



Universidad
Zaragoza

Trabajo Fin de Grado

**LA REFORMA PROCESAL OPERADA POR LA LEY 8/2021: EL NUEVO
MODELO DE PROVISIÓN DE MEDIDAS JUDICIALES DE APOYO A
PERSONAS CON DISCAPACIDAD**

Autor

Clara Pina Tartón

Director

Alberto José Lafuente Torralba

Facultad de Derecho

Curso 2021-2022

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN.....	5
II. LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.....	7
1. ASPECTOS RELEVANTES	7
2. EL ARTÍCULO 12.....	9
3. LA OBSERVACIÓN GENERAL N° 1 (2014).....	11
4. ALGUNAS REFLEXIONES ACERCA DE LA CONVENCIÓN Y LA OBSERVACIÓN GENERAL N°1	12
III. ADECUACIÓN DE NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO A LA CONVENCIÓN	16
1. PRIMERAS ADAPTACIONES NORMATIVAS A LA CONVENCIÓN.....	16
2. LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL SUPREMO	19
3. LA LEY 8/2021.....	21
3.1 Artículo segundo: reforma del Código civil como cuestión previa	21
<i>A) El nuevo panorama de la persona con discapacidad.....</i>	<i>21</i>
<i>B) Las medidas de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica.....</i>	<i>23</i>
3.2 Artículos cuarto y séptimo: reforma procesal	25
<i>A) Algunas reflexiones sobre el anterior procedimiento de incapacitación.....</i>	<i>25</i>
<i>B) Nuevo contexto procesal.....</i>	<i>26</i>
IV. EL EXPEDIENTE DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA PARA LA PROVISIÓN DE MEDIDAS JUDICIALES DE APOYO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.....	32
1. ÁMBITO DE APLICACIÓN	32
2. COMPETENCIA.....	33
3. LEGITIMACIÓN.....	34
4. POSTULACIÓN.....	35
5. MEDIDAS CAUTELARES.....	36
6. PROCEDIMIENTO.....	36

7.	FINALIZACIÓN DEL EXPEDIENTE.....	38
8.	REVISIÓN DE LAS MEDIDAS ADOPTADAS.....	39
V.	EL PROCESO DE PROVISIÓN DE MEDIDAS JUDICIALES DE APOYO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD	40
1.	DISPOSICIONES GENERALES.....	40
2.	INICIO DEL PROCESO: CONTROVERSIA EN EL EXPEDIENTE DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA	41
3.	COMPETENCIA.....	42
4.	LAS PARTES	43
4.1	Legitimación activa	43
4.2	Legitimación pasiva	45
4.3	Postulación y posible intervención del curador.....	45
5.	LA PRUEBA.....	45
5.1	Entrevista a la persona con discapacidad	46
5.2	Audiencia a los parientes.....	47
5.3	Prueba pericial.....	48
6.	LA SENTENCIA	49
7.	RECURSOS.....	52
8.	REVISIÓN DE LAS MEDIDAS ADOPTADAS.....	53
VI.	CONCLUSIONES	53
VII.	BIBLIOGRAFÍA	57
VIII.	NORMATIVA Y DOCUMENTACIÓN INSTITUCIONAL.....	62
IX.	JURISPRUDENCIA	64

ABREVIATURAS

- AATS Autos del Tribunal Supremo
- Art. Artículo
- ATS Auto del Tribunal Supremo
- CC Código Civil
- CDPD Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad
- CJPJ Consejo General del Poder Judicial
- DA Disposición Adicional
- DT Disposición Transitoria
- DDTT Disposiciones Transitorias
- FGE Fiscalía General del Estado
- JV Jurisdicción Voluntaria
- LAJ Letrado de la Administración de Justicia
- LEC Ley de Enjuiciamiento Civil
- LJV Ley de Jurisdicción Voluntaria
- LOPJ Ley Orgánica del Poder Judicial
- MF Ministerio Fiscal
- SSTs Sentencias del Tribunal Supremo
- STC Sentencia del Tribunal Constitucional
- STS Sentencia del Tribunal Supremo
- TS Tribunal Supremo

I. INTRODUCCIÓN

El tema del presente trabajo versa sobre el análisis pormenorizado del nuevo procedimiento judicial de provisión de apoyos a las personas con discapacidad que se ha instaurado con ocasión de la entrada en vigor de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. En este sentido, me centraré en la tutela judicial de las personas mayores de edad, dejando aparte la situación de los menores, la cual daría lugar a otro posible Trabajo Fin de Grado.

El propósito de la realización de este estudio se encuentra intrínsecamente relacionado con la importancia del tema de la discapacidad. Se trata de un asunto que, pese a que puede parecer ajeno a nosotros, es una cuestión que afecta a un elevado número de personas. Tal es así que es probable que casi todas las personas experimenten algún tipo de discapacidad de forma temporal o permanente en algún momento de su vida.

Según la OMS, el término genérico «discapacidad» abarca “todas las deficiencias, las limitaciones para realizar actividades y las restricciones de participación, y se refiere a los aspectos negativos de la interacción entre una persona (que tiene una condición de salud) y los factores contextuales de esa persona (factores ambientales y personales)”¹. En este sentido, en 2021 alrededor del 15% de la población mundial padecía algún tipo de discapacidad, esto es, más de mil millones de personas². En España, según una encuesta del INE hecha en 2008 a personas mayores de 6 años³, 3,85 millones de personas declaraban tener alguna discapacidad, cifra que tras 14 años habrá aumentado hasta el punto de alcanzar casi el 10% de la población española. Este incremento de la discapacidad, que acontece y que seguirá creciendo de manera exponencial con el transcurso del tiempo, tiene su origen en la mayor expectativa de vida, el deterioro cognitivo propio de la edad (Alzheimer, demencia senil, etc.), los deterioros neurológicos derivados de nuevos hábitos de vida (como el mayor consumo de alcohol y tóxicos) y el

¹ Informe mundial sobre la discapacidad, Organización Mundial de la Salud, 2011, accesible en <https://apps.who.int/iris/handle/10665/75356> (última consulta: 8 de mayo de 2022).

² Disponible en: <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/disability-and-health> (última consulta: 8 de mayo de 2022).

³ Accesible en: https://www.ine.es/ss/Satellite?L=es_ES&c=INESeccion_C&cid=1259926668516&p=1254735110672&pagename=ProductosYServicios%2FPYSLayout (última consulta: 8 de mayo de 2022.)

mayor número de accidentes de todo tipo que generan situaciones discapacitantes sobrevenidas⁴. En consecuencia, se prevé un aumento del número de discapacitados psíquicos que no será indiferente.

En aras de adecuar nuestro ordenamiento jurídico a la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad se ha llevado a cabo una sustancial reforma en el Código civil, que ha supuesto la reestructuración de conceptos relativos a la capacidad, la relectura de algunas instituciones tutelares tradicionales y la derogación de otras. En concordancia con esto último, la legislación procesal ha tenido que adaptarse a esta nueva configuración de la discapacidad. En este sentido, me gustaría resaltar el papel del Derecho procesal como herramienta para transformar la “realidad” y es que, por mucha reforma de Derecho sustantivo que se prevea, si no va acompañada de una adecuada regulación procesal, dichas intenciones se convierten en papel mojado.

En cuanto a la metodología, he considerado oportuno estructurar el trabajo de manera cronológica para que el lector se vaya introduciendo poco a poco en el tema principal: la reforma procesal. De esta manera, comenzaré haciendo alusión al origen de la reforma: la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y la interpretación de la misma hecha por el Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad. Seguidamente, analizaré las adaptaciones legislativas que se han llevado a cabo desde la ratificación de la Convención, deteniéndome en el rol que ha tenido el Tribunal Supremo frente a la inactividad legislativa hasta la entrada en vigor de la Ley 8/2021. Tras esto último, es inevitable abordar la reforma sustantiva pues es donde se asientan los instrumentos procesales y, finalmente, analizaré de manera detallada el trámite bifronte que se ha conformado con ocasión de la implementación del nuevo procedimiento de provisión judicial de medidas de apoyo a las personas con discapacidad.

⁴ PERALES CASAJUANA, L.A., « Discapacidad: cifras y algunas reformas necesarias en especial sobre la capacidad jurídica y el derecho de sufragio» en AA. VV., Morcillo Moreno (dir.) *Discapacidad intelectual y capacidad de obrar*, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 59-60.

II. LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

1. ASPECTOS RELEVANTES

En primer lugar, dado que el objeto de este trabajo es el análisis pormenorizado del nuevo procedimiento de provisión de apoyos a las personas con discapacidad, es menester comenzar haciendo alusión al origen de esta nueva reforma, el cual radica en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006.

Este instrumento internacional⁵ es el primer Tratado de Derechos Humanos aprobado por Naciones Unidas que trata propiamente los derechos de las personas con discapacidad. Hasta aquel momento, carecían de un texto internacional propio que obligase a los Estados Partes a velar por el cumplimiento de una tutela efectiva de sus derechos y libertades⁶.

La Convención y su Protocolo Facultativo⁷ fueron aprobados el 13 de diciembre de 2006 por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Fueron ratificados por España el 23 de noviembre de 2007⁸ y su entrada en vigor se produjo el 3 de mayo de 2008.

La CDPD supuso un punto de inflexión en el tratamiento de la discapacidad y de las personas que la padecen. Se profesaba un cambio del hasta entonces vigente modelo médico o rehabilitador de la discapacidad por el modelo social⁹. El primero de ellos,

⁵ Tras décadas de demanda de una protección específica de los derechos de las personas con discapacidad, en 1987 surgen los primeros intentos encaminados a que Naciones Unidas adoptase una Convención específica para este colectivo. Sin embargo, no es hasta 2001 cuando finalmente se ubica el “arranque formal” de la tramitación de la Convención. Con el principal empeño del Gobierno de México como impulsor y de otros Estados, la Asamblea General de la ONU dictó el 19 de diciembre de 2001 la Resolución 56/168, por la que se constituye un Comité Especial encargado de elaborar la vigente CDPD.

⁶ BERNARDO SAN JOSÉ, A., «La reforma de la legislación procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica a la luz de la Convención de Nueva York», en BANACLOCHE PALAO, J., (Dir), *Tutela Judicial no contenciosa de personas mayores y de menores de edad*. Cizur Menor, Ed. Aranzadi, 2020, pp. 70-71.

⁷ Junto con la Convención se establece el Protocolo de carácter facultativo, a través del cual se reconoce la competencia del Comité de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, para vigilar el cumplimiento de lo recogido en la CDPD (arts. 34, 35 y 36 CDPD).

⁸ Ratificada mediante Instrumento de 23 de noviembre de 2007, publicado en el BOE núm. 96, de 21 de abril de 2008.

⁹ Al respecto del concepto y defensa del modelo social de la discapacidad es de interés la siguiente obra: PALACIOS RIZZO, A., «*El modelo social de la discapacidad. Orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*», Cinca, Madrid, 2008.

también denominado asistencial, concibe la discapacidad en términos de enfermedad. Se cree que las personas con discapacidad pueden contribuir al desarrollo de la sociedad, pero solo en la medida en que se restablezcan o normalicen y puedan integrarse tanto como sea posible con los demás. Al hacerlo, entran en un "proceso de estandarización" para obtener valor de la sociedad como personas y ciudadanos. Dado que el énfasis está en la discapacidad (en lo que la persona no es capaz de llevar a cabo), se subestiman las habilidades de las personas con discapacidad y, por lo tanto, este contexto social se basa en actitudes sobreprotectoras y caritativas, centrándose en sus debilidades. Por otro lado, el modelo social entiende la discapacidad como un "concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás"¹⁰. Es decir, en el modelo médico es la persona con discapacidad la que se tiene que adaptar a la sociedad, mientras que en el modelo social es la sociedad la que debe adaptarse. De este modo, se sustituye la consideración de las personas con discapacidad como objetos de beneficencia o de programas sanitarios, por la de sujetos de derechos humanos¹¹.

En este sentido, la Convención no prevé una definición concreta de discapacidad sino que el segundo párrafo del art. 1 incluye una suerte de supuestos sobre quiénes pueden ser consideradas personas con discapacidad, señalando que "las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás".

En consonancia con este modelo integrador, el art. 1 de la CDPD señala el propósito de la misma: "promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente". A la luz de esta redacción se observa que el objetivo es coadyuvar a las personas con discapacidad a que ejerzan sus

¹⁰ Apartado e) del Preámbulo de la CDPD.

¹¹ LÓPEZ SAN LUIS, R., «El principio de respeto a la voluntad de la persona con discapacidad y la Convención de Nueva York (2006), y su reflejo en el anteproyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad» en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº 2 (2020), p.114.

derechos y libertades en igualdad de condiciones que el resto de la población y sin que sufran ningún tipo de discriminación.

Para lograr este objetivo, la Convención recoge una serie principios generales en su art. 3. Podemos destacar los tres primeros, que hacen referencia al respeto de la dignidad, la autonomía individual (incluida la libertad de tomar las propias decisiones) y la independencia; la no discriminación y la participación e inclusión plena y efectiva en la sociedad de las personas con discapacidad. Para la íntegra proyección de estos principios, en el art. 4 se prescriben una serie de obligaciones generales a los Estados signatarios que se resumen en el compromiso a “asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad” (art 4.1 CDPD).

2. EL ARTÍCULO 12

Tras esta breve introducción, debemos hacer referencia al art.12 de la CDPD, eje central sobre el que pivota el resto del texto y cuya rúbrica es “igual reconocimiento como persona ante la ley”, reflejo del principal objetivo de la Convención: evitar la discriminación de las personas con discapacidad.

En los dos primeros apartados, se establece el deber de los Estados Partes de reafirmar y reconocer la personalidad jurídica y la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, respectivamente. Al respecto, debemos matizar estos conceptos ya que han sido objeto de discordia en cuanto a su definición.

Recordemos que, según DE CASTRO, la capacidad jurídica es la cualidad de la persona de ser titular de las distintas relaciones jurídicas que la afectan, es decir, de derechos y obligaciones, mientras la capacidad de obrar es la cualidad jurídica de la persona que determina -conforme a su estado- la eficacia jurídica de sus actos¹². La capacidad jurídica se posee por el hecho de existir, la capacidad de obrar sí que se puede modificar y puede estar sujeta a limitaciones. Esta tradicional distinción, de origen doctrinal, que acoge

¹² DE CASTRO, F., *Derecho civil de España*, T. II, Civitas, Madrid, 1984, pp. 45-50.

nuestro ordenamiento jurídico es, sin embargo, obviada por la Convención al acuñar el concepto de “ejercicio de la capacidad jurídica”, equivalente a nuestra capacidad de obrar.

En cuanto al tratamiento que hace la Convención de la “capacidad jurídica”, se discute sobre si este concepto recogido en el apartado segundo incluye tanto la capacidad jurídica en sentido propio como el ejercicio de esta¹³ o si, por el contrario, se distingue entre ambas. Esta cuestión no es baladí, pues si el art. 12.2 incluye también el ejercicio de la capacidad jurídica, habría que modificar todos los procedimientos judiciales que la restrinjan o limiten ya que se estaría vulnerando lo dispuesto en la CDPD. Si bien es cierto que existen diversas interpretaciones¹⁴ en cuanto al sentido del concepto de la capacidad jurídica que acoge la CDPD, comparto la postura de PEREÑA VICENTE, que considera que la Convención no da el mismo tratamiento a la capacidad jurídica y a su ejercicio (nuestra capacidad de obrar) ya que según la Convención “en el reconocimiento de la capacidad jurídica no cabe adoptar «ninguna medida pertinente» pero en el ejercicio sí. Esta es la diferencia”¹⁵.

En este sentido, el apartado cuarto del art. 12 establece que los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos y que estas respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. En relación a esto último, el tercer apartado deja a manos de las legislaciones de los Estados Partes la concreción de las específicas medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica.

¹³ Según BARRANCO, M^a C., CUENCA, P. y RAMIRO, M. A., esta postura es la correcta si nos apoyamos en el informe que el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los derechos humanos presentó al comité especial en su sexta reunión denominado “Capacidad jurídica”, en BARRANCO, M^a C., CUENCA, P. y RAMIRO, M. A., «Capacidad jurídica y discapacidad: el artículo 12 de la Convención de derechos de las personas con discapacidad» en *Anuario Facultad de Derecho*, Universidad de Alcalá, n^o V (2012).

¹⁴ TORRES GARCÍA, T. F., «La incapacitación: de Don Federico de Castro al momento actual» en AA.VV (dir. Díez-Picazo, L.), *Glosas sobre Federico de Castro*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 397-399.

¹⁵ PEREÑA VICENTE, M., «Derechos fundamentales y capacidad jurídica. Claves para una propuesta de reforma legislativa» en *Revista de Derecho Privado*, n^o 4 (julio-agosto, 2014), p. 17.

Por último, el apartado quinto señala la obligación de los Estados firmantes de asegurar que las personas con discapacidad puedan tener acceso a una serie de ámbitos patrimoniales en igualdad de condiciones que el resto y que no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.

En esta exposición del art. 12 se refleja el objetivo de la CDPD de reemplazar el sistema de sustitución en la toma de decisiones por un sistema de apoyos, respaldando el cambio del modelo médico o rehabilitador por el modelo social, alegando la falta de consideración de los derechos humanos de aquel. Según esta perspectiva, el modelo médico conduce a limitaciones indebidas o incluso absolutas en el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, obstaculizándolas en la realización de diferentes tipos de actos personales y patrimoniales y sustituyéndolas en la toma de decisiones. Por ello, este artículo propugna que las personas con discapacidad son titulares de los mismos derechos que el resto de las personas y que, además, pueden ejercerlos en las mismas condiciones que los demás. Para poder llevar a cabo esto último, se aboga por este modelo de apoyos en la toma de decisiones donde el apoyo o intervención no tiene como fin la sustitución por parte de un tercero en la toma de decisiones sino acompañar a la persona en la decisión.

3. LA OBSERVACIÓN GENERAL N° 1 (2014)

El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad emitió la Observación General N° 1 (2014)¹⁶, documento que cuenta con 52 observaciones referidas a diferentes artículos de la CDPD, donde realizó una interpretación del art. 12 de la Convención que no ha sido indiferente entre la doctrina.

Según este informe, en su observación n° 12, el concepto de capacidad jurídica recogida en el art. 12.2 incluye la capacidad de ser titular de derechos y la de actuar en derecho. Es decir, conjuga en un mismo concepto la capacidad jurídica *per se* y el ejercicio de la capacidad jurídica, apoyando la primera de las posturas que mencionaba en el apartado anterior. En este sentido, señala el Comité que la capacidad jurídica de ser titular de

¹⁶ Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Distr. General, 19 de mayo de 2014. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 11° periodo de sesiones, 31 de marzo a 11 de abril de 2014, Observación general N° 1 (2014).

derechos concede a la persona la protección plena de sus derechos por el ordenamiento jurídico, mientras que la capacidad jurídica de actuar en derecho reconoce a esa persona como actor facultado para realizar transacciones y para crear relaciones jurídicas, modificarlas o ponerles fin. En consecuencia, “los Estados Partes no deben negar a las personas con discapacidad su capacidad jurídica, sino que deben proporcionarles acceso al apoyo que necesiten para tomar decisiones que tengan efectos jurídicos”¹⁷. De esta manera, se impone la obligación de abolir los regímenes que limiten el ejercicio de la capacidad jurídica y sustituirlos por un modelo de apoyos.

Por otro lado, es digna de mención la distinción que se expone en la observación 13 respecto a la capacidad jurídica y la capacidad mental. Según el Comité, esta última se corresponde a la aptitud de una persona para adoptar decisiones, que naturalmente varía de una persona a otra y puede ser diferente para una persona determinada en función de muchos factores, entre ellos factores ambientales y sociales. De esta manera se hace un *totum revolutum* en el que se unifica en el concepto de capacidad jurídica nuestra capacidad jurídica y nuestra capacidad de obrar, diferenciándola de la capacidad mental, que bien podría equivaler a nuestro concepto de autogobierno (relacionado con la capacidad de obrar).

Respecto al apartado 4 del art. 12, en relación a las salvaguardas para impedir abusos a las personas con discapacidad, el Comité dictamina que en las situaciones en las que no sea posible determinar la voluntad y las preferencias de una persona el principio del "interés superior" debe ser sustituido por la "mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias". Es decir, destierra como salvaguarda el principio del mejor interés para la persona con discapacidad en beneficio de su voluntad, deseos y preferencias, criterio este que no deja de ser cuestionable y al que haré referencia posteriormente.

4. ALGUNAS REFLEXIONES ACERCA DE LA CONVENCION Y LA OBSERVACION GENERAL N°1

En lo referente al modelo social de la discapacidad, es muy interesante y esclarecedora la crítica de ALEMANY sobre el mismo. El autor señala con acierto que es importante

¹⁷ Observación n° 16 de la Observación General n° 1 (2014) del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

mantener la distinción entre el enfoque social de la discapacidad y el modelo social de la discapacidad. En este sentido, no se discute el hecho de que para explicar las condiciones de vida de las personas con discapacidad se deben tener en cuenta las condiciones sociales en las que vive. Sin embargo, advierte que esto no debería conllevar la negación del modelo médico y su concepción biomédica de la enfermedad¹⁸. En relación a esto último, si ponemos como ejemplo la discapacidad psíquica, esta no deriva primariamente de la existencia de barreras sociales sino de la propia naturaleza y características de esa discapacidad¹⁹. Cuestión distinta es que se promuevan medidas para instar a la integración de las personas con discapacidad. En definitiva, lo que se necesita es un enfoque equilibrado entre el aspecto médico y el aspecto social de la discapacidad que le atribuya a cada uno el peso que le corresponde.

Por otro lado, haciendo alusión al ámbito subjetivo de la Convención, podemos deducir que partimos de una uniformidad en el tratamiento de las personas con discapacidad²⁰. Reflejo de ello es la redacción del artículo 12, que asienta este nuevo “paradigma” de la discapacidad a través del modelo social en el sentido de igual ejercicio de la capacidad jurídica de todas las personas sin excepciones por razón del grado o del tipo de discapacidad.

Como señala parte de la doctrina²¹ y cuya visión comparto, esta falta de referencia por parte de la CDPD a la existencia de diversidad dentro de la discapacidad es un defecto que conlleva establecer el mismo régimen a personas con distintos tipos o grados de discapacidad. En la práctica supone un problema ya que las medidas o apoyos necesarios para el pleno ejercicio de los derechos por parte de las personas con discapacidad física o sensorial son considerablemente distintos de los que necesitan las personas con discapacidad psíquica o psicosocial. El Comité de Bioética de España también se ha hecho eco de este riesgo al señalar que debemos poner el foco en las diferencias que

¹⁸ ALEMANY, M., «Representación y derechos de las personas con discapacidad mental y/o intelectual» en *Práctica de Tribunales*, n° 145 (julio-agosto, 2020), pp. 8-9.

¹⁹ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., «Curatela y representación: cinco tesis heterodoxas y un estrambote» en VV. AA., De Salas Murillo, S. y Mayor del Hoyo, M^a.V. (dirs.), *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 260. Interesante es el ejemplo que pone el autor del náufrago que llega a una isla desierta donde los problemas de supervivencias son muy distintos a si padece una discapacidad o no y donde la barreras sociales son inexistentes al no haber sociedad.

²⁰ TORRES COSTAS, E., «La Convención de Nueva York y...», *cit.*, p. 35.

²¹ LLEDÓ YAGÜE, F., «La Convención de Nueva York y la necesaria reformulación de la discapacidad», *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, n° 14 (2019), p. 142.

existen dentro de la discapacidad a la hora de conformar el reconocimiento del ejercicio pleno o menos pleno de los derechos y libertades, que no se deben fabricar estereotipos que oculten el hecho de que existe una gran diversidad en la discapacidad y que el pleno reconocimiento de autonomía no puede operar del mismo modo para todos ellos²². Si bien es cierto que, como advierte LLEDÓ YAGÜE, “la protección de la persona vulnerable es un tema muy complejo en el que cada caso es diferente y en el que, por desgracia, no existen soluciones milagro”²³, no hubiera estado de más una mayor concreción del amplio concepto de discapacidad en aras a su futura proyección legislativa de los diferentes Estados firmantes y en una mayor efectividad en la práctica.

En este sentido, ALEMANY señala que es un grave error tratar del mismo modo a discapacidades que son distintas y, en especial, critica no haber tenido en cuenta la relevancia de las discapacidades mentales e intelectuales. No le falta razón, ya que parece que la Convención (y la Ley 8/2021, como veremos posteriormente) está dirigida a personas con una discapacidad psíquica o sensorial. La realidad es que un discapacitado físico o sensorial no tiene problemas a la hora de tomar una decisión consciente y libre, sin embargo, los discapacitados mentales o intelectuales sí. Los problemas que tienen que afrontar los primeros son de supresión de barreras, de accesibilidad y, en el caso de la discapacidad sensorial, “de la predisposición de los mecanismos que permitan el pleno desarrollo de una inteligencia y de una voluntad cuyas potencialidades son comparables a cualquier otra”²⁴. En consecuencia, tratar de la misma manera estas diferentes formas de discapacidad, aunque sí es oportuno en sus aspectos principales, puede ser contraproducente en términos de establecer medidas y objetivos específicos.

Por último, destaca el autor el hecho paradójico de que mientras el Comité predica que todas las personas con discapacidad deberían hablar en nombre propio, incluidas las que

²² Informe del Comité de Bioética de España sobre la necesidad de adaptar la legislación española a la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad, de 20 de diciembre de 2017, accesible en http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe_final_CDPD.pdf.

²³ LLEDÓ YAGÜE, F., «La Convención de Nueva...», *cit.*, p. 147.

²⁴ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., «Panorama general de las figuras de guarda legal de los discapacitados intelectuales» en AA.VV., De Salas Murillo, (coord.), *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2010, pp. 190-191. En esta obra el autor hace una brillante exposición de la diferencia que hay entre las medidas de apoyo de los discapacitados físicos o sensoriales y los mecanismos de protección de los discapacitados psíquicos.

padecen una discapacidad mental o intelectual, esté formado mayoritariamente por personas con una discapacidad física y sensorial que representan a aquellas²⁵.

En esta línea, DÍAZ ALABART sostiene que los principios promulgados por la CDPD deberían concretar esta homogeneidad en el tratamiento de un colectivo que se caracteriza por su heterogeneidad; afirma que “hay que ser profundamente realistas y no cerrar los ojos a la existencia de personas con graves enfermedades psíquicas y físicas, y en especial de personas ancianas con un gran nivel de dependencia, que prácticamente son incapaces siquiera de formar una voluntad, de manifestar sus gustos y deseos, o de caminar, asearse, prepararse o tomar alimentos, lo que ciertamente les impide integrarse en la sociedad en igualdad de condiciones con las demás personas”²⁶.

Por otro lado, múltiples han sido las críticas en cuanto al contenido y la eficacia de la Observación General N°1. Respecto a esta última, no está clara la eficacia jurídica de la Observación. Hay posturas que sostienen que las afirmaciones formuladas por el Comité que excedieran de lo previsto en el contenido de la Convención, carecen de fuerza ejecutiva para los Estados Partes²⁷, otros señalan que la ausencia de carácter judicial es compatible con la obligatoriedad de la misma y, finalmente, cabe pensar en el cumplimiento de buena fe por parte de los Estados firmantes de estas observaciones, pero sin que quepa hablar de obligación en términos jurídicos²⁸.

En cuanto al contenido, a mi juicio, el Comité propone una interpretación del art. 12.2 CDPD, pero ello no supone que no haya otras posibles interpretaciones. Por ejemplo, observemos la de PEREÑA VICENTE a la que aludía en el apartado 3. Al respecto, ATIENZA RODRÍGUEZ propone interpretar el art. 12.2 CDPD de la siguiente manera:

²⁵ ALEMANY, M., «Una crítica a los principios de la reforma del régimen jurídico de la discapacidad», en AA.VV (dir. Munar Bernat, P. A.), *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad: El Derecho en el umbral de la política*, Marcial Pons, Madrid, 2021, p. 214.

²⁶ DÍAZ ALABART, S., «Actuación de las personas con discapacidad en el ámbito personal y familiar el derecho a su libertad personal» en AA. VV (dir. Pereña, M.), *La voluntad de la persona protegida, oportunidades, riesgos y salvaguardas*, Dykinson, Madrid, pp. 167-168.

²⁷ COCH ROURA, N., «Sistemas de protección para las personas con enfermedad mental, de las XII tablas a la nueva reforma de la ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. Referencia especial a la cura furiosi» en *Revista General de Derecho Romano*, n° 37 (2021), p. 27.

²⁸ DE SALAS MURILLO, S., «Significado jurídico del “apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica» de las personas con discapacidad: presente tras diez años de la Convención» en *Revista Aranzadi Doctrinal*, n° 5 (2018), pp. 6-7.

“Los Estados Partes reconocen que las personas con discapacidad tienen, en la medida de lo posible, capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida”²⁹.

Por otro lado, se declara que no pueden existir restricciones en cuanto al ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, definiéndolas para todo como sujetos de derecho. Según el Comité, esta afirmación comulga con el espíritu de la CDPD de no discriminación y respeto de la dignidad de las personas con discapacidad. Sin embargo, personalmente considero que se hace una equivalencia entre dignidad y autonomía que no es la correcta, ya que el hecho de limitar la autonomía de una persona no significa que propiamente se esté atacando a su dignidad. En relación a esto último, esclarecedora es la reflexión de ATIENZA RODRÍGUEZ en el sentido de que si por dignidad entendemos que “cada individuo tiene el derecho y la obligación de desarrollarse a sí mismo como persona [...] y, al mismo tiempo, la obligación en relación con los demás de contribuir a su libre (e igual) desarrollo” y si por autonomía se entiende “la libertad de la que debe gozar cada individuo para tomar decisiones sobre su vida y sobre sus bienes”, una persona bien podría tomar la decisión de vivir una vida indigna³⁰.

En síntesis, considero que establecer restricciones al ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad sí que limita la libertad y la autonomía de las mismas, pero precisamente se hace con el fin respetar su dignidad, en caso contrario se estaría desprotegiendo a un colectivo que es especialmente vulnerable. Como bien afirma ALEMANY, “la verdadera discriminación se produciría cuando, en una situación determinada, se trata por igual a dos personas adultas, cuando ambas deben tomar decisiones para las que solo una de ellas muestra serios déficits de capacidad”³¹.

III. ADECUACIÓN DE NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO A LA CONVENCION

1. PRIMERAS ADAPTACIONES NORMATIVAS A LA CONVENCION

²⁹ ATIENZA RODRÍGUEZ, M., «Dignidad humana y derechos de las personas con discapacidad» en *Revista IUS ET VERITAS*, nº 53, diciembre 2016, p. 4

³⁰ ATIENZA RODRÍGUEZ, M., «Dignidad humana...», *cit.*, p. 3.

³¹ ALEMANY, M., «Una crítica a los principios...», *cit.*, p. 35.

Como he apuntado anteriormente, el artículo 4 de la CDPD establece las diversas obligaciones generales de los Estados Partes con respecto a la puesta en práctica del articulado de la Convención. Entre ellas se encuentra la de adecuar sus respectivos ordenamientos jurídicos a este “nuevo paradigma”. En España, como he señalado al principio, la CDPD fue ratificada el 23 de noviembre de 2007, y su entrada en vigor se produjo el 3 de mayo de 2008. Conforme al art. 96 de la CE, pasó a formar parte de nuestro ordenamiento y, en consecuencia, debíamos adaptarnos a los postulados de la misma.

Cabe mencionar, en primer lugar, la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, que, curiosamente, se promulgó un día después de la firma de la CDPD, y regula las condiciones básicas de promoción de la autonomía personal y de atención a las personas en situación de dependencia mediante la creación de un Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (SAAD), con la colaboración y participación de todas las Administraciones Públicas³².

Posteriormente, se llevaron a cabo varias reformas con el fin de adaptarnos a la CDPD. Podemos destacar la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que ahonda en el modelo social de la discapacidad y da un decidido impulso reformador en el sentido de salvaguardar los derechos de tales personas con el objetivo de favorecer la toma de decisiones en todos los aspectos de su vida, tanto personal como colectiva, avanzar hacia la autonomía personal desinstitucionalizada y garantizar la no discriminación en una sociedad plenamente inclusiva³³, mediante la modificación de diferentes leyes (diecinueve), como la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. A través del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (en aplicación de lo previsto en la disposición final

³² Apartado 3 del Preámbulo de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.

³³ Preámbulo de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

segunda de la Ley 26/2011), se refunden diversas normas pertenecientes al ámbito de las personas con discapacidad y acoge el concepto de discapacidad de la CDPD en cuanto al modelo social y al tratamiento uniforme de todas las clases de discapacidad.

En otros ámbitos del ordenamiento también se han ido llevando a cabo diferentes adaptaciones al respecto como en la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal, adecuando el lenguaje al de la Convención, sustituyendo los términos “minusvalía” e “incapaces” por los de “discapacidad” y “persona con discapacidad necesitada de una especial protección”; la Ley Orgánica 2/2020, de 16 de diciembre, de modificación del Código Penal para la erradicación de la esterilización forzada o no consentida de personas con discapacidad incapacitadas judicialmente; la Ley Orgánica 1/2017, de 13 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 5/1999, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, para garantizar la participación de las personas con discapacidad y la Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, para la modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad.

Por otro lado, Ley de Jurisdicción Voluntaria de 2015 da un paso más en la adaptación de nuestra legislación a la CDPD a través de una reforma terminológica en la que se abandona el empleo de los términos de incapaz o incapacitación, y se sustituyen por la referencia a las personas cuya capacidad está modificada judicialmente (apartado III Preámbulo).

Finalmente, la principal reforma legislativa al respecto ha llegado trece años después a la entrada en vigor de la Convención con 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, objeto principal del trabajo y que desarrollaré a continuación. La Ley consta de ocho artículos, dos disposiciones adicionales, seis disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y tres disposiciones finales. Únicamente haré referencia al artículo segundo que introduce la reforma más extensa en el Código Civil, y desarrollaré en detalle la transformación que se ha producido en el ámbito procesal en cuanto a los procesos de modificación de la capacidad.

Bien podríamos afirmar que el punto de inflexión de esta nueva regulación de la discapacidad se produce con la emisión de la Observación nº1 (2014), dado que impone la obligación por parte de los Estados signatarios de revisar sus legislaciones para asegurarse de que el derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad no esté limitado de modo distinto al de las demás personas, y que regímenes basados en la sustitución en la toma de decisiones, como la tutela, la curaduría y las leyes sobre la salud mental que permiten el tratamiento forzoso deben ser abolidos, a fin de que las personas con discapacidad recobren la plena capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás³⁴.

En relación a esto último, la Ley 8/2021 implanta el cambio de un sistema en el que predomina la sustitución en la toma de las decisiones que afectan a las personas con discapacidad, por otro basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona quien, como regla general, será la encargada de tomar sus propias decisiones³⁵.

2. LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL SUPREMO

En cuanto al ámbito jurisprudencial, dada la demora del legislador por abordar la adaptación normativa a la CDPD, nuestro Tribunal Supremo no tardó en interpretar la normativa vigente conforme a la Convención, lo cual ha supuesto un evidente avance en el tratamiento de la discapacidad. A continuación, haré referencia a la doctrina seguida por el Alto tribunal en aras de optimizar la comprensión del actual sistema de la discapacidad.

Gran conocida y reseñada es la STS 282/2009, de 29 de abril de 2009 (Roj: STS 2362/2009) que establece por primera vez que el sistema de protección de las personas con discapacidad previsto en el CC era compatible y seguía vigente siempre y cuando se tuviese en cuenta lo señalado en la STC 174/2002, de 9 de octubre (ECLI:ES:TC:2002:174): “la incapacitación total sólo deberá adoptarse cuando sea necesario para asegurar la adecuada protección de la persona del enfermo mental

³⁴ Apartado 7 de la Introducción de la Observación General Nº 1 (2014) del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

³⁵ Apartado I del Preámbulo de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

permanente, pero deberá determinar la extensión y límites de la medida y deberá ser siempre revisable”. Finalmente, el TS declara que el incapaz sigue siendo titular de sus derechos fundamentales, que la incapacitación es sólo una forma de protección y que “la incapacitación no es una medida discriminatoria porque la situación merecedora de la protección tiene características específicas y propias. Estamos hablando de una persona cuyas facultades intelectivas y volitivas no le permiten ejercer sus derechos como persona porque le impiden autogobernarse”³⁶.

Esta doctrina fue seguida a lo largo de los años por posteriores sentencias³⁷, sin embargo, poco a poco el TS se fue decantando por una interpretación más flexible³⁸ del CC, sosteniendo que el juicio de la capacidad debe ser concebido como un “traje a medida” para cada persona por lo que la modificación de la capacidad debe adaptarse a las limitaciones, a la realidad y el contexto de cada persona. En este sentido, la STS 341/2014, de 1 de julio (Roj: 3168/2014) señala que para conseguir ese “traje a medida”, “es necesario que el tribunal de instancia que deba decidir adquiera una convicción clara de cuál es la situación de esa persona, cómo se desarrolla su vida ordinaria, qué necesidades tiene, cuáles son sus intereses personales y patrimoniales, y en qué medida precisa una protección y ayuda”³⁹.

Por otro lado, en referencia al sistema de apoyos, es interesante la STS 69/2018, de 7 de febrero (Roj: STS 310/2018) que advierte que “El sistema de apoyos a que alude la Convención está integrado en el Derecho español por la tutela y la curatela, junto a otras figuras, como la guarda de hecho y el defensor judicial, que también pueden resultar eficaces para la protección de la persona en muchos supuestos. Todas ellas deben interpretarse conforme a los principios de la Convención. Así lo ha venido declarando la jurisprudencia de esta sala en los últimos tiempos tras descartar que el «procedimiento de modificación de la capacidad» y la constitución de tutela o curatela sean discriminatorias y contrarias a los principios de la Convención”⁴⁰.

³⁶ F7 de la STS 282/2009, de 29 de abril de 2009 (Roj: STS 2362/2009)

³⁷ Ejemplo de ello son las SSTS 617/2012, de 11 de octubre (Roj: STS 6810/2012) y 716/2015, de 17 de diciembre (Roj: STS 5838/2015).

³⁸ Entre otras, SSTS 337/2014, de 30 de junio (Roj: STS 3852/2014), 244/2015, de 13 de mayo (Roj: STS 1945/2015), 298/2017, de 16 de mayo (Roj: STS 1901/2017), 552/2017, de 11 de octubre (Roj: STS 3535/2017) y 118/2018, de 6 de marzo (Roj: STS 709/2018).

³⁹ FJ 6 de la STS 341/2014, de 1 de julio (Roj: 3168/2014).

⁴⁰ FJ 3 de la STS 69/2018, de 7 de febrero (Roj: STS 310/2018).

3. LA LEY 8/2021

3.1 Artículo segundo: reforma del Código civil como cuestión previa

A) El nuevo panorama de la persona con discapacidad

La reforma civil operada por la Ley 8/2021 se ha calificado como la más trascendente de los últimos tiempos, pues sienta las bases del nuevo sistema basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad, el cual informa toda la norma y se extrapola a través de las demás modificaciones legales al resto de la legislación civil y la procesal⁴¹.

Recordemos que los ahora derogados artículos 199 y 200 CC establecían que “nadie puede ser declarado incapaz, sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley” y que “son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma”, respectivamente. Es decir, se establecía una presunción *iuris tantum* de la capacidad que sólo podía ser quebrada por sentencia judicial y por las causas tasadas legalmente. El régimen protector de la discapacidad se encontraba formado por las instituciones de tutela y curatela. Sin embargo, fue frecuente que se implantara generalmente un régimen de curatela (diseñando un complemento en el ámbito personal y en el patrimonial) y se reservara el régimen de tutela, más sustitutivo e intervencionista, para los casos en los que era estrictamente necesario, a la vista de la situación grave de esa persona para poder gobernarse por sí misma⁴², en aplicación de ese “traje a medida” al que aludía en el apartado anterior⁴³.

Este régimen es profundamente reformado por el Título XI del Libro Primero del CC “De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad

⁴¹ Apartado III del Preámbulo de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

⁴² QUESADA SÁNCHEZ, A. J., «¿*Quo vadis*, incapacitación? Reflexiones iniciales sobre cierto Proyecto de Ley en los tiempos del Coronavirus» en *Revista Jurídica del Notariado*, nº 112 (enero-junio 2021), p. 476.

⁴³ En este punto, recomiendo el artículo de CORVO LÓPEZ en relación a la reinterpretación de la curatela por parte del TS, en CORVO LÓPEZ, F M^a, «La Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre provisión de apoyos a las personas con discapacidad en clave de futuro» en *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 8 (2021).

jurídica”⁴⁴, como consecuencia de este nuevo enfoque del modelo social, la discapacidad ha dejado de ser un estado civil ya que no se puede limitar el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas, por lo que ni la incapacitación ni la modificación de la capacidad tienen cabida en este nuevo régimen. Ahora, el eje central es que la persona con discapacidad disponga de los apoyos necesarios para que pueda ejercer plenamente su capacidad jurídica. En este sentido, el concepto de apoyo lo diseña la Observación general N°1 al señalar que es un término amplio que engloba arreglos oficiales y oficiosos, de distintos tipos e intensidades⁴⁵.

Respecto a esto último, en virtud del art. 199 CC, la figura de la tutela se reserva únicamente para los menores no emancipados o no sujetos a patria potestad. Se deja de hacer referencia expresamente a “incapacitación” para establecer el nuevo régimen de “medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica” (arts. 249 a 299 CC). En este título el legislador ha optado por acogerse al *totum revolutum* que hace la Observación General N°1, en el que se unifica en el concepto de capacidad jurídica la capacidad jurídica propiamente dicha y el ejercicio de la misma.

QUESADA SÁNCHEZ no consideraba necesario este cambio, pues la distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar estaba arraigada en nuestro imaginario, no era contraria a la Convención ni impropia y proporcionaba más ventajas que inconvenientes⁴⁶. Como bien afirma, los conceptos tienen que seguir existiendo, los denominemos como los denominemos. Señala que inherente es la capacidad jurídica, la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones, pero no necesariamente la tradicionalmente denominada capacidad de obrar, la aptitud para ejercitarlos, que puede necesitar matización jurídica cuando la persona concreta necesita el apoyo para gobernarse por sí misma. A mi juicio, no le falta razón y es que la distinción entre

⁴⁴ Recordemos que el art. 12.3 CDPD dejaba a manos de las legislaciones de los Estados Partes la concreción de las específicas medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica, mandato que se lleva a cabo en nuestro país mediante esta reforma.

⁴⁵ Observación 17 de la Observación General N°1 (2014) del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

⁴⁶ QUESADA SÁNCHEZ, A. J., «¿*Quo vadis*, incapacitación..», *cit.*, p. 479. En este sentido, DE LUCCHI no cree que fuese necesario reformar ni acabar con la tradicional distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, en DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y., «Las personas con discapacidad ante el proceso de modificación de la capacidad jurídica y sus garantías» en AA.VV., Álvarez Alarcón (dir.), *Justicia y personas vulnerables en Iberoamérica y en la Unión Europea*, Tirant lo blanch, Valencia, 2021, pp. 399.

capacidad jurídica y capacidad de obrar o ejercicio de la capacidad jurídica (como el legislador quiera denominarlo) es útil y necesaria en nuestro ordenamiento.

B) Las medidas de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica:

Desde la entrada en vigor de la CDPD se aboga por una promoción de la autonomía de la voluntad de las personas con discapacidad. En este sentido, cobran gran relevancia las medidas de carácter privado voluntarias que permitan pro futuro satisfacer los deseos y preferencias de la persona ante una eventual situación de necesidad de apoyos. En España, con la llegada de la Ley 8/2021 se ha pretendido abordar de lleno este asunto implantando con carácter preferente las medidas de apoyo voluntarias⁴⁷. Es tal la importancia de la autonomía de la voluntad, que se permite al individuo instaurar un sistema voluntario de apoyos no contemplado por el propio Código civil, que puede ser único o variar para cada tipo de acto o necesidad⁴⁸. En este punto, cabe la reflexión de que si no se permite un mayor control judicial de los poderes y mandatos preventivos, éstos pueden acabar convirtiéndose en el medio a través del cual se legalicen situaciones de abusos a las personas con discapacidad.

Todas las medidas de apoyo están subordinadas al respeto de la dignidad de la persona y su voluntad al principio de necesidad (que requiere que las medidas de apoyo no excedan los efectivos requerimientos de la persona con discapacidad), proporcionalidad (para que puedan ejercitar su capacidad jurídica en plenitud de condiciones) y flexibilidad⁴⁹.

Las medidas voluntarias introducidas en el Código civil⁵⁰ son la autotutela y los poderes y mandatos preventivos. Los documentos de voluntades anticipadas o instrucciones

⁴⁷ La nueva redacción del art. 249.1 CC establece respecto a las medidas de apoyo que «Las de origen legal o judicial solo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate. Todas ellas deberán ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad».

⁴⁸ TORAL LARA, E., «Las medidas de apoyo voluntarias en el nuevo sistema de provisión de apoyos del Código civil», en AA.VV (dirs. Llamas Pombo, E., Martínez Rodríguez, N y Toral Lara, E.), *El nuevo Derecho de las capacidades. De la incapacitación al pleno reconocimiento*, LA LEY, Wolters Kluwer, Madrid, 2022, p. 94.

⁴⁹ TORAL LARA, E., «Las medidas de apoyo judiciales e informales en el nuevo sistema de provisión de apoyos del Código civil», en AA.VV (dirs. Llamas Pombo, E., Martínez Rodríguez, N y Toral Lara, E.), *El nuevo Derecho de las capacidades. De la incapacitación al pleno reconocimiento*, LA LEY, Wolters Kluwer, Madrid, 2022, p. 137-138.

⁵⁰ No me voy a detener en un análisis pormenorizado de cada una de estas instituciones ya que se excede del objetivo de este trabajo, que es de carácter procesal y no civil. Sin embargo, es de interés el análisis pormenorizado de la figura de la autotutela que hace ESCARTÍN IPIÉNS en ESCARTÍN IPIÉNS, J. A.,

previas, que hacen referencia a posibles situaciones personales concretas, también deben considerarse incluidos, aunque no tienen regulación expresa en el Código Civil⁵¹.

Frente al modelo predominantemente judicial existente hasta el momento, el nuevo sistema de provisión de apoyos consagra la preeminencia de los poderes preventivos y los sistemas informales⁵². En este sentido, la Ley 8/2021 opta por la instauración de medidas judiciales cuando sea estrictamente necesario.

La guarda de hecho como medida informal adquiere gran protagonismo en la nueva reforma que se convierte en una propia institución jurídica de apoyo, al dejar de ser una situación provisional cuando se manifiesta como suficiente y adecuada para la salvaguarda de los derechos de la persona con discapacidad⁵³. Sin embargo, de la lectura conjunta de las reformas civiles y procesales de la ley se colige que el legislador pretende dar cobertura jurídica a una situación de hecho, empero me temo que el resultado será que en los casos en los que la guarda de hecho no tenga asumidas funciones representativas, ninguna institución le va a reconocer validez. La intención de la reforma parece conllevar la conversión de la guarda de hecho en guarda “de derecho”.

En sede de medidas judiciales, el legislador se decanta por dar preferencia a la institución de la curatela⁵⁴ como medida de apoyo de carácter continuado⁵⁵. Se trata de una medida que únicamente intervendrá cuando no exista o sea insuficiente otra medida de apoyo (de carácter voluntario), en virtud de lo dispuesto en el art. 255 CC. Tiene primordialmente naturaleza asistencial, pero se admite la curatela representativa excepcionalmente.

«La autocuratela en el Anteproyecto de Ley sobre modificación del Código civil y otras leyes complementarias en materia de discapacidad» en *Revista de Derecho Civil*, vol. V, nº 3 (julio-septiembre, 2018), Estudios, pp. 85-119.

⁵¹ TORAL LARA, E., «Las medidas de apoyo voluntarias ...», *cit.*, p. 94.

⁵² TORAL LARA, E., «Las medidas de apoyo judiciales e ...», *cit.*, p. 135.

⁵³ Apartado III del Preámbulo de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

⁵⁴ Al respecto, es interesante el trabajo de MUNAR BERNAT sobre el análisis de la curatela en el Anteproyecto de la Ley 8/2021 en MUNAR BERNAT, P. A., «La curatela: principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad» en *Revista de Derecho Civil*, vol. V, nº 3 (julio-septiembre, 2018), Estudios, pp. 121-152.

⁵⁵ Esta elección ya se venía reflejando en la jurisprudencia del TS desde la citada sentencia de 29 de abril de 2009.

En cuanto a la figura del defensor judicial, se prevé para cierto tipo de situaciones, como aquella en que exista conflicto de intereses entre la figura de apoyo y la persona con discapacidad, o aquella en que exista imposibilidad coyuntural de que la figura de apoyo habitual lo ejerza⁵⁶.

En síntesis, la ley ha optado por la limitación del ejercicio de la capacidad jurídica (o capacidad de obrar) de manera indirecta a través de la entrada en vigor de alguna medida de apoyo de las previstas por la ley. En este sentido, se proclama la ineficacia de los actos que la persona que precise apoyo lleve a cabo sin contar con esos apoyos. Véase las similitudes al sistema anterior de ineficacia de los actos jurídicos realizados por personas sometidas a tutela o de las sujetas a curatela sin la representación del tutor y la asistencia del curador, respectivamente.

Tanto las medidas de apoyo voluntarias adoptadas por los propios individuos como las resoluciones judiciales que establecen medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad son susceptibles de inscripción en el Registro civil (arts. 300 CC, 4.10°, 4.11° y 77 LRC).

3.2 Artículos cuarto y séptimo: reforma procesal

A) Algunas reflexiones sobre el anterior procedimiento de incapacitación

Antes de analizar el nuevo contexto procesal, cabe mencionar algunos aspectos procedimiento de modificación de la capacidad regulado en la LEC.

Durante los años de vigencia del procedimiento de incapacitación, posteriormente denominado de modificación de la capacidad, únicamente se produjeron dos reformas: la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, que introdujo en el art. 757.1 LEC la legitimación activa del presunto incapaz para promover su propia incapacitación, y la

⁵⁶ Apartado III del Preámbulo de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

adaptación del art. 758 LEC a la LJV para establecer que es el LAJ el que nombra defensor judicial.

BANACLOCHE PALAO pone de manifiesto la existencia de cuestiones problemáticas en la jurisprudencia respecto a varios aspectos del procedimiento⁵⁷, de los cuales me detendré en algunos de ellos: la determinación de la competencia de los tribunales, la legitimación y la sentencia.

Respecto a la competencia, el autor propone centralizar los procesos de incapacitación de una provincia en un tribunal especial que tendría por circunscripción la provincia y su sede en la capital, sin embargo, señala que de esta manera se generaría una barrera al acceso a la Justicia al imponer el desplazamiento de las partes hasta allí⁵⁸. En cuanto a la competencia territorial, la jurisprudencia resolvió que para este tipo de procedimiento no se aplicaba la regla de la *perpetuatio iurisdictionis* del art. 411 LEC con el ánimo de acercar el procedimiento al presunto incapaz.

No faltan críticas respecto a la legitimación del presunto incapaz de promover su propia incapacitación⁵⁹, y es que no deja de ser peculiar que si la finalidad del procedimiento es la incapacitación de la persona porque se supone que carece de capacidad de autogobierno, sea esta misma la que decida instar su propio proceso de incapacitación e incluso dirigir su desarrollo. Además, con esta previsión surge el problema de a quién le corresponde la legitimación pasiva del procedimiento. BANACLOCHE PALAO propone dirigir la demanda contra el MF, aunque solo sea *pro forma*⁶⁰. Como bien afirma LAFUENTE TORRALBA, el hecho de que el presunto incapaz apareciese encabezando la lista de legitimados a instar el procedimiento no quiere decir que en la práctica sean los principales promotores, de hecho, sucede todo lo contrario, “las auto-incapacitaciones son

⁵⁷ BANACLOCHE PALAO, J., «Algunas reflexiones sobre los procesos de incapacitación: cuestiones controvertidas y posible retorno a la jurisdicción voluntaria», en AA.VV., Díez-Picazo Giménez y Vegas Torres (coords.), *Derecho, Justicia, Universidad. Liber Amicorum de Andrés de la Oliva Santos*, vol. I, Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2016, p. 247.

⁵⁸ BANACLOCHE PALAO, J., «Algunas reflexiones sobre...», *cit.*, p. 249.

⁵⁹ Como es el caso de GUASP y ARAGONESES en ARAGONESES ALONSO, P. y GUASP DELGADO, J., «*Derecho procesal civil, Tomo II, Parte especial: procesos declarativos y de ejecución*», Aranzadi, Cizur Menor, 2005, p. 132.

⁶⁰ BANACLOCHE PALAO, J., «Algunas reflexiones sobre...», *cit.*, p. 249.

muy poco frecuentes en la práctica judicial y así lo reconocen los profesionales del foro⁶¹.

Por último, en lo que respecta al contenido de la sentencia, el anterior art. 760 LEC únicamente establecía que se determinasen la extensión y los límites de la incapacitación, norma concretada por el concepto que introdujo la jurisprudencia del “traje a medida”.

Por otro lado, existen posturas que abogan por la tramitación de este tipo de procedimiento a través de la jurisdicción voluntaria y no mediante la contenciosa. En este sentido, BANACLOCHE PALAO apoya esta tesis al destacar que generalmente en los procesos de incapacitación existe contradicción formal, pero no verdadera controversia. También, añade que se impone el hecho de tener que demandar a un familiar lo que puede acarrear que rehúsen hacerlo por razones emocionales y que prescribir la postulación de abogado y procurador y tener que seguir siempre todos los trámites legalmente previstos conlleva un proceso lento y costoso⁶². En esta línea LAFUENTE TORRALBA recalca que términos como “demanda” o “condena” generan una carga psicológica para los familiares que instan el procedimiento y alimenta el rechazo al mismo⁶³.

Respecto a esto último, la opción de la jurisdicción voluntaria por la que aboga BANACLOCHE PALAO puede ser oportuna puesto que en la jurisdicción voluntaria no hay demanda, sino solicitud, no hay sentencia, sino auto resolutorio del expediente y se habla de interesados, no de demandante y demandado.

B) Nuevo contexto procesal

Como mencionaba anteriormente, tanto la incapacitación como la modificación de la capacidad han dejado de tener cabida en este nuevo régimen, por lo que se sustituyen estos tradicionales procesos por los dirigidos a proveer de apoyos a las personas con discapacidad. En este sentido, la gran novedad ha sido que la Ley 8/2021 opta por el cauce de la jurisdicción voluntaria de manera preferente para la provisión de apoyos a la persona con discapacidad, relegando la jurisdicción contenciosa para los casos en los que se

⁶¹LAFUENTE TORRALBA, A.J., «Cuestiones problemáticas y propuestas de la reforma de la incapacitación judicial», en *REDUR*, diciembre 2012, nº 12, p. 130.

⁶²BANACLOCHE PALAO, J., «Algunas reflexiones sobre...», *cit.*, p. 270.

⁶³LAFUENTE TORRALBA, A.J., «Cuestiones problemáticas...», *cit.*, p. 126.

formule oposición. De esta manera se atiende a las propuestas que se exponían en el apartado anterior.

El escenario procesal que ha quedado tras la reforma es el siguiente. El nombramiento del defensor judicial se rige por el expediente de jurisdicción voluntaria establecido en los arts. 27 y ss LJV y el expediente relativo al control judicial de la guarda de hecho o autorización determinados actos del guardador⁶⁴ se prevé en el art. 52 LJV. El marco procesal⁶⁵ que ha establecido el legislador para la curatela quedaría de la siguiente manera. En la jurisdicción voluntaria se regula: un expediente para el nombramiento del curador (arts. 42 bis a) y ss LJV), un expediente para la revisión de los apoyos (art. 42 bis c) LJV), un expediente para el nombramiento de un nuevo curador ante la remoción o el fallecimiento del anterior (arts. 44 y ss LJV). Mientras, la jurisdicción contenciosa queda relegada a la interposición de demanda de provisión de apoyos ante la formulación de oposición en el expediente de jurisdicción voluntaria para el nombramiento del curador y en el expediente de revisión de los apoyos (arts. 756 y ss LEC).

Como vemos, el legislador no solo ha optado por una ineficiente retahíla de expedientes dirigidos a un mismo fin: la determinación, vigilancia y control de los apoyos provistos en sede judicial a las personas con discapacidad⁶⁶, sino que, además, en algún caso el objeto del proceso o de expedientes de jurisdicción voluntaria está previsto en el Código Civil pero, sin embargo, no se menciona de manera expresa un cauce procesal para el mismo⁶⁷.

⁶⁴ Son interesantes las opiniones de BANACLOCHE PALAO en BANACLOCHE PALAO, J., «Algunas reflexiones sobre...», *cit.*, p. 273, y de DE SALAS MURILLO en DE SALAS MURILLO, S., «¿Existe un derecho a no recibir apoyos en el ejercicio de la capacidad?» en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 780 (2020) respecto a la guarda de hecho.

⁶⁵ Existen otros expedientes de jurisdicción voluntaria, ajenos a la provisión de apoyos, encaminados a la protección de las personas con discapacidad como el expediente de protección del patrimonio de la persona con discapacidad (arts. 56 a 58 LJV) o el expediente de autorización o aprobación judicial para la realización de actos de disposición, gravamen u otros que se refieren a los bienes y derechos de personas con discapacidad (arts. 61 a 66 LJV).

⁶⁶ CALAZA LÓPEZ, S., «Expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de discapacidad: ¿era necesario confeccionar tantos «trajes a medida» procesales para único abrigo sustantivo?» en AA.VV., De Lucchi López-Tapia y Quesada Sánchez (dirs.), *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Atelier, Barcelona, 2022, p. 635. Al respecto, la autora se pregunta, “¿No sería mejor iniciar un solo y único expediente en cada caso con tantos incidentes-afuentes de un mismo río como fueren necesarios?”, *op. cit.*, p. 27.

⁶⁷ Esto es lo que sucede con el nombramiento de defensor judicial en el expediente de autorización de determinados actos del guardador que está contemplado en el art. 264 CC, pero no aparece mencionado en el oportuno expediente de jurisdicción voluntaria (artículo 52 LJV).

Por otro lado, comparto la postura doctrinal de considerar que tanto el objeto del expediente de provisión de medidas judiciales de apoyo de la LJV como del proceso sobre provisión de medidas de apoyo de la LEC es la curatela y el nombramiento de un curador⁶⁸. De esta manera, las medidas de apoyo de carácter informal y judicial (guarda de hecho, curatela y defensor judicial) son objeto de un expediente de jurisdicción voluntaria y la jurisdicción contenciosa queda reservada solo para la institución de la curatela, cuando se hubiera planteado controversia en el expediente de JV.

Respecto a esto último, debo detenerme en la obligatoriedad de pasar por ambas jurisdicciones para llegar a un mismo fin. Ciertamente es que en la mayoría de los casos no existe contradicción en estos procedimientos, dada la evidencia de la causa de incapacitación y los efectos que esta generaba en la persona afectada⁶⁹. Sin embargo, esto no excluye que existan procesos en los que haya contradicción desde un principio, por ejemplo, porque los hijos de la persona afectada están enfrentados entre sí o porque es la propia persona la que se niega a recibir ningún tipo de apoyo. Por ello, me parece muy criticable prescribir que haya que pasar por la jurisdicción voluntaria aun cuando exista contradicción desde el principio⁷⁰. Me parece muy interesante la reflexión de ROCA MARTÍNEZ al considerar que se corre el riesgo de que el juez padezca trastornos de la personalidad⁷¹, dado que el juez se ve obligado a repetir dos veces lo mismo, pero con matizaciones.

En este sentido, GONZÁLEZ GRANDA propone una solución a la dualidad y la oposición, consistente en reservar la jurisdicción contenciosa “para aquellos supuestos en los que pudiera resultar controvertido el propio presupuesto de la discapacidad por ser

⁶⁸ En este sentido, GARCIMARTÍN MONTERO en GARCIMARTÍN MONTERO, R., *La provisión de apoyos a personas con discapacidad*, Aranzadi, Cizur Menor, 2021, y GONZÁLEZ GRANDA en GONZÁLEZ GRANDA, P., «Proceso contencioso para la provisión de medidas judiciales de apoyo» en AA.VV., De Lucchi López-Tapia y Quesada Sánchez (dirs.), *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Atelier, Barcelona, 2022, pp. 645-713.

⁶⁹ BANACLOCHE PALAO, J., «Algunas reflexiones sobre...», *cit.*, p. 246.

⁷⁰ En este sentido, a BERNARDO SAN JOSÉ, le parece “excesiva” la exigencia de tener que pasar por el expediente aun cuando exista contradicción desde el principio, en BERNARDO SAN JOSÉ, A., «La reforma de la legislación procesal...», *cit.*, p. 115. También, GARCIMARTÍN MONTERO en GARCIMARTÍN MONTERO, R., *La provisión de...», cit.*, pp. 72 A 77, GONZÁLEZ GRANDA en GONZÁLEZ GRANDA, P., «Proceso contencioso...», *cit.*, pp. 648-649, y ROCA MARTÍNEZ en ROCA MARTÍNEZ, J. M., «Sistemas procesales para la provisión de apoyos en el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad: dualidad proceso contencioso-expediente de jurisdicción voluntaria» en AA.VV., De Lucchi López-Tapia y Quesada Sánchez (dirs.), *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Atelier, Barcelona, 2022, pp. 599-600.

⁷¹ ROCA MARTÍNEZ, J. M., «Sistemas procesales ...», *cit.*, p. 600.

preciso un análisis más complejo de la incidencia de la discapacidad en la esfera del autogobierno, dejando el espacio para la vía de la jurisdicción voluntaria para el resto de los supuestos en los que dicho presupuesto no fuere controvertido y en consecuencia no le resultará precisa una declaración judicial sobre este extremo”⁷². Otro punto de vista es el que ofrece BERNARDO SAN JOSÉ, planteando que cuando se acredita la existencia de controversia entre las partes desde el principio se tramite directamente por el contencioso⁷³. Por otro lado, DE LUCCHI aboga por el cauce de la JV como único medio para la provisión de apoyos, puesto que la alternativa supondría procedimientos menos largos, menos costosos y evitaría sobrecarga de trabajo. Si bien es cierto que existen algunas diferencias entre ambos cauces, como en materia de prueba o en materia de indisponibilidad del objeto procesal, pueden ser salvadas aplicando supletoriamente las disposiciones de carácter general de los procesos no dispositivos (art. 8 LJV)⁷⁴.

En otro orden de cosas, el legislador ha introducido homónimos arts. 7 bis en la LJV y en la LEC para establecer las adaptaciones y ajustes en los procedimientos en que participen personas con discapacidad, con independencia de si lo hacen en calidad de parte o en otra distinta y que se llevarán a cabo en todas las fases y actuaciones procesales en las que resulte necesario, incluyendo los actos de comunicación, dando cumplimiento a lo dispuesto en el art. 13 CDPD sobre el acceso a la justicia. En este sentido, se establecen los arts. 42 bis a) 5 LJV y 758.2 in *in fine* LEC que imponen la obligación del LAJ de realizar las adaptaciones y los ajustes necesarios⁷⁵ para que la persona con discapacidad comprenda el objeto, la finalidad y los trámites del expediente que le afecta.

Con la reforma se pretende abandonar el esquema tradicional del procedimiento de incapacitación y orientar el nuevo modelo de determinación de apoyos a un sistema de “mesa redonda” o colaboración interprofesional de los ámbitos social, sanitario y otros que puedan aconsejar las medidas de apoyo que resulten idóneas en cada caso.

⁷² GONZÁLEZ GRANDA, P., «Proceso contencioso...», *cit.*, pp. 650-651.

⁷³ BERNARDO SAN JOSÉ, A., «La reforma de la legislación procesal...», *cit.*, pp. 115-116.

⁷⁴ DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y., «Las personas con discapacidad ante el proceso de modificación de la capacidad jurídica y sus garantías» en AA.VV., Álvarez Alarcón (dir.), *Justicia y personas vulnerables en Iberoamérica y en la Unión Europea*, Tirant lo blanch, Valencia, 2021, pp. 409-410.

⁷⁵ El art. 2 CDPD define “ajustes razonables” como: las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales.

El Preámbulo de la ley hace referencia a la necesidad de una transformación de la mentalidad social y especialmente de los profesionales del Derecho, quienes deberán formarse en medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica (DA 2ª Ley 8/2021).

Por lo que respecta al régimen transitorio de la reforma, se establece que a partir de la entrada en vigor de la ley quedan sin efecto las privaciones de derechos o de su ejercicio de las personas con discapacidad, a los tutores, curadores, defensores judiciales, etc., se les aplicarán las disposiciones “equivalentes” de la nueva ley (DDTT 1ª y 2ª).

Por otro lado, llama la atención lo dispuesto en la DT 5ª referido a la posibilidad de 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, revisión que se hará en un plazo máximo de un año y en el caso de que no se haya solicitado, la revisión se realizará por parte de la autoridad judicial de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal en un plazo máximo de tres años. En este sentido, parece que el legislador no ha tenido en cuenta la carga de trabajo que esto supone para los juzgados que, de hecho, ya tienen y la necesidad de recursos materiales y personales⁷⁶. Si nos fijamos en la Memoria del análisis del impacto normativo del Anteproyecto de Ley de la reforma, destaca lo establecido en el apartado de impacto presupuestario: “el coste presupuestario y de dotación de personal por unidad no cambiará respecto al actual, ya que el coste acumulado (total de procedimientos gestionados en un año en todo el territorio) del escenario judicial (fiscalía, judicatura, administración de justicia y abogacía) no sólo no aumentará, si no que disminuirá al quedar aliviada la demanda judicial, sobre todo la contenciosa, con vías de provisión de apoyos alternativas al sistema judicial”⁷⁷. Esta afirmación es preocupante pues no refleja la realidad de la situación, más

⁷⁶ En este sentido, GONZÁLEZ CAMPO, F. de A., «Procesos de adopción de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad: valoración de la reforma procesal del Anteproyecto de 2018» en AA. VV. De Salas Murillo y Mayor del Hoyo (dirs.), *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 492 y LAFUENTE TORRALBA, A.J., «Las reformas del proceso civil en defensa de los vulnerables: una gran virtud y varios pecados capitales», en *Los vulnerables ante el proceso civil* (coords.: HERRERO PEREZAGUA, J.F. y LÓPEZ SÁNCHEZ, J.), Atelier, pp. 52-53.

⁷⁷ Memoria del análisis de impacto normativo del Anteproyecto de Ley 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, 2020, p. 44.

aún cuando se pretende que las medidas de apoyo adoptadas se revisen en un plazo máximo de 3 años⁷⁸.

Respecto a esto último, el Informe del CGPJ pone de manifiesto que “lejos de producir una disminución de la carga jurisdiccional y, en general, de la administración de Justicia ha de suponer razonablemente un aumento cuantitativo y cualitativo de la intervención judicial y de la estructura auxiliar de la administración de Justicia mayor en las primeras fases de implantación e implementación del sistema donde al esfuerzo consustancial a su puesta en funcionamiento se unirá el que conlleva la revisión del régimen y medidas de protección y apoyo dispuestas bajo la legislación vigente”⁷⁹, además de que se implementa un sistema procesal que invierte el doble de medios personales y materiales para otorgar fundada respuesta a las mismas situaciones jurídicas precisadas de intervención judicial⁸⁰.

IV. EL EXPEDIENTE DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA PARA LA PROVISIÓN DE MEDIDAS JUDICIALES DE APOYO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

El legislador ha introducido un extenso art. 42 bis dividido en tres apartados, a), b) y c) en la Ley de Jurisdicción voluntaria para regular el expediente para la provisión de medidas de apoyo a las personas con discapacidad.

1. ÁMBITO DE APLICACIÓN

El apartado a) del art. 42 bis LJV lleva por rúbrica “Ámbito de aplicación, competencia, legitimación y postulación”.

En cuanto a la cuestión del ámbito de aplicación, en el primer apartado se establece que se tramitará este expediente cuando sea pertinente la provisión de alguna medida judicial

⁷⁸ Apartados II. 7 y III. 6.

⁷⁹ Informe sobre el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad del Consejo General del Poder Judicial, 2018, p. 42.

⁸⁰ CALAZA LÓPEZ, S., «Expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de discapacidad: ¿era necesario confeccionar tantos «trajes a medida» procesales para único abrigo sustantivo?» en AA.VV., De Lucchi López-Tapia y Quesada Sánchez (dirs.), *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Atelier, Barcelona, 2022, p. 620-621.

de apoyo de carácter estable a una persona con discapacidad. En este sentido, como he sostenido en el apartado anterior, se trata del nombramiento de un curador.

De esta redacción, sin embargo, nos queda la duda de cuáles son las causas por las que procede el nombramiento de un curador, es decir, la nueva regulación no hace mención expresa al supuesto de hecho de asignación de un curador. La reforma no puntualiza ni a qué tipo de discapacidad se refiere la Ley ni las causas o razones por las que una persona con ese tipo de discapacidad precisa de apoyos⁸¹. Persona con discapacidad será la persona necesitada de medidas de apoyo necesarias para el adecuado ejercicio de la capacidad jurídica en pleno desarrollo e igualdad (art. 249 CC). Sin embargo, como señala GARCIMARTÍN MONTERO⁸², no cualquier discapacidad requerirá apoyos en el contexto del art. 250 CC sino que las discapacidades que dan lugar al apoyo son principalmente las de carácter psíquico.

2. COMPETENCIA

Respecto a la competencia, el apartado segundo del art. 42 bis a) hace referencia tanto a la competencia objetiva como a la competencia territorial. Para la primera de ellas, se establece que será competente el Juzgado de Primera Instancia (no cambia respecto a la regulación anterior) y en relación a la competencia territorial se asigna al juzgado del lugar donde resida la persona con discapacidad. Seguidamente, se hace alusión a la situación producida por el posible cambio de domicilio o residencia de la persona con discapacidad antes de la celebración de la comparecencia, cuestión que había sido resuelta por nuestra jurisprudencia⁸³ y cuya solución de no aplicar la regla de la *perpetuatio iurisdictionis* del art. 411 LEC se plasma al prever la remisión de las actuaciones al Juzgado correspondiente.

⁸¹ Como señala MARTÍNEZ DE AGUIRRE, “podríamos decir que todos lo sabemos, pero la propuesta no quiere explicarlo demasiado, y cuenta con que todos lo sabemos para asegurar una interpretación y aplicación correcta de las reglas”. Para el autor, esto es un error dado que “si no es posible identificar legalmente el problema que se quiere afrontar y resolver, difícilmente será posible diseñar una solución adecuada, lo que normalmente acaba desembocando en problemas a la hora de interpretar y aplicar las normas” en MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., «Curatela y representación: cinco tesis heterodoxas y un estrambote» en VV. AA (dirs. De Salas Murillo, S. y Mayor del Hoyo, Ma V.), *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp.258 y 259.

⁸² GARCIMARTÍN MONTERO, R., *La provisión de...*, cit., pp. 29 y 30.

⁸³ AATS (de 27 de marzo de 2007, de 20 de junio de 2007, de 13 de junio de 2008, de 11 de enero de 2011 y de 13 de julio, entre otros). Auto de 13 de julio de 2016. Al respecto de esta previsión, me remito a lo dispuesto en el epígrafe VI.2 referido a la competencia en el procedimiento contencioso.

Pese a que esta es la solución por la que ha optado la reforma, CHOZAS ALONSO advierte que esto podría conllevar a una vulneración del derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24 CE)⁸⁴.

Tanto la regla sobre competencia objetiva como la de competencia territorial son indisponibles en virtud de lo dispuesto en el art. 2.2 LJV al prohibirse la sumisión expresa o tácita.

3. LEGITIMACIÓN

En cuanto a la legitimación activa, se recoge una amplia legitimación en el apartado 3 del art. 42 bis a) LJV al señalar que podrán promover este expediente el Ministerio Fiscal, la propia persona con discapacidad, su cónyuge no separado de hecho o legalmente o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable y sus descendientes, ascendientes o hermanos. Además, cualquier persona puede poner en conocimiento del MF la posibilidad de que una persona con discapacidad necesite de apoyos. Esta posibilidad se convierte en obligación para las autoridades y funcionarios públicos que, por razón de sus cargos, conocieran de la existencia de estos hechos.

Cabe mencionar que pese a la amplia legitimación que se recoge en el artículo, no se contempla la opción de que un sobrino pueda promover el expediente. No es un caso aislado: pensemos por ejemplo que una persona anciana, soltera y sin hijos que padece un alzheimer bastante avanzado y cuyo pariente más próximo sea un sobrino o sobrina y sea el guardador de hecho de dicha persona. Este al no tener legitimación activa deberá acudir a la vía de comunicar al MF la situación de necesidad de apoyos.

En el caso de que la persona con discapacidad sea un menor de edad, el art. 254 CC otorga legitimación al propio menor, a los progenitores, al tutor y al MF en el supuesto de que en los dos años anteriores a la mayoría de edad se prevea que un menor pueda precisar de apoyos. Si lo hace el menor, deberá ser a través de representación legal.

⁸⁴ CHOZAS ALONSO, J. M., «La proyectada nueva regulación de la “competencia territorial” en el expediente de jurisdicción voluntaria de autorización judicial de actos de disposición de menores (y personas con discapacidad) puede vulnerar la predeterminación judicial (art. 24.2 CE)» en AA.VV., Álvarez Alarcón (dir.), *Justicia y personas vulnerables en Iberoamérica y en la Unión Europea*, Tirant lo blanch, Valencia, 2021, p. 459.

4. POSTULACIÓN

En el punto cuarto del art. 42 bis a) LJV se regula la postulación procesal al establecerse lo siguiente: “La persona con discapacidad podrá actuar con su propia defensa y representación. Si no fuera previsible que proceda a realizar por sí misma tal designación, con la solicitud se pedirá que se le nombre un defensor judicial, quien actuará por medio de Abogado y Procurador”.

A mi juicio, si interpretamos de manera literal lo dispuesto en esta norma, se generan diversas dudas al respecto. Por ejemplo, el uso del adjetivo “podrá” parece querer decir que la postulación para la persona con discapacidad es facultativa, sin embargo, a continuación, se señala que si se previese que la persona con discapacidad no fuese a designar abogado y procurador, con la solicitud se pedirá que se le nombre un defensor judicial, que actuará por medio de abogado y procurador. Es decir, para el caso del defensor judicial sí que se impone la obligatoriedad de defensa y representación pero para la persona con discapacidad no. En este sentido, GARCIMARTÍN MONTERO considera oportuno interpretar el primer inciso de manera que la persona con discapacidad intervendrá *a priori* por sí misma, pero tendrá que hacerlo con abogado y procurador, y el segundo inciso, en el sentido de que cuando la persona con discapacidad no pueda intervenir por sí misma debido a su propia discapacidad, lo hará a través del defensor judicial⁸⁵.

Empero, me surge la duda: si la solicitud la realiza la propia persona con discapacidad en ejercicio de su legitimación activa para instar el procedimiento, ¿en este caso se supone que es capaz de realizar la solicitud pero no de nombrar abogado y procurador?

En cualquier caso, la interpretación más conveniente es que la postulación sea necesaria, de lo contrario, nos encontraríamos con solicitudes de inicio del expediente bastante incompletas, con la correspondiente ralentización del proceso.

⁸⁵ GARCIMARTÍN MONTERO, R., *La provisión de..., cit.*, p. 86.

5. MEDIDAS CAUTELARES

En la nueva reforma el legislador ha introducido en el nuevo art. 762.1 LEC⁸⁶ la regulación de las medidas cautelares con carácter previo a la incoación del expediente de jurisdicción voluntaria.

La norma otorga potestad al juez para que pueda acordar de oficio la adopción de medidas cautelares. Situación que debe comunicar al MF para que inicie, si lo estima procedente, un expediente de jurisdicción voluntaria (arts. 762. 1 y 762.2 LEC). También otorga legitimación al MF y a la parte para que solicite la adopción de medidas cautelares (art. 762.2 LEC).

Por último, se establece que las medidas se acordarán previa audiencia de la persona necesitada de apoyos, aunque deja abierta la posibilidad de prescindir de este requisito si la urgencia de la situación lo requiere (art. 762.3 LEC).

6. PROCEDIMIENTO

En un vasto apartado b) del art. 42 bis LJV se regula el procedimiento para la tramitación del expediente de provisión de apoyos.

El expediente se inicia a través de solicitud (debe contener lo dispuesto en el art. 14 LJV), acompañada de una serie de documentos: los que acrediten la necesidad de la adopción de medidas de apoyo, un dictamen pericial sanitario y un dictamen pericial del ámbito social. En la solicitud se propondrá la prueba que se pretende practicar (art. 42 bis b) 1 LJV).

⁸⁶ GARCIMARTÍN MONTERO considera que el legislador “ha escogido una ubicación de las normas totalmente inadecuada ya que las medidas cautelares previas al expediente de jurisdicción voluntarias están reguladas en la LEC y las medidas cautelares que se adoptan antes del proceso de provisión de apoyos están contempladas fundamentalmente en la LJV”, además advierte que cabe la posibilidad de que no llegue nunca a haber un proceso contencioso, en GARCIMARTÍN MONTERO, R., *La provisión de...*, cit., pp. 83 y 84.

En virtud del art. 42 bis b) 2 LJV, una vez admitida a trámite la solicitud por el LAJ, este debe convocar (más bien, citar) a todos los legitimados en el expediente⁸⁷ -MF, persona con discapacidad, cónyuge o asimilable, descendientes, ascendientes y hermanos (art. 42 bis a) 3 LJV)-. El legislador guarda silencio sobre cómo proceder respecto a la imposibilidad de la persona discapacitada de comparecer, por ejemplo, porque se encuentre interna en un centro.

Resulta curioso que en el expediente no se prevea la participación del futuro curador, a diferencia del nuevo art. 757.3 LEC que sí tiene en cuenta tal posibilidad⁸⁸. Quizá, como consecuencia de esta dualidad de procedimientos, al legislador se le haya pasado por alto esta cuestión.

En el plazo de cinco días desde la recepción de la citación, los interesados podrán proponer la prueba que consideren necesaria practicar en la comparecencia. Además “se recabará certificación del Registro Civil y, en su caso, de otros Registros públicos que se consideren pertinentes, sobre las medidas de apoyo inscritas”. Esto es un claro ejemplo de la importancia que da el legislador a la voluntad de la persona con discapacidad y a las medidas voluntarias. Se prevé la posibilidad de que, antes de la comparecencia, el juez recabe 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” y de que ordene un dictamen pericial si lo cree oportuno (art. 42 bis b) 2, segundo párrafo LJV).

En el art. 42 bis b) 3 LJV se recoge la prueba que se practicará en la comparecencia: la entrevista del juez con la persona con discapacidad⁸⁹, las pruebas propuestas y admitidas, y en todo caso, se oír a las personas que hayan comparecido y quieran ser escuchadas.

⁸⁷ GARCIMARTÍN MONTERO se inclina por interpretar esta norma de manera restrictiva dado el entorpecimiento y gasto que puede generar la localización y la notificación a todos estos parientes, en GARCIMARTÍN MONTERO, R., *La provisión de apoyos...*, cit., pp. 87 y 88.

⁸⁸ GARCIMARTÍN MONTERO suple esta falta de previsión con la prueba de oficio del art. 5 LJV, pese a que no sea propiamente actividad probatoria, en GARCIMARTÍN MONTERO, R., *La provisión de apoyos...*, cit., p 88.

⁸⁹ Cambio terminológico: anteriormente, en el procedimiento de incapacitación se denominaba “examen del incapaz”.

7. FINALIZACIÓN DEL EXPEDIENTE

El expediente de jurisdicción voluntaria puede finalizar de las siguientes maneras. La primera es el archivo del expediente por manifestación de oposición. Es el caso de que la persona con discapacidad opte por una medida alternativa de apoyo tras la información ofrecida por la autoridad judicial (art. 42 bis b) 4 LJV). GARCIMARTÍN MONTERO señala que “si se entiende que en este expediente solo cabe la provisión de la curatela es lógico que ante la opción por otra medida de apoyo se archive”⁹⁰.

En segundo lugar, en el apartado 5 del citado artículo se contempla la finalización del expediente por oposición de la persona con discapacidad, del MF o de cualquiera de los interesados. Sin embargo, el legislador matiza que la discrepancia en la designación como curador de una persona concreta no se considerará oposición. De esta manera, se pretende evitar la posterior incoación de un proceso contencioso cuando solo hay controversia en este punto, en aras de mantener el proceso en jurisdicción voluntaria. Sin embargo, me surge la duda de qué sucede en el supuesto de que la persona con discapacidad no pueda mostrar su voluntad y, por consiguiente, oponerse debido a la propia afección que padece. De todo ello se colige que el legislador solo ha tenido en consideración las personas con discapacidad que pueden expresar una voluntad libre, definida y cierta.

Llama la atención que mientras las reglas del procedimiento genérico en materia de jurisdicción voluntaria disponen que la oposición formulada por alguno de los interesados no impide la tramitación del expediente hasta que sea resuelto (art. 17.3 LJV), para el que ahora nos ocupa, la ley establece justo lo contrario: que la oposición de cualquier interesado pone fin al expediente de jurisdicción voluntaria pudiéndose entonces acudir al proceso contencioso de la LEC⁹¹. En este sentido, CALAZA LÓPEZ sostiene que la posibilidad de que cualquier interesado, con énfasis en “cualquier”, trasmute el expediente voluntario en contencioso va en contra de la inspiración de la reforma⁹². Es decir, si se supone que la discapacidad constituye una limitación del entorno familiar, social y jurídico y la reforma se sustenta en la pretensión de paliar dicha limitación, el

⁹⁰GARCIMARTÍN MONTERO, R., *La provisión de apoyos...*, cit., p. 91.

⁹¹BERNARDO SAN JOSÉ, A., «La reforma de la legislación procesal...», cit., p. 131.

⁹²CALAZA LÓPEZ, S., «Expedientes de jurisdicción voluntaria ...», cit., p. 634.

hecho de que cualquier interesado pueda transformar el expediente en contencioso no ayuda a este propósito, sino a todo lo contrario.

La tercera manera de finalización del expediente de jurisdicción voluntaria es mediante el auto de constitución de la medida de apoyo (curatela), que deberá ser conforme a lo dispuesto en la legislación civil aplicable⁹³ sobre esta cuestión (art. 42 bis c) LJV)⁹⁴.

8. REVISIÓN DE LAS MEDIDAS ADOPTADAS

Las medidas que se hayan adoptado en el auto de finalización deberán revisarse en el plazo y forma que establezca dicho auto y a través del expediente que se establece en el art. 42 bis c) 2 y ss LJV. De igual manera, el nuevo art. 761 LEC dispone que las medidas contenidas en la sentencia serán revisadas por este trámite, de conformidad con lo dispuesto en la legislación civil.

Respecto a esto último, el art. 268 CC establece que las medidas de apoyo adoptadas judicialmente serán revisadas periódicamente en un plazo máximo de tres años y, excepcionalmente, en un plazo de revisión superior que no podrá exceder de seis años. De esta manera se intensifica con creces el control judicial, pese a la desjudicialización que promulga la ley en su reforma sustantiva.

Por otro lado, dado el reducido plazo de tiempo para la revisión, parece que la ley adopta a la definición del concepto de discapacidad que da la Convención como una realidad dinámica, sin embargo, la realidad es que la gran mayoría de los casos que acuden a estos procedimientos constituyen discapacidades estáticas como, por ejemplo, las personas que padecen una discapacidad desde el nacimiento o una enfermedad neurodegenerativa. No se puede pretender que en ese lapso tan corto de tiempo la situación haya cambiado, por mucho que le pese a la ley.

⁹³ Si consideramos que se trata de la curatela, será aplicable lo dispuesto en los arts.249 y ss CC.

⁹⁴ ROCA MARTINEZ se pregunta si la pretendida desjudicialización no se hubiera conseguido con que el LAJ deje constancia del acuerdo. Alega que se ha perdido una gran oportunidad, en ROCA MARTÍNEZ, J. M., «Sistemas procesales ...», *cit.*, p. 600.

V. EL PROCESO DE PROVISIÓN DE MEDIDAS JUDICIALES DE APOYO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

1. DISPOSICIONES GENERALES

Primeramente haré referencia a las disposiciones generales que rigen los procesos especiales sobre provisión de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad, filiación, matrimonio y menores, reguladas en los arts. 748 a 755 LEC.

En el art. 748 LEC simplemente se ha introducido una reforma terminológica para adaptarla a la nueva nomenclatura del procedimiento. En el art. 749 LEC se ha sustituido la referencia al deber del MF de velar por la salvaguarda del interés superior de la persona afectada, por el de por la salvaguarda de la voluntad, deseos, preferencias y derechos de las personas con discapacidad que participen en dichos procesos. Por otro lado, los arts. 751 y 752 permanecen inalterables a excepción de adaptaciones terminológicas, por lo que la indisponibilidad del procedimiento sigue vigente⁹⁵.

Por otro lado, por lo que respecta a la tramitación, el art. 753 LEC no varía al disponer que estos procesos se tramitarán por los trámites del juicio verbal. Sí que se incorpora una modificación en el apartado tercero de dicho artículo al contemplar la tramitación preferente cuando alguno de los interesados en el procedimiento sea una persona con discapacidad con medidas judiciales de apoyo en las que se designe un apoyo con funciones representativas.

Por último, aunque no se encuentren reguladas en la LEC, haré referencia a la posibilidad de adoptar medidas cautelares en virtud de lo dispuesto en el art. 42 bis b) 5 LJV. Dicho artículo establece que cuando se ponga fin al expediente con ocasión de la formulación de oposición de alguna de las partes, el juez puede adoptar provisionalmente las medidas de apoyo tanto personales como patrimoniales que considere convenientes, las cuales podrán mantenerse por un plazo máximo de treinta días.

⁹⁵ En interesante la aportación de GONZÁLEZ GRANDA al plantearse la cuestión de la indisponibilidad del proceso, en GONZÁLEZ GRANDA, P., «Proceso contencioso...», *cit.*, p. 654.

En este sentido, GONZÁLEZ GRANDA considera que es posible ordenar el internamiento no voluntario por trastorno psíquico como medida cautelar⁹⁶.

2. INICIO DEL PROCESO: CONTROVERSIA EN EL EXPEDIENTE DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

En el apartado 1 del nuevo art. 756 LEC se establece que cuando en el expediente de jurisdicción voluntaria dirigido al nombramiento de curador se haya formulado oposición, o cuando el expediente no haya podido resolverse, la adopción de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad se registrará por este procedimiento.

Como advertí anteriormente, la finalización del expediente de JV por oposición de cualquiera de los interesados se contempla en el art. 42 bis b) 5 LJV, por lo que se archiva el expediente y damos paso al procedimiento contencioso.

Llama la atención el inciso que hace referencia a “cuando el expediente no haya podido resolverse”, ya que si recordamos las diferentes formas de finalización del expediente a las que he aludido anteriormente, ninguna de las opciones encaja en este supuesto, por lo que no se sabe muy bien a que situación hace referencia el legislador en este punto.

Por otro lado, el legislador no ha previsto una regulación específica para la demanda de provisión de apoyos, ni en lo que se refiere al plazo de interposición ni al contenido de la misma. En este sentido, en cuanto al contenido, el legislador podría haber hecho referencia a los documentos que han de acompañar a la solicitud de apoyos en el expediente de JV y establecer un contenido mínimo de las causas o motivos de adopción de tales medidas y qué medidas cabría establecer en la sentencia. Además, debemos tener presente que es posible una acumulación objetiva de acciones respecto del nombramiento de un curador determinado, en virtud de lo dispuesto en el art. 757.3 LEC. Por lo que respecta al contenido, se aplicará lo dispuesto en el art. 437.1 LEC

⁹⁶ GONZÁLEZ GRANDA, P., «Proceso contencioso...», *cit.*, pp. 691-699.

En cuanto al plazo de interposición de la demanda, GARCIMARTÍN MONTERO propone que en caso de inactividad de las partes, intervenga el MF para solventar esta laguna⁹⁷.

3. COMPETENCIA

El art. 756.2 establece tanto la competencia objetiva como la territorial para conocer de la demanda de adopción de medidas de apoyo al establecer que será competente la autoridad judicial que conoció del previo expediente de jurisdicción voluntaria, salvo que la persona a la que se refiera la solicitud cambie con posterioridad de residencia, en cuyo caso lo será el juez de primera instancia del lugar en que esta resida. Seguidamente, el apartado 3 del mismo artículo establece una excepción a la regla de la *perpetuatio iurisdictionis*⁹⁸ (como en el expediente de jurisdicción voluntaria), que se repite en el art. 52.1.5º LEC, al disponer que si antes de la celebración de la vista se produjera un cambio de la residencia habitual de la persona con discapacidad, se remitirán las actuaciones al juzgado correspondiente en el estado en que se hallen.

Como he mencionado en apartados anteriores, esta excepción a la regla de la *perpetuatio iurisdictionis* ha sido una cuestión que ha suscitado gran controversia en los últimos años y a la que el Tribunal Supremo ha dado respuesta en numerosas ocasiones. Sin embargo, se pueden plantear algunas dificultades en relación al propio proceso de provisión de apoyos, *v. gr.* una excesiva dilación como consecuencia de la repetición de la entrevista del discapacitado, o incluso en perjuicio de la propia persona con discapacidad. En el primer caso, si como suele suceder, la entrevista se ha practicado ya como prueba anticipada antes de la vista y el cambio de residencia se produce en el ínterin entre una y otra, remitir las actuaciones al juez del nuevo domicilio no aporta nada en términos de economía procesal: al contrario, sacrifica la *perpetuatio iurisdictionis* únicamente para generar mayores e innecesarias dilaciones, puesto que dada la importancia de la inmediación judicial en esta sede, el juez al que se remitan las actuaciones tendrá que repetir la diligencia y entrevistar por sí mismo al discapacitado para hallarse en condiciones de dictar sentencia.

⁹⁷ GARCIMARTÍN MONTERO, R., *La provisión de apoyos...*, *cit.*, p. 106.

⁹⁸ Nuestro TS ya se había pronunciado al respecto en autos: Autos del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 22 de marzo de 2017, de 13 de septiembre de 2017, de 11 de junio de 2019, de 22 de octubre de 2019, entre otros.

En el segundo supuesto, si está conociendo el proceso un juzgado especializado en materia de discapacidad y con el cambio de residencia de la persona pasa a conocer del mismo un Juzgado de Primera Instancia no especializado, de carácter generalista, que junto con la discapacidad conoce de una dispersa heterogeneidad de materias que poco o nada tienen que ver con aquella, al perderse las ventajas de la especialización, ello va a repercutir en la calidad de la respuesta jurisdiccional que obtenga el interesado.

Dado que estamos en materia de discapacidad, es oportuno mencionar que en el caso que se produzca un ingreso hospitalario, se entenderá que procede que la competencia corresponde al juzgado del lugar donde se encuentre ingresada la persona con discapacidad cuando el ingreso sea muy prolongado⁹⁹.

4. LAS PARTES

4.1 Legitimación activa

Como sucedía antes de la reforma, la legitimación activa se encuentra regulada en el art. 757 LEC. El artículo dispone que la persona con discapacidad, su cónyuge no separado de hecho o legalmente o quien se encuentre en situación de hecho asimilable, su descendiente, ascendiente, hermano o el MF pueden promover el proceso para la adopción judicial de medidas de apoyo.

Como advierte GARCIMARTÍN MONTERO, tras la lectura del artículo podemos deducir que no es un requisito haber participado en el expediente de jurisdicción voluntaria¹⁰⁰, sin embargo, lo lógico será que quien haya manifestado la oposición en el anterior expediente de JV sea quien promueva el procedimiento.

La persona con discapacidad aparece como primer legitimado para incoar el procedimiento, previsión que ya aparecía en la regulación anterior a la reforma¹⁰¹. En este sentido, el legislador ha modificado el art. 7 LEC en sus apartados 1 y 2. La anterior redacción del artículo 7.1 disponía que “solo podrán comparecer en juicio los que estén

⁹⁹ ATS de 13 de julio de 2016 (Roj: ATS 7082/2016).

¹⁰⁰ GARCIMARTÍN MONTERO, R., *La provisión de apoyos...*, cit., p. 110.

¹⁰¹ *Vid.*, ap. III. 3. 3.2. A).

en pleno ejercicio de sus derechos civiles”, mientras que ahora establece que “podrán comparecer en juicio todas las personas”. Es decir, si partimos de la premisa de que la capacidad para ser parte se corresponde con la capacidad jurídica y la capacidad para comparecer corresponde con la capacidad de obrar, dada la reforma de la ley se ha tenido que introducir este nuevo inciso, puesto que se parte de la plena capacidad de las personas con discapacidad. Sin embargo, el apartado segundo de dicho artículo señala que “en el caso de las personas con medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica, se estará al alcance y contenido de estas”.

Por otro lado, el nuevo art. 758.2 LEC dictamina que si la persona con discapacidad no comparece ante el juzgado con su propia defensa y representación, el LAJ procederá a designarle un defensor judicial, a no ser que ya estuviera nombrado (con ocasión del previo expediente de JV). De esta manera se evita que se pueda producir una situación de rebeldía procesal respecto a la persona con discapacidad.

En cuanto al papel del MF¹⁰², el art. 749.1 LEC establece la intervención preceptiva del mismo, aunque no haya sido promotor del procedimiento ni deba, conforme a la ley, asumir la defensa de alguna de las partes.

Por otro lado, debemos diferenciar si el MF actúa como promotor del procedimiento o como representación y defensa de la persona con discapacidad. En el primer supuesto, el art. 757.2 dispone que deberá promover el proceso de medidas de apoyo si los legitimados mencionados anteriormente (persona con discapacidad, cónyuge y parientes) no existieran o no hubieran interpuesto la demanda, salvo que concluyera que existen otras vías a través de las que la persona con discapacidad pueda obtener los apoyos que precisa, como por ejemplo una guarda de hecho. En segundo lugar, el MF actuará como representación y defensa de la persona con discapacidad en el caso de que el procedimiento haya sido promovido por algunos de los legitimados del art. 757.1 LEC (art. 758.2 LEC).

¹⁰² Son de interés las Circulares Instrucciones de la Fiscalía General del Estado en relación a la adaptación a la CDPD, como por ejemplo: la Instrucción 4/2009, sobre la organización de las Secciones de lo civil y del régimen especializado en materia de protección de personas con discapacidad y tutelas o la Instrucción 3/2010, sobre la necesaria fundamentación individualizada de las medidas de protección o apoyo en los procedimientos sobre determinación de la capacidad de las personas.

4.2 Legitimación pasiva

A partir de lo expuesto anteriormente, la legitimación pasiva dependerá de quien haya manifestado oposición. Es decir, si quien haya manifestado oposición en el expediente previo e incoado el procedimiento contencioso fuese la persona con discapacidad, la demanda irá dirigida contra quien haya manifestado una postura distinta, ya sea el MF o alguno de los parientes llamados a participar y viceversa, si el promotor es el MF o alguno de los parientes legitimados, la legitimación pasiva corresponderá a la persona con discapacidad.

4.3 Postulación y posible intervención del curador

En lo que respecta a la postulación, el art. 750 no ha sido modificado tras la reforma por lo que la asistencia y representación por abogado y procurador son preceptivas en el procedimiento de provisión de medidas de apoyo, excepto en las ocasiones en las que las mismas correspondan al MF.

Por otra parte, una novedad de la reforma ha sido introducir la posible intervención del curador en el caso de que se solicite en la demanda un curador determinado (art. 757.3 LEC). Esta previsión no se encontraba recogida en el anterior procedimiento de incapacitación, por lo que debemos aplaudir esta modificación del legislador dada la importancia de la posibilidad de que pueda ser tenida en cuenta la opinión de quien ejerza la futura curatela. Llama la atención que se prevea la intervención del curador en sede contenciosa, pero sin embargo, el nuevo art. 42 bis LJV oblitera dicha posibilidad.

5. LA PRUEBA

El art. 759 LEC señala la actividad probatoria preceptiva que se debe practicar tanto en primera como en segunda instancia. El artículo comienza haciendo alusión a las pruebas contenidas en el art. 752 LEC¹⁰³: pruebas a instancia de parte y del MF y las que decreta de oficio el juez. De forma que, además de las que se puedan practicar en virtud de dicho artículo, la norma establece la obligatoriedad de practicar: una entrevista con la persona con discapacidad (art. 759.1.1º LEC), audiencia al cónyuge no separado o asimilable y a

¹⁰³ La redacción de dicho artículo se ha mantenido idéntica tras la reforma de la Ley 8/2021.

los parientes más próximos (art. 759.1.2º LEC), y los dictámenes periciales necesarios (art. 759.1.3º LEC).

Respecto a esto último, debemos recordar que en el expediente de jurisdicción voluntaria se han recabado una serie de dictámenes periciales, se han practicado la entrevista con la persona con discapacidad, las pruebas admitidas y la audiencia de las personas que han comparecido y han querido ser escuchadas. Es decir, se produce una repetición en poco tiempo de la misma actividad probatoria practicada en sede contenciosa, lo que conlleva posiblemente someter a la persona con discapacidad a un estrés innecesario y al juez a repetir dos veces lo mismo, contribuyendo a ese trastorno de la personalidad de la que habla ROCA MARTÍNEZ¹⁰⁴.

5.1 Entrevista a la persona con discapacidad

En primer lugar, cabe señalar el cambio terminológico que se ha llevado a cabo tras la reforma, pues en el anterior procedimiento de incapacitación el art. 759.1 LEC establecía el “examen” preceptivo de la persona con discapacidad por parte del tribunal. Ahora se habla de “entrevista a la persona con discapacidad”.

Esta prueba versa sobre un reconocimiento judicial en el que el juez deberá valorar el aspecto personal y patrimonial de la persona con discapacidad. No se menciona ninguna pauta a la hora de llevar a cabo la entrevista¹⁰⁵, sin embargo, en virtud de lo dispuesto en la DA 2ª de la Ley 8/2021, referido formación de los profesionales del derecho, será conveniente que se faciliten pautas a los jueces en este sentido. Sin embargo, personalmente creo que esta regla va dirigida a los juzgados no especializados en la materia que llevan diversos asuntos entre los que se encuentra los de discapacidad, puesto que los juzgados especializados en la misma (a raíz de la previsión del art. 98 LOPJ) están acostumbrados a realizar este tipo de prácticas, se denomine examen o entrevista. En cualquier caso, lo más oportuno será que se lleve a cabo de manera aislada para garantizar que no haya injerencias en la voluntad de la persona con discapacidad.

¹⁰⁴ ROCA MARTÍNEZ, J. M., «Sistemas procesales ...», *cit.*, p. 600.

¹⁰⁵ En este sentido, es interesante el artículo de SANCHO GARGALLO, I., y ALÍA ROBLES, A., «Guía para la exploración judicial de una persona con discapacidad» en *La Ley*, nº 3035 (2019).

Según GARCIMARTÍN MONTERO, la entrevista es una de las garantías más destacables del proceso de provisión de apoyos puesto que es el único trámite que garantiza que el juez compruebe con inmediación el estado en que se encuentra la persona con discapacidad y conocer su voluntad por sus propias declaraciones¹⁰⁶.

Cabe señalar que, en el caso de que la entrevista se haya practicado por el juez previo al cambio de residencia de la persona con discapacidad, dado el carácter esencial y personalísimo de tal medio de prueba, podemos concluir que el nuevo juez deberá practicar una nueva entrevista¹⁰⁷. Sin embargo, pueden surgir dudas sobre la vigencia y alcance del principio de contradicción en la práctica de esta entrevista. En teoría debería darse a todas las partes e intervinientes, así como a sus abogados, la posibilidad de presenciar la entrevista y plantear, objetar y discutir durante su desarrollo lo que tengan por conveniente, máxime teniendo en cuenta que nos encontramos en un procedimiento contencioso. Si esto se permite, sin embargo, es evidente el trastorno que puede suponer para el adecuado desarrollo de la entrevista, así como la hostilidad con que puede vivirla la persona con discapacidad. Una posible solución al respecto sería acudir al art. 355 LEC, en sede de reconocimiento judicial, y al art. 311 LEC, en sede de interrogatorio de parte, medios probatorios con los que la entrevista a la persona con discapacidad guarda evidentes analogías. También puede servir de pauta lo previsto para la exploración de menores en procesos matrimoniales, *vid.* art. 770.4ª.IV LEC.

5.2 Audiencia a los parientes

El art. 759.1.2º LEC establece que se “dará audiencia al cónyuge no separado de hecho o legalmente o a quien se encuentre en situación de hecho asimilable, así como a los parientes más próximos de la persona con discapacidad”. De esta manera, se introduce una novedad respecto a la redacción anterior del artículo al incorporar la participación del cónyuge. No se contempla la audiencia del cónyuge separado legalmente o de hecho (quizá con acierto), pero si el juez cree que es oportuna dicha prueba, puede acordarla de oficio acudiendo a lo dispuesto en el art. 752.1 LEC.

¹⁰⁶ GARCIMARTÍN MONTERO, R., *La provisión de apoyos...*, *cit.*, p. 124.

¹⁰⁷ GONZÁLEZ CAMPO, F. de A., «Procesos de adopción de medidas judiciales de apoyo...», *cit.*, p. 479.

En cuanto a la referencia a la audiencia de los parientes más próximos, a mi parecer el término “próximos” no se debe interpretar en el sentido de “grado más próximo” sino en el sentido de cercanía en la relación con la persona con discapacidad, bien por convivencia o por mantener un trato continuado con el receptor de los apoyos, es decir, una proximidad afectiva o de trato. Creo que es la interpretación acertada, si lo que se pretende es conocer la situación, preferencias y voluntad de la persona con discapacidad.

Respecto al posible curador, GARCIMARTÍN MONTERO considera que lo adecuado sería que antes de dictar sentencia, el juez deba oír a quien se ha propuesto como curador, en cualquier momento del proceso y por cualquiera de las partes¹⁰⁸.

Por otra parte, sorprenden los nuevos apartados 2 y 3 del art. 759 LEC al prever que cuando sea la persona con discapacidad la que interponga la demanda, el tribunal podrá, previa solicitud de esta y de forma excepcional no practicar las audiencias preceptivas, si así resultara más conveniente para la preservación de su intimidad. No se sabe muy bien que pretende el legislador con este inciso ya que si la actividad probatoria, entre las que se incluye la audiencia a los parientes, tiene como finalidad la consecución de la verdadera apreciación de la situación de la persona con discapacidad por parte del juez, no tiene mucho sentido que en aras de proteger su intimidad se prescinda de esta información, y más aún, cuando posiblemente la persona que ocupe el puesto de curador se encuentre entre ellos.

Por lo menos, debemos celebrar que el legislador haya tenido en consideración la propuesta del Informe del CGPJ sobre que dicha previsión debía ser excepcional en garantía del trámite de audiencia¹⁰⁹.

5.3 Prueba pericial

La última prueba preceptiva es la contenida en el art. 759.1.3º LEC, que hace referencia a los dictámenes periciales necesarios o pertinentes en relación con las pretensiones de la demanda. Para ello, se contará en todo caso con profesionales especializados de los

¹⁰⁸ GARCIMARTÍN MONTERO, R., *La provisión de apoyos...*, cit., p. 128.

¹⁰⁹ Nº 192.f) del Informe al Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad.

ámbitos social y sanitario, y podrá contarse también con otros profesionales especializados que aconsejen las medidas de apoyo que resulten idóneas en cada caso.

En este sentido, se refleja el espíritu de la reforma de optar por un sistema de “mesa redonda” o colaboración interprofesional y abandonar así el tradicional modelo de incapacitación. El riesgo que conlleva esta previsión es la posible dilación del proceso si los juzgados no cuentan con los medios económicos y personales (los equipos psicosociales y demás unidades de apoyo) para poder realizar este dictamen y la dificultad de poder llevar a la práctica esta previsión.

6. LA SENTENCIA

Como sucedía en el procedimiento de incapacitación, la regulación de la sentencia se encuentra recogida en el art. 760 LEC. La nueva redacción dispone que “las medidas que adopte la autoridad judicial en la sentencia deberán ser conformes a lo dispuesto sobre esta cuestión en las normas de derecho civil que resulten aplicables”. Como podemos observar, no se regula un contenido específico y mínimo de la sentencia, sino que se remite a la legislación civil. La justificación de ello la encontramos en el apartado V del Preámbulo de la ley al señalar que se trata de una cuestión más de Derecho sustantivo que procesal. Sin embargo, hubiera sido oportuno establecer por lo menos un contenido mínimo, dado que ni siquiera hace referencia al nombramiento de un curador concreto cuando se haya solicitado en la demanda.

Sentado lo anterior, dado que partimos de la premisa de que el objeto del proceso es la constitución de la curatela y el nombramiento de un curador debemos acudir a lo dispuesto en los nuevos arts. 268 y ss sobre la regulación de la curatela. Del análisis de estas normas se pueden extraer tres principios que la conforman.

En primer lugar, se alude el principio de necesidad de esta institución, en el sentido de que entrará en juego solamente cuando la persona con discapacidad requiera de un apoyo de manera continuada. En segundo lugar, se refleja el principio de proporcionalidad cuando el art. 268 señala que las medidas serán proporcionadas a las necesidades de la persona con discapacidad; y, por último, se deduce el principio de temporalidad a partir de lo recogido en este mismo artículo, ya que se exige la revisión de esta medida, en todo

caso, ante cualquier cambio en la situación de la persona que pueda requerir una modificación de dichas medidas.

Por otro lado, el art. 249 referente a las medidas de apoyo en general establece que, excepcionalmente, cuando no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona, las medidas de apoyo podrán incluir funciones representativas, y que este carácter representativo deberá tomar en consideración en todo momento la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad. En el mismo sentido y con respecto a la curatela, el art. 269 III señala que solo en casos excepcionales el juez determinará en resolución motivada los actos concretos en los que el curador habrá de asumir la representación de la persona con discapacidad. Se exige que se respete en todo momento el recorrido vital de la persona con discapacidad y que se concreten todos los actos en los que el curador intervenga con carácter representativo, lo cual es bastante complicado teniendo en cuenta la infinidad de posibles actuaciones que lo requiera¹¹⁰.

Respecto a esto último, la ley en lo referido a la curatela parece tener en mente como prototipo de persona con discapacidad que tiene una cierta capacidad, por no decir amplia, para tomar decisiones, sin embargo, no tiene en consideración los casos en los que esa capacidad no existe o está muy limitada¹¹¹, los cuales no son tan escasos como nos gustaría, más bien al contrario. Si nos encontramos en el supuesto de que la persona padece una discapacidad psíquica, este criterio de respetar en todo momento la voluntad, deseos y preferencias es inaplicable si la persona no ha podido nunca tomar decisiones o tener valores o creencias propias por impedirlo su misma discapacidad. En este caso, cobra pleno sentido aplicar el principio del interés superior de la persona¹¹², pese a que la Observación general N° 1 y la ley en seguimiento de la misma, hayan intentado erradicarlo.

¹¹⁰ Puede servir como ejemplo la lista que establece el Informe de la FGE sobre el Anteproyecto de Ley en su apartado 7.3.4 como propuesta de actuaciones que debe contener la sentencia.

¹¹¹ ALÍA ROBLES diferencia los distintos aspectos controvertidos de las personas con discapacidad que confluyen a la hora de formar su voluntad en ALÍA ROBLES, A., «Aspectos controvertidos del Anteproyecto de ley de la reforma de la legislación civil y procesal en materia de discapacidad» en *Actualidad civil*, n°2 (2020), p. 14-17.

¹¹² En este sentido es ciertamente interesante el artículo de PETIT SÁNCHEZ respecto al equilibrio entre la autonomía de la voluntad y el mejor interés, en PETIT SÁNCHEZ, M., «La adopción de medidas de apoyo para las personas con discapacidad: armonización entre la autonomía de la voluntad y el mejor interés» en *Revista de Derecho Civil*, vol. VII, n° 5 (octubre-diciembre, 2020), Estudios, pp. 265-313.

Esta previsión de la voluntad solo es aplicable en los casos de discapacidad sobrevenida en los que se dispone de información fidedigna sobre todos esos aspectos¹¹³. Sin embargo, en este punto cabe preguntarse cómo pretende el legislador que se lleve a cabo esta previsión si quien es designado como curador es una institución pública -*vid.* la Comisión de Tutela y Defensa Judicial de Adultos en Aragón- que lo más probable es que no conozca la voluntad, deseos y preferencias porque no ha tenido un trato cercano con la persona con discapacidad.

Por otra parte, es oportuno mencionar que un gran número de las decisiones que tienen relevancia legal son por su complejidad de las que pueden exigir una menor afección a la capacidad real de conocer y querer, por lo que, en este sentido, la curatela con facultades representativas no generales puede desempeñar un papel no solo especialmente útil sino imprescindible¹¹⁴. En definitiva, la curatela representativa que se establece como excepción será *de facto* la regla general¹¹⁵.

En referencia al contenido de la sentencia, se suprime la medida de internamiento que se contenía en el anterior art. 760.1 LEC, la previsión de privación de derechos y la declaración de incapacidad.

Respecto a esto último, aunque desaparezca el juicio de capacidad, *de facto* el juez en la sentencia tendrá que motivar por qué la persona con discapacidad precisa de apoyos, por lo que indirectamente tendrá que valorar la capacidad de la persona. En este sentido, DE LUCCHI acierta de pleno al sostener que “el hecho de que ya no podamos hablar de incapacitación no significa que el órgano jurisdiccional no deba enjuiciar las limitaciones y dificultades de la persona en el ejercicio de la capacidad jurídica y establecer en la debida resolución judicial la motivación de los apoyos que se designan con base a esas limitaciones”¹¹⁶.

¹¹³ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., «Curatela y representación...», cit., p.270.

¹¹⁴ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., «Curatela y representación...», cit., p.270.

¹¹⁵ Respecto al carácter paternalista o proteccionista de la representación, es esclarecedor el artículo de CANIMAS BRUGÉ, J., «Decidir por el otro a veces es necesario» en *La incapacitación, reflexiones sobre la posición de Naciones Unidas*, en *Cuadernos de la Fundació Víctor Grífols i Lucas*, nº 39 (2016), pp. 13-31.

¹¹⁶ DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y., «Las personas con discapacidad...», cit., p.404.

En cuanto a la naturaleza de la sentencia debemos diferenciar si la misma es estimatoria o desestimatoria. En el primer caso está claro que la naturaleza de la misma es constitutiva, susceptible de ejecución impropia. En el segundo caso, la desestimación puede versar sobre la procedencia de apoyos o de la medida concreta de apoyos. GONZÁLEZ GRANDA afirma que la sentencia desestimatoria es meramente declarativa¹¹⁷. Sin embargo, GARCIMARTÍN MONTERO sostiene que un pronunciamiento desestimatorio de la necesidad de apoyos a través de la curatela, no puede considerarse que tenga valor declarativo de la falta de necesidad de apoyos, y en el caso desestimatorio por considerar que procede la guarda de hecho, tampoco puede entenderse que la sentencia desestimatoria implique una constitución de la guarda de hecho¹¹⁸.

Por último, tras la reforma sigue sin hacerse mención expresa al tema de las costas en este procedimiento. La única mención al respecto es la contenida en el art. 757.4 LEC que establece que las personas legitimadas para instar el proceso de adopción de medidas judiciales de apoyo o que acrediten un interés legítimo podrán intervenir a su costa en el ya iniciado. Por lo tanto, es aplicable el criterio general del vencimiento del art. 394 LEC. Sin embargo, la jurisprudencia suele evitar la condena en costas a la persona con discapacidad¹¹⁹.

7. RECURSOS

El art. 759.4 LEC establece que la sentencia de provisión de apoyos en primera instancia es recurrible en apelación. En este sentido, se impone la obligación de ordenar de oficio la práctica de las pruebas preceptivas del apartado 1 del citado artículo, *vid.* entrevista con la persona con discapacidad, audiencia al cónyuge y a los parientes más próximos, y el dictamen pericial. La segunda instancia permite conocer del asunto de nuevo con toda amplitud¹²⁰. Cabe señalar que el artículo no se hace alusión al supuesto de que se recurra únicamente la designación concreta del curador, por lo que habrá que estar a lo que vayan estableciendo los jueces en la práctica.

¹¹⁷ GONZÁLEZ GRANDA, P., «Proceso contencioso...», *cit.*, p. 707.

¹¹⁸ GARCIMARTÍN MONTERO, R., *La provisión de apoyos...*, *cit.*, p. 146-147.

¹¹⁹ GARCIMARTÍN MONTERO, R., *La provisión de apoyos...*, *cit.*, p. 142.

¹²⁰ GARCIMARTÍN MONTERO, R., *La provisión de apoyos...*, *cit.*, p. 147.

8. REVISIÓN DE LAS MEDIDAS ADOPTADAS

El anterior art. 761 LEC regulaba el procedimiento para la reintegración de la capacidad o la modificación del alcance de la incapacitación, posibilitando la revisión de la sentencia por la que se modificaba judicialmente la capacidad de obrar de una persona, estableciendo una excepción a la regla de la cosa juzgada.

Tras la reforma, el nuevo art. 761 LEC dictamina que medidas contenidas en la sentencia dictada serán revisadas de conformidad con lo previsto en la legislación civil, debiendo seguirse los trámites previstos a tal efecto en la LJV, al que aludía anteriormente y me remito.

PALLARÉS NEILA afirma que la revisión prevista en este artículo se refiere tanto a la institución, como a la concreta medida que se adopte en su desarrollo¹²¹. En este sentido, el autor señala que se pueden distinguir tres supuestos: la posible extinción de la institución de apoyo acordada, es decir, la curatela; la posible extinción de la medida de apoyo acordada dentro de la institución y la sustitución de la medida acordada dentro de la institución.

Por último, el segundo párrafo del art. 761 LEC establece que en caso de que se formulase oposición en el expediente de jurisdicción voluntaria de revisión o si dicho expediente no hubiera podido resolverse, se deberá instar el correspondiente proceso contencioso, estando legitimados para ello las personas mencionadas en el art. 751.1 LEC.

VI. CONCLUSIONES

Tras el estudio acometido en este trabajo, podemos extraer una serie de conclusiones. En primer lugar, la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad supuso un hito en el tratamiento de los derechos y del ejercicio de los mismos de las personas con discapacidad, que ha calado en la mayoría de los Estados signatarios. Su principal pretensión ha sido sustituir el tradicional modelo médico o rehabilitador por el modelo

¹²¹ PALLARÉS NEILA, J., «La revisión de las sentencias dictadas en el nuevo procedimiento de provisión de apoyos» en *Revista de Derecho Civil*, vol. V, nº 3 (julio-septiembre, 2018), Estudios, p. 161.

social de la discapacidad, dando lugar al reemplazo del sistema de sustitución en la toma de decisiones por el sistema de apoyos. En este sentido, considero que debería existir un equilibrio entre el modelo médico y el modelo social de la discapacidad, dándole a cada uno el lugar y el peso que les corresponde, puesto que la discapacidad tiene un componente científico-médico que es indiscutible.

En segundo lugar, es criticable el tratamiento uniforme que se hace de la discapacidad dada la gran heterogeneidad de este colectivo. Es contraproducente establecer el pleno ejercicio de los derechos sin atender a los tipos y grados de discapacidad, sobre todo con respecto a las discapacidades mentales e intelectuales, por lo que convendría una revisión en este sentido.

Con respecto a esto último, la interpretación que hace la Observación General N° 1 (2014) del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad del art. 12 de la Convención es, ciertamente, muy discutible. Señala que el concepto de capacidad jurídica engloba tanto la capacidad jurídica *per se* como el ejercicio de la misma y advierte que una limitación del ejercicio de la capacidad jurídica supone limitar la capacidad jurídica de la persona con discapacidad, atacando la dignidad de la persona. Personalmente, no estoy nada de acuerdo con esta interpretación puesto que considero que limitar el ejercicio de la capacidad jurídica en ocasiones es necesario, precisamente para proteger la dignidad de la persona que no puede tomar decisiones por sí misma debido a su propia discapacidad. De lo contrario, sí que se incurriría en la discriminación y desamparo de la persona con discapacidad.

En tercer lugar, esta criticable interpretación del art. 12 supuso un punto de inflexión en el tratamiento conceptual de la capacidad jurídica y la capacidad de obrar en nuestro ordenamiento jurídico, que ocasionó la elaboración de una importante reforma a través de la Ley 8/2021 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, acogiendo ese *totum revolutum* del concepto de capacidad jurídica. En este sentido, podemos concluir que no era necesario ni útil implantar esta interpretación en nuestro ordenamiento, renunciando a nuestra tradicional distinción entre capacidad jurídica y capacidad obrar.

En cuarto lugar, respecto a la reforma civil de la ley, debemos advertir al legislador que si se aboga por una preeminencia de las medidas voluntarias de apoyo, se deberá implantar un mayor control judicial de los poderes y mandatos preventivos para que no se conviertan en el medio a través del cual se legalicen situaciones de abusos a las personas con discapacidad. En cuanto a las medidas informales y judiciales de apoyo, es criticable la pretensión de la reforma de convertir la guarda de hecho en una guarda de “derecho”; y la excepcionalidad de la curatela representativa es una falacia del legislador que no atiende a la realidad social, puesto que en la práctica será la regla general y no la excepción.

En quinto lugar, la reforma procesal que ha previsto la Ley 8/2021 consiste en la eliminación de la incapacitación y la implantación de un sistema de apoyos a la persona que los precisa. Al respecto, es discutible optar por un nuevo régimen bifronte conformado por un expediente de jurisdicción voluntaria para la provisión de apoyos y un posterior procedimiento judicial de provisión de apoyos en el caso de formularse oposición, incluso cuando exista contradicción desde el principio. En este sentido, pese a que el legislador habla de medidas de apoyo en general, comparto la postura doctrinal que opina que tanto el objeto del expediente de provisión de medidas judiciales de apoyo de la LJV como del proceso sobre provisión de medidas de apoyo de la LEC es la curatela y el nombramiento de un curador. También, es ineficaz que se prevean numerosos expedientes de jurisdicción voluntaria dirigidos a un mismo fin en detrimento de la economía procesal y que, en algún caso, el objeto del proceso o de expedientes de jurisdicción voluntaria esté previsto en el Código Civil pero, sin embargo, no se menciona de manera expresa un cauce procesal para el mismo, por lo que el legislador debería revisar este punto.

Respecto al expediente voluntario, el legislador ha incurrido en algunas lagunas que cabe mencionar. La reforma no puntualiza ni a qué tipo de discapacidad se refiere ni las causas o razones por las que una persona con ese tipo de discapacidad precisa de apoyos, es decir, no se mencionan las causas por las cuales procede el nombramiento de un curador. La redacción de la regla de la postulación no es muy clara, pero debemos concluir que es obligatoria, de lo contrario, nos encontraríamos con solicitudes de inicio del expediente bastante incompletas, con la correspondiente ralentización del proceso. Por otro lado, el legislador no dice nada en cuanto a la posibilidad de que la persona con discapacidad no

pueda comparecer en el procedimiento por ejemplo, porque se encuentre interna en un centro. También, resulta curioso que en el expediente no se prevea la participación del futuro curador, a diferencia del nuevo art. 757.3 LEC que sí tiene en cuenta tal posibilidad. Quizá, como consecuencia de esta dualidad de procedimientos, al legislador se le haya pasado por alto esta cuestión.

En cuanto al procedimiento contencioso, en sede de competencia puede haber problemas con la excepción de la regla de la *perpetuatio iurisdictionis* (que también se prevé en el expediente) puesto que podría conllevar una vulneración del derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley y, en la práctica, una excesiva dilación del proceso y un estrés en la persona con discapacidad al tener que repetir determinadas diligencias, como la prueba de la entrevista. Por otra parte, no hubiera estado de más que el legislador hubiese previsto una regulación específica para la demanda de provisión de apoyos en lo referente al plazo de interposición y al contenido de la misma.

En lo que se refiere a la sentencia, hubiera sido oportuno establecer por lo menos un contenido mínimo, dado que el legislador se remite a la legislación civil. En este sentido, la ley en lo referido a la curatela parece tener en mente la persona que tiene una cierta capacidad, por no decir amplia, para tomar decisiones. Sin embargo, no tiene en consideración los casos en los que esa capacidad no existe o está muy limitada. En este caso, cobra pleno sentido aplicar el principio del interés superior de la persona, pese a que la Observación general N° 1 y la ley en seguimiento de la misma, hayan intentado erradicarlo. En síntesis, aunque la reforma haga desaparecer el juicio de capacidad, *de facto* el juez en la sentencia tendrá que motivar por qué la persona con discapacidad precisa de apoyos, por lo que indirectamente tendrá que valorar la capacidad de la persona.

Por último, es reseñable la cuestión económica de la reforma. Es preocupante el apartado de impacto económico de la memoria del análisis del impacto normativo del Anteproyecto de Ley de la reforma, al decir que el coste presupuestario y de dotación de personal no solo no aumentará sino que disminuirá. Claramente no se refleja la realidad de la situación. La realidad es que esta reforma supone un incremento considerable en la carga de trabajo de los juzgados, en los medios personales y materiales debido a: el nuevo sistema dual del expediente voluntario y el proceso contencioso, la pretensión de

establecer una mayor formación para los aplicadores del Derecho, el sistema de “mesa redonda” en la determinación de los apoyos, y los escasos plazos de revisión de las tutelas y curatelas establecidas con anterioridad a la reforma y de revisión periódica de las medidas adoptadas bajo el ala de esta nueva ley.

En definitiva, esta reforma ha satisfecho una serie de demandas que se venían reclamando hace años, pero que sin duda ha dejado una serie de flecos que se deberían revisar y darles una solución.

VII. BIBLIOGRAFÍA

ALEMANY, M., «Igualdad y diferencia en relación con las personas con discapacidad. (Una crítica a la observación nº 1 (2014) del Comité (UN) de los derechos de las personas con discapacidad)» en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, nº 52 (2018).

ALEMANY, M., «Representación y derechos de las personas con discapacidad mental y/o intelectual» en *Práctica de Tribunales*, nº 145 (julio-agosto, 2020).

ALEMANY, M., «Una crítica a los principios de la reforma del régimen jurídico de la discapacidad», en AA.VV Munar Bernat (dir.), *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad: El Derecho en el umbral de la política*, Marcial Pons, Madrid, 2021, pp. 21-45.

ALÍA ROBLES, A., «Aspectos controvertidos del Anteproyecto de ley de la reforma de la legislación civil y procesal en materia de discapacidad» en *Actualidad civil*, nº2 (2020).

ATIENZA RODRÍGUEZ, M., «Dignidad humana y derechos de las personas con discapacidad» en *Revista IUS ET VERITAS*, nº 53, (diciembre 2016).

BANACLOCHE PALAO, J., «Algunas reflexiones sobre los procesos de incapacitación: cuestiones controvertidas y posible retorno a la jurisdicción voluntaria», en AA.VV., Díez-Picazo Giménez y Vegas Torres (coords.), *Derecho, Justicia, Universidad. Liber*

Amicorum de Andrés de la Oliva Santos, vol. I, Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2016, pp. 243-274.

BARRANCO, M^a C., CUENCA, P. y RAMIRO, M. A., «Capacidad jurídica y discapacidad: el artículo 12 de la Convención de derechos de las personas con discapacidad» en *Anuario Facultad de Derecho, Universidad de Alcalá*, nº V (2012).

BERNARDO SAN JOSÉ, A., «La reforma de la legislación procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica a la luz de la Convención de Nueva York», en AA. VV., Banacloche Palao (dir.), *Tutela judicial no contenciosa de personas mayores y menores de edad*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020, pp. 67-136.

CALAZA LÓPEZ, S., «Expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de discapacidad: ¿era necesario confeccionar tantos «trajes a medida» procesales para único abrigo sustantivo?» en AA.VV., De Lucchi López-Tapia y Quesada Sánchez (dirs.), *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Atelier, Barcelona, 2022, pp. 617-643.

CANIMAS BRUGÉ, J., «Decidir por el otro a veces es necesario» en *La incapacitación, reflexiones sobre la posición de Naciones Unidas*, en *Cuadernos de la Fundació Víctor Grífols i Lucas*, nº 39 (2016), pp. 13-31.

CHOZAS ALONSO, J. M., «La proyectada nueva regulación de la “competencia territorial” en el expediente de jurisdicción voluntaria de autorización judicial de actos de disposición de menores (y personas con discapacidad) puede vulnerar la predeterminación judicial (art. 24.2 CE)» en AA.VV., Álvarez Alarcón (dir.), *Justicia y personas vulnerables en Iberoamérica y en la Unión Europea*, Tirant lo blanch, Valencia, 2021, pp. 457-465.

COCH ROURA, N., «Sistemas de protección para las personas con enfermedad mental, de las XII tablas a la nueva reforma de la ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. Referencia especial a la *cura furiosi*» en *Revista General de Derecho Romano*, nº 37 (2021), pp. 1-34.

CORVO LÓPEZ, F M^a., «La Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre provisión de apoyos a las personas con discapacidad en clave de futuro» en *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 8 (2021).

DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., «El protagonismo de la persona con discapacidad en el diseño y gestión del sistema de apoyo» en AA. VV. De Salas Murillo y Mayor del Hoyo (dirs.), *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

DE CASTRO, F., *Derecho civil de España*, T. II, Civitas, Madrid, 1984.

DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y., «Las personas con discapacidad ante el proceso de modificación de la capacidad jurídica y sus garantías» en AA.VV., Álvarez Alarcón (dir.), *Justicia y personas vulnerables en Iberoamérica y en la Unión Europea*, Tirant lo blanch, Valencia, 2021, pp. 391-410.

DE SALAS MURILLO, S., «¿Existe un derecho a no recibir apoyos en el ejercicio de la capacidad?» en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 780 (2020).

DE SALAS MURILLO, S., «Significado jurídico del “apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica” de las personas con discapacidad: presente tras diez años de la Convención» en *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 5 (2018).

DÍAZ ALABART, S., «Actuación de las personas con discapacidad en el ámbito personal y familiar el derecho a su libertad personal» en AA. VV (dir. Pereña, M.), *La voluntad de la persona protegida, oportunidades, riesgos y salvaguardas*, Dykinson, Madrid, pp. 163-197.

ESCARTÍN IPIÉNS, J. A., «La autotutela en el Anteproyecto de Ley sobre modificación del Código civil y otras leyes complementarias en materia de discapacidad» en *Revista de Derecho Civil*, vol. V, nº 3 (julio-septiembre, 2018), Estudios, pp. 85-119.

GARCIMARTÍN MONTERO, R., *La provisión de apoyos a personas con discapacidad*, Aranzadi, Cizur Menor, 2021.

GONZÁLEZ CAMPO, F. de A., «Procesos de adopción de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad : valoración de la reforma procesal del Anteproyecto de 2018» en AA. VV. De Salas Murillo y Mayor del Hoyo (dirs.), *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 467-499.

GONZÁLEZ GRANDA, P., «Proceso contencioso para la provisión de medidas judiciales de apoyo» en AA.VV., De Lucchi López-Tapia y Quesada Sánchez (dirs.), *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Atelier, Barcelona, 2022, pp. 645-713.

LAFUENTE TORRALBA, A.J., «Cuestiones problemáticas y propuestas de reforma de la incapacitación judicial», *REDUR*, nº 10, diciembre 2012, pp. 123-143.

LAFUENTE TORRALBA, A.J., «Las reformas del proceso civil en defensa de los vulnerables: una gran virtud y varios pecados capitales», en *Los vulnerables ante el proceso civil* (coords.: HERRERO PEREZAGUA, J.F, y LÓPEZ SÁNCHEZ, J.), Atelier, pp. 15 a 54.

LLEDÓ YAGÜE, F., «La Convención de Nueva York y la necesaria reformulación de la discapacidad» en *R.E.D.S*, nº 14 (enero-junio, 2019).

LÓPEZ SAN LUIS, R., «El principio de respeto a la voluntad de la persona con discapacidad y la Convención de Nueva York (2006), y su reflejo en el anteproyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad» en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº 2 (2020).

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., «Curatela y representación: cinco tesis heterodoxas y un estrambote» en AA. VV. De Salas Murillo y Mayor del Hoyo (dirs.), *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., «Panorama general de las figuras de guarda legal de los discapacitados intelectuales» en AA.VV., De Salas Murillo, (coord.), *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2010.

MUNAR BERNAT, P. A., «La curatela: principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad» en *Revista de Derecho Civil*, vol. V, nº 3 (julio-septiembre, 2018), Estudios, pp. 121-152.

PALACIOS RIZZO, A., «*El modelo social de la discapacidad. Orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*», Cinca, Madrid, 2008.

PALLARÉS NEILA, J., «La revisión de las sentencias dictadas en el nuevo procedimiento de provisión de apoyos» en *Revista de Derecho Civil*, vol. V, nº 3 (julio-septiembre, 2018), Estudios, pp. 153-171.

PERALES CASAJUANA, L.A., «Discapacidad: cifras y algunas reformas necesarias en especial sobre la capacidad jurídica y el derecho de sufragio» en AA. VV., Morcillo Moreno (dir.) *Discapacidad intelectual y capacidad de obrar*, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 59-66.

PETIT SÁNCHEZ, M., «La adopción de medidas de apoyo para las personas con discapacidad: armonización entre la autonomía de la voluntad y el mejor interés» en *Revista de Derecho Civil*, vol. VII, nº 5 (octubre-diciembre, 2020), Estudios, pp. 265-313.

QUESADA SÁNCHEZ, A. J., «¿*Quo vadis*, incapacitación? Reflexiones iniciales sobre cierto Proyecto de Ley en los tiempos del Coronavirus» en *Revista Jurídica del Notariado*, nº 112 (enero-junio 2021).

ROCA MARTÍNEZ, J. M., «Sistemas procesales para la provisión de apoyos en el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad: dualidad proceso contencioso-expediente de jurisdicción voluntaria» en AA.VV., De Lucchi López-Tapia y Quesada Sánchez (dirs.), *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad*.

Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio, Atelier, Barcelona, 2022, pp. 587-616.

SANCHO GARGALLO, I., y ALÍA ROBLES, A., «Guía para la exploración judicial de una persona con discapacidad» en *La Ley*, nº 3035 (2019).

TORAL LARA, E., «Las medidas de apoyo judiciales e informales en el nuevo sistema de provisión de apoyos del Código civil», en AA.VV., Llamas Pombo, Martínez Rodríguez y Toral Lara (dirs.), *El nuevo Derecho de las capacidades. De la incapacitación al pleno reconocimiento*, LA LEY, Wolters Kluwer, Madrid, 2022.

TORAL LARA, E., «Las medidas de apoyo voluntarias en el nuevo sistema de provisión de apoyos del Código civil», en AA.VV., Llamas Pombo, Martínez Rodríguez y Toral Lara (dirs.), *El nuevo Derecho de las capacidades. De la incapacitación al pleno reconocimiento*, LA LEY, Wolters Kluwer, Madrid, 2022.

TORRES COSTAS, E., «La Convención de Nueva York y los principios que la inspiran» en AA.VV., Llamas Pombo, Martínez Rodríguez y Toral Lara (dirs.), *El nuevo Derecho de las capacidades. De la incapacitación al pleno reconocimiento*, LA LEY, Wolters Kluwer, Madrid, 2022.

VIII. NORMATIVA Y DOCUMENTACIÓN INSTITUCIONAL

- Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006.
- 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.
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.
- Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.

- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
- Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.
- Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.
- Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.
- Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.
- Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.
- Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal.
- Ley Orgánica 1/2017, de 13 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 5/1999, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado.
- Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, para la modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General.
- Informe mundial sobre la discapacidad, Organización Mundial de la Salud, 2011.
- Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Distr. General, 19 de mayo de 2014. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 11º periodo de sesiones, 31 de marzo a 11 de abril de 2014, Observación general N° 1 (2014).

- Informe del Comité de Bioética de España sobre la necesidad de adaptar la legislación española a la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad, de 20 de diciembre de 2017.
- Memoria del análisis de impacto normativo del Anteproyecto de Ley 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, 2020.
- Instrucción FGE 4/2009, sobre la organización de las Secciones de lo civil y del régimen especializado en materia de protección de personas con discapacidad y tutelas.
- Instrucción FGE 3/2010, sobre la necesaria fundamentación individualizada de las medidas de protección o apoyo en los procedimientos sobre determinación de la capacidad de las personas.
- Informe del CGPJ al Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad.
- Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley por la que se reforma la Legislación Civil y Procesal en materia de Discapacidad.

IX. JURISPRUDENCIA

- STC 174/2002, de 9 de octubre (ECLI:ES:TC:2002:174).
- STS 282/2009, de 29 de abril de 2009 (Roj: STS 2362/2009).
- STS 617/2012, de 11 de octubre (Roj: STS 6810/2012).
- STS 341/2014, de 1 de julio (Roj: 3168/2014).
- STS 337/2014, de 30 de junio (Roj: STS 3852/2014).

- STS 244/2015, de 13 de mayo (Roj: STS 1945/2015).
- STS 716/2015, de 17 de diciembre (Roj: STS 5838/2015).
- ATS de 13 de julio de 2016 (Roj: ATS 7082/2016).
- STS 298/2017, de 16 de mayo (Roj: STS 1901/2017).
- ATS, de 22 de marzo de 2017 (Roj: 2561/2017).
- STS 552/2017, de 11 de octubre (Roj: STS 3535/2017).
- ATS, de 13 de septiembre de 2017 (Roj: ATA 8346/2017).
- STS 69/2018, de 7 de febrero (Roj: STS 310/2018).
- STS 118/2018, de 6 de marzo (Roj: STS 709/2018).
- ATS, de 11 de junio de 2019 (Roj: 6805/2019).
- ATS, de 22 de octubre de 2019 (Roj:11082/2019).