, que no se puede modificar, sino "de los

7 Esta exclusión parece contradictoria con aquellas situaciones en que la administración del patrimonio exija una dedicación profesionalizada o falten personas cercanas al beneficiario que merezcan la confianza del constituyente o puedan asumir con garantías dichas funciones. E incluso cabría pensar que las limitaciones que al respecto se establecen para ser nombrado curador en el actual art. 275 CC, no deberían imponerse a la voluntad contraria del interesado. Lo impor,ante es que en la escritura de autoguarda se incluyeran las correspondientes medidas de control para asegurar el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona si llegan a ser nombradas curadores, y asegurar que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida (art. 12.4 CDPD) y, por supuesto, si llegan a ser nombradas curadoras, que estén sujetas a exámenes periódicos y a los correspondientes controles, que disponga la resolución judicial.

8 STS 8 septiembre 2021 (ECLI:ES:TS:2021:3276).

efectos de la discapacidad en el ejercicio de sus derechos y, en general, de su capacidad jurídica”,

3) o que el empleo del verbo “atender”, seguido de “en todo caso”, subraya que el juzgado no puede dejar de recabar y tener en cuenta (siempre y en la medida que sea posible) la voluntad de la persona con discapacidad destinataria de los apoyos, así como sus deseos y preferencias, pero no determina que haya que seguir siempre el dictado de la voluntad, deseos y preferencias manifestados por el afectado. El texto legal emplea un término polisémico que comprende, en lo que ahora interesa, un doble significado, el de “tener en cuenta o en consideración algo” y no solo el de “satisfacer un deseo, ruego o mandato”.

Siendo el razonamiento impecable, el problema se va a plantear en los casos de discapacidad intelectual o del desarrollo, en los que sí que hay conciencia de dicha discapacidad, y por tanto no se puede decir que la voluntad esté interferida por un trastorno, pero sí por una limitación para hacerse cargo de las consecuencias y alcance de sus actos: en estos casos, no encajaría el razonamiento utilizado por la Sala Primera. A todo ello hay que añadir que una extensión demasiado amplia de este razonamiento, se traduciría en una vuelta al sistema anterior, que tampoco parece que sea en absoluto la *ratio decidendi* de esta esta sentencia.

2. ¿Cuándo se va a entender que hay defecto o insuficiencia de medidas? Y en relación con esto: ¿cuál va a ser el papel de la guarda de hecho? ¿y el de las escrituras de provisión de apoyos del art. 255? ¿son unilaterales o bilaterales?

El actual presupuesto de la intervención judicial es el defecto o insuficiencia de medidas voluntarias, o la falta de guarda de hecho que suponga apoyo suficiente: si este presupuesto concurre, “podrá la autoridad judicial adoptar otras supletorias o complementarias” (art. 255).

Sobre esta “puerta de entrada” a la intervención judicial pueden hacerse varias consideraciones.

1. Un primer problema, que diferencia el escenario actual del que marcaba el tenor del antiguo art. 200 CC al enumerar las causas de incapacitación, es que, en la nueva regulación falta el supuesto de hecho de la norma en general y el que justifica la intervención judicial en particular: el texto actual se refiere a las personas necesitadas de apoyo, pero sin explicar, salvo la mención al “defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate” del art. 249 CC, qué es lo que determina esa necesidad de apoyo.

En los artículos del Código civil no se encuentra, ni tampoco en el art. 42 bis a) LJV ya visto, ni en la LEC que se refiere al procedimiento (cfr. art. 756.I LEC: “En

los supuestos en los que, de acuerdo con la legislación civil aplicable, sea pertinente el nombramiento de curador”). Y, de hecho, se ha reprochado que no haya una definición clara del presupuesto habilitante de las medidas, teniendo en cuenta que cabe la intervención judicial —excepcional, subsidiaria, pero intervención— que puede imponer medidas de forma obligatoria, incluso representativas.

2. En segundo lugar, muchas de las sentencias que imponían una medida de guarda legal, partían de un escenario en el que sí que había una guarda de hecho que funcionaba correctamente, solo que llegado el caso concreto (el clásico ejemplo de necesidad de venta de la casa) había que incapacitar, nombrando tutor o curador; muchas veces a quien desempeñaba la guarda de hecho.

Hoy no haría falta, pudiéndose acudir a la solicitud de autorización ad hoc del art. 287 CC cuando se ejercieran funciones representativas.

De todas formas, en la preselección legal del párr. 2º del art. 276 CC se propone como curador, en el nº 5, al que venía desempeñando esa función de la guarda de hecho; en aplicación de esta previsión, si el guardador de hecho es designado judicialmente como curador, es, por definición, porque la guarda que ejerce no supone apoyo suficiente: recordemos que el art. 250 CC dice que “Solo en defecto o por insuficiencia de estas medidas de naturaleza voluntaria, y a falta de guarda de hecho que suponga apoyo suficiente, podrá la autoridad judicial adoptar otras supletorias o complementarias”. Entiendo que seguirá desempeñando sus funciones de guarda, más las funciones de asistencia que determine la resolución, pero todo ello en concepto de curador. No parece muy operativo que tuviera una doble consideración legal: a unos efectos como guardador y a otros como curador, aunque teóricamente ambas instituciones sean complementarias (art. 250 CC).

3. ¿Cuáles son los servicios asistenciales que impiden ser prestador de apoyos? ¿Qué va a pasar con la guarda de hecho en las residencias?

Preocupaba lo dispuesto en el último párrafo del art. 250 CC *in fine*: “No podrán ejercer ninguna de las medidas de apoyo quienes, en virtud de una relación contractual, presten servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga a la persona que precisa el apoyo”: visto a la inversa, este párrafo significa que si se contrata uno de estos servicios, el contrato conlleva el efecto de imposibilidad de recibir de esos contratantes, ninguna de las medidas de apoyo.

La diferenciación de tareas en este punto, que refleja una reivindicación del colectivo de fundaciones tutelares, presidida por la sana idea de “no ser juez y parte”, plantea sin embargo algunos interrogantes:

a) Quien ejerce ese servicio asistencial o residencial ¿entonces no se puede considerar, ni siquiera, guardador de hecho? La guarda de hecho, como “medida de apoyo” (mención actual), parece que es incompatible.

Pero eso se topa con el muro de la realidad, pues las residencias son, muchas veces, las que han sido consideradas frecuentemente (incluso a instancia de la Administración pública correspondiente), guardadoras de hecho.

Respecto a este punto, en las Jornadas de Fiscales especialistas de las secciones de atención a personas con discapacidad y mayores (Madrid, 27 y 28 de septiembre de 2021)⁹ se ha aclarado que: “La guarda de hecho también puede ser institucional; privada o pública y puede coexistir con una guarda de familiar o allegado. Generalmente, la guarda institucional se produce cuando la persona necesitada se encuentra ingresada en un centro (residencia para personas con discapacidad, residencias para personas mayores, casas-hogar, etc.). En estos centros, sean públicos o privados, es la dirección de los mismos la que asume la guarda de la persona y se convierte en garante de que se respeten sus derechos y se le presten los cuidados que le son debidos. Esta obligación surge, tanto del correspondiente contrato de servicios (formalizado generalmente con el guardador de hecho con quien concurre), como de las disposiciones legales, tanto de ámbito estatal, como las específicas de la Comunidad Autónoma en que radique el centro.

Junto a esta guarda institucional, generalmente existe algún familiar o allegado que ejerce otra guarda de hecho que concorra con la asistencia de la institución en la que esté ingresado o la persona contratada para asistirle en su faceta personal. Si no existe este familiar y es la residencia lo que lo hace todo, ahí sí que hay que comprobar la existencia de una situación de hecho que contravenga lo dispuesto en el indicado art. 250 CC, para lo que deberán instituirse las salvaguardias necesarias o constituir el apoyo judicial que proceda”.

Por lo demás, si las medidas voluntarias de apoyo no quedan circunscritas a negocios jurídicos unilaterales, sino que también pueden consistir en negocios jurídicos bilaterales como el contrato de alimentos ¿cómo conciliar ambas previsiones?

b) ¿Qué son “servicios asistenciales”? ¿De cuidado personal? ¿De asistencia jurídica, patrimonial, financiera? En definitiva, si hay cualquier tipo de relación contractual con la persona con discapacidad ¿ya no puede tener ejercer ninguna de las medidas de apoyo? La cuidadora única de la señora sola, por ejemplo, ¿acaso no ejerce la guarda de hecho? Parece que la enunciación de la frase en su conjunto

⁹ Disponibles en <https://www.icaib.org/conclusiones-de-las-jornadas-de-fiscales-especialistas-de-las-secciones-de-atencion-a-personas-con-discapacidad/>.

“servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga” remite al cuidado en el plano personal, pero hay que reconocer que se presta a interpretaciones.

4. ¿Se puede otorgar poder preventivo a favor de una entidad pública? ¿Le condiciona en algo la imposibilidad de excusarse para el desempeño de los apoyos del art. 281 CC in fine?

Desde el momento en que el poder preventivo es una designación unilateral, el poderdante puede designar a la entidad pública como apoderada, pues no hay nada que lo impida: cosa distinta es que luego esta lo use o no. Como antes he apuntado, aquí se pone de manifiesta una importante limitación de este instrumento del poder preventivo, si no va acompañado de un contrato de mandato, en cuyo caso, ahí sí, tendría que concurrir la entidad para, en su caso, aceptar.

A partir de ahí ¿es inexcusable para la entidad aceptar? El inciso aparece en sede de curatela, y por tanto de medidas judiciales, que es donde tiene sentido, puesto que si es el juez el que llama a la entidad, en ese caso no puede excusarse.

Pese a que se emplee la expresión “desempeño de los apoyos”, me parece que hay que circunscribirlo a la curatela por varios motivos:

1) El emplazamiento sistemático en la ley, también en relación con el 279 CC, con el que confluyó en un determinado momento de la tramitación parlamentaria.

2) Es medida voluntaria para ambos: no solo para la persona con discapacidad, sino también para el que presta los apoyos. Carece de justificación una asimetría en uno de los polos. Igual que no se puede, en ese ámbito extrajudicial de medidas voluntarias, obligar a un particular, tampoco a una persona jurídica, aunque sea pública, siendo como hay otras alternativas (familiares, o de entidades privadas, que están vigiladas igualmente por los poderes públicos, y más aún si, cuando se dé el desarrollo reglamentario, se les habilita como entidades colaboradoras).

3) El propio concepto “excusa” es propio de la respuesta a una designación judicial obligatoria: no se da el ámbito voluntario, en el que, como regla general, las obligaciones se asumen voluntariamente o no se asumen.

4) Las entidades públicas actúan, o deberían actuar, como última ratio.

5. El reto de la adaptación de las sentencias ya emitidas y la dotación de medios a la autoridad judicial y quienes han de elaborar los informes sociales.

No cabe duda de que, además del cambio de mentalidad de fondo para asumir el nuevo paradigma por parte de toda la sociedad y en especial, de los familiares y operadores jurídicos concernidos, uno de los principales retos en este momento

es el de la adaptación de todas las sentencias en los plazos marcados por el régimen transitorio ya expuesto¹⁰, para lo que los juzgados lo que necesitan son, además de la correspondiente formación, medios.

Y tanto para esa adaptación, como para las resoluciones judiciales que en el futuro se emitan, en el procedimiento judicial es absolutamente imprescindible el informe social, como ya se ha dicho. El problema es que hoy por hoy, en España no hay equipos psicosociales especializados adscritos a los Juzgados de discapacidad, como sí que hay en menores; se entiende que el informe en cuestión lo dan los servicios sociales de base, o el centro donde está residenciado: se entiende que, en tanto no se provea de aquellos, estos, al igual que lo que acabamos de decir respecto a los juzgados, necesitan estar dotados de los correspondientes medios, con el consiguiente apoyo presupuestario.

El art. 42.bis b) LJV prevé que tanto el informe como la información “sobre las eventuales alternativas de apoyo y posibilidades de prestarlo sin requerir la adopción de medida alguna por la autoridad judicial”, que la autoridad judicial puede recabar antes de la comparecencia, pueda pedirlos a la “entidad pública que, en el respectivo territorio, tenga encomendada la función de promoción de la autonomía y asistencia a las personas con discapacidad”, o a “una entidad del tercer sector de acción social debidamente habilitada como colaboradora de la Administración de Justicia”. El problema es que hoy por hoy no hay ningún reglamento ni procedimiento respecto a estas entidades colaboradoras, y de hecho, esto está generando problemas ese tema porque los jueces no saben a quién dirigirse. Y las entidades a las que les piden informes (ya está pasando) dicen que hacer estos trabajos tiene coste, y no hay financiación.

6. El reto de la prueba de la guarda de hecho como requisito necesario para la efectividad del protagonismo del que le dota la Ley 8/2021.

Uno de los temas fundamentales en este punto va a ser, sin duda, la prueba de la condición de guardador de hecho, que va a condicionar, como es fácil imaginar, la efectividad de su protagonismo.

La Ley no se pronuncia al respecto, por lo que cabe pensar en medios variados.

Por una parte, la condición de la discapacidad de la persona —que justifica la intervención el guardador de hecho—, podrá probarse a través de certificaciones administrativas, certificados médicos o informes sociales respecto a la discapacidad intelectual o del desarrollo, o a la enfermedad mental. La del guardador, a través de medios como el acta de notoriedad notarial, que podrá facilitarse, por ejemplo,

¹⁰ Sobre este punto, cfr. SANTOS URBANEJA, F.: “Revisión de las sentencias anteriores a la entrada en vigor de la Ley 8/2021”, en <https://blog.sepin.es/2022/02/revision-sentencias-antiores-ley-8-2021>.

a través de la acreditación de la convivencia con el guardado, a través certificado de empadronamiento o de declaración de testigos, etc.

También se recurrirá previsiblemente a la declaración, bajo su responsabilidad, del propio guardador de hecho, similar a los modelos de declaración responsable de guarda de hecho elaborados por la Administración al efecto de cursar las peticiones de reconocimiento de la situación de dependencia.

Además, la guarda de hecho pueda ser objeto de anotación preventiva en el Registro civil (art. 40 LRC). La guarda de hecho que por alguna decisión judicial haya tenido acceso al Registro (por ejemplo, al establecer salvaguardias judiciales), informa de su existencia en un determinado momento. Dicha anotación no tiene valor probatorio, puede ser de utilidad.

Ya está habiendo autos judiciales de reconocimiento de esta condición, tramitados por vía de jurisdicción voluntaria, ante la negativa —frecuentemente, por parte de las entidades bancarias— a dicho reconocimiento.

BIBLIOGRAFÍA

ARNAU MOYA, F.: "Aspectos polémicos de la ley 8/2021 de medidas de apoyo a las personas con discapacidad", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 33, enero 2022.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "Primeras resoluciones judiciales aplicando la Ley 8/2021, de 2 de junio en materia de discapacidad", *Diario La Ley*, nº 10021, de 3 de marzo de 2022.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C: "La Observación General Primera del Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad: ¿interpretar o corregir?", en AA.VV., *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad* (coord. G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA y M. GARCÍA MAYO), Las Rozas (Madrid), Bosch, 2021.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Á.: "Aspectos generales de la reforma del código civil relativa a las personas con discapacidad intelectual en el ejercicio de su capacidad jurídica", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 33, enero 2022.

SANTOS URBANEJA, F., "Revisión de las sentencias anteriores a la entrada en vigor de la Ley 8/2021", en <https://blog.sepin.es/2022/02/revision-sentencias-anteriores-ley-8-2021/>.