



MÁS DE
100

**PREGUNTAS
ACERCA DE LA
DISCAPACIDAD
GUÍA JURÍDICA BÁSICA**

ACTUALIZADA A LA REFORMA
INTRODUCIDA POR LA LEY 8/2021



Fundación "la Caixa"

CON LA COLABORACIÓN DE:



**MÁS DE
100
PREGUNTAS
SOBRE LA
DISCAPACIDAD
GUÍA JURÍDICA BÁSICA**

**Actualizada a la reforma
introducida por la Ley 8/2021**

Redactores:

Federico Cabello de Alba Jurado. Notario.
María José Cazorla González. Profesora titular de Derecho Civil.
Cristóbal Fábrega Ruiz. Fiscal.
Francisco González Ruiz. Abogado.
Fundación Kyrios.
Manuel Lora-Tamayo Villacieros. Notario.
Aida Lozano Pascual. Fiscal.
David Mendoza Moreno. Abogado, Juez sustituto.
Ramón Moscoso Torres. Notario.
Torcuato Recover Balboa. Abogado.
Manuel María Rueda Díaz de Rábago. Notario.
Fernando Santos Urbaneja. Fiscal.
María del Carmen Velasco Ramírez. Notaria.
Inmaculada Vivas Tesón. Catedrática de Derecho Civil.
Irene Yepes García. Trabajadora social.

Coordinador:

Manuel María Rueda Díaz de Rábago
Director de la Sección Jurídica de la Fundación Aequitas

Edición de contenidos: Aequitas © de la Edición Fundación "la Caixa".
Depósito legal 2393-2021. Edición revisada y actualizada 2022.

En 1999, el Consejo General del Notariado, en el marco de la política dirigida a potenciar al máximo la utilidad social de este colectivo de profesionales, acordó la creación de la Fundación Aequitas. La reflexión que motivó dicha decisión fue la siguiente: el notario, en el ejercicio de su función, está íntimamente vinculado a los derechos de la persona y al bienestar de las familias y debe colaborar en dar soluciones jurídicas a los problemas de las personas más vulnerables.

El colectivo notarial, integrado en España por unos tres mil profesionales altamente cualificados en derecho privado que, en el ejercicio de su función, están en contacto directo con la realidad, con las personas y con las familias, debía hallarse en condiciones de prestar un buen servicio a la sociedad.

La Fundación Aequitas es, por tanto, la respuesta del notariado a la situación de indefensión en que se encuentran los sectores más desfavorecidos de nuestra sociedad. Creo que en estos más de veinte años de trabajo hemos demostrado nuestro compromiso con hechos y hemos conseguido asentar una enorme plataforma solidaria integrada no solo por los tres mil notarios de España, sino también por una gran cantidad de profesionales de distintos ámbitos, tanto del derecho como ajenos a él. Por consiguiente, estamos en condiciones de prestar un buen servicio a la sociedad en una materia tan importante para todos los ciudadanos, cualquiera que sea su condición e ideología, como es la defensa y protección de los derechos de las personas y, muy especialmente, de aquellas que se encuentran en una situación deficitaria en cuanto a asesoramiento e información.

Esta guía básica que hoy presentamos es fruto del trabajo de esta plataforma solidaria. Por ello, permítanme que transmita mi **agradecimiento especial** a todas las personas que han dedicado su tiempo a responder de forma sencilla estas Más de 100 preguntas que todos, en un momento u otro de nuestra vida, con mayor o menor zozobra, nos hemos planteado. Gracias a todos, pues sin vuestro esfuerzo personal habría sido imposible.

Mi reconocimiento y agradecimiento también deben dirigirse a la Fundación "la Caixa", que se sumó sin dudar a este proyecto y con su apoyo permite que vea la luz en el día de hoy.

Finalmente, me despido expresando tres cosas: por un lado, el deseo de que este instrumento que ponemos a disposición de la sociedad sea útil; por otro, mi gratitud a todos los que han hecho posible esta realidad; y, por último, el convencimiento de que esta colaboración continuará en el tiempo, pues así podremos cumplir el lema de nuestra fundación: «**Juntos podemos hacer más**», que es la mejor forma de poner nuestras manos al servicio de la sociedad.

Almudena Castro-Girona Martínez
Directora de la Fundación Aequitas

Desde hace más de un siglo, la Fundación "la Caixa" está al lado de las personas con discapacidad. La entidad fue creada en 1904 y desde sus primeros años se puso de manifiesto lo que sigue siendo su valor diferencial: el compromiso con la sociedad y, en especial, con los colectivos más vulnerables.

Hoy, 117 años después, es evidente que las necesidades de las personas con discapacidad han cambiado, lo que refleja las transformaciones y la evolución de la sociedad. Podemos mencionar y celebrar, sin lugar a dudas, su mayor integración social y participación activa en numerosos ámbitos, tanto de la esfera pública como de la privada.

Aun así, no debemos perder de vista lo más esencial: si queremos que nuestra sociedad sea la mejor posible, todavía nos queda mucho trabajo por hacer, desde la justicia y la equidad y sin dejar a nadie atrás. Por eso son tan necesarias iniciativas como esta guía jurídica con más de cien respuestas sobre la discapacidad.

En estas páginas se recogen las definiciones, los derechos, las obligaciones, los recursos y los trámites, entre otros aspectos, que pueden ser de utilidad para las personas con discapacidad, sus familias y los profesionales vinculados a este colectivo. Me gustaría destacar el hecho de que esta publicación ha sido concebida para que sea de fácil lectura para las propias personas con discapacidad.

Todo esto ha sido posible gracias a la labor ingente de los especialistas encargados de elaborar la guía, coordinados por la Fundación Aequitas. Para la Fundación "la Caixa" es un honor haber podido formar parte de este proyecto. Deseamos que sea de utilidad para mucha gente y, sobre todo, que contribuya al bienestar de las personas con discapacidad.

Marc Simón Martínez
Subdirector general de la Fundación "la Caixa"

ÍNDICE

| | |
|--|-----|
| I INTRODUCCIÓN: PRINCIPIOS | 9 |
| II APOYOS EN LA TOMA DE DECISIONES | 15 |
| 1.-LOS APOYOS | 15 |
| 2.-LOS APOYOS VOLUNTARIOS | 16 |
| A) APOYOS VOLUNTARIOS | 16 |
| B) LOS PODERES PREVENTIVOS | 21 |
| C) LA AUTOCURATELA | 25 |
| 3.-LA GUARDA DE HECHO | 28 |
| 4.-APOYOS JUDICIALES | 29 |
| A) INTRODUCCIÓN | 29 |
| B) LA CURATELA | 22 |
| C) EL DEFENSOR JUDICIAL | 33 |
| III PROCESOS JUDICIALES | 45 |
| IV EL APOYO A TRAVÉS DE ENTIDADES | 53 |
| V EL PATRIMONIO PROTEGIDO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD | 59 |
| VI LAS SUCESIONES, LAS DONACIONES Y LA DISCAPACIDAD | 67 |
| A) SUCESIONES | 67 |
| B) DONACIONES | 76 |
| VII INTERNAMIENTO INVOLUNTARIO | 79 |
| VIII LEY DE DEPENDENCIA | 89 |
| IX RESPONSABILIDAD CIVIL Y PENAL | 97 |
| X DISPOSICIONES EN RELACIÓN CON LA LEGISLACIÓN ANTERIOR | 105 |

INTRODUCCIÓN: PRINCIPIOS

I INTRODUCCIÓN: PRINCIPIOS

1. ¿Qué es la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad?

Es un tratado internacional elaborado en 2006 por las Naciones Unidas para velar específicamente por los derechos de las personas con discapacidad.

España lo ratificó y en mayo de 2008 pasó a formar parte de nuestro ordenamiento jurídico, es decir, se convirtió en una norma de obligado cumplimiento y, en consecuencia, puede ser invocado cuando se vulneren los derechos de una persona con discapacidad.

2. ¿Por qué es una norma tan importante?

Porque obliga a los Estados que la ratifiquen a promover, proteger y asegurar a todas las personas con discapacidad el goce pleno y en condiciones de igualdad de sus derechos humanos y libertades fundamentales, así como a promover el respeto de su dignidad inherente.

Se trata del primer tratado de derechos humanos del siglo XXI, que aborda la discapacidad no como una cuestión médica sino de derechos humanos, lo que supone un cambio de enfoque o paradigma según el cual las personas con discapacidad deben ser consideradas, social y jurídicamente, sujetos titulares de derechos y no meros objetos de protección conforme a una visión paternalista.

Los Estados tienen la obligación de cambiar todas sus normas para recoger en ellas el propósito y los principios fundamentales de la Convención.

3. ¿Cuáles son esos principios?

Los principios que inspiran la Convención son los siguientes:

- El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas;
- La no discriminación;
- La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad;
- El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas;
- La igualdad de oportunidades;
- La accesibilidad;
- La igualdad entre el hombre y la mujer;
- El respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad.

4. ¿Quién es una persona con discapacidad?

La persona que tiene una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial 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.

5. ¿Qué es la discriminación por motivos de discapacidad?

Es cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables.

6. ¿Qué son los ajustes razonables?

Son 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 los demás, de todos los derechos humanos y libertades públicas.

Ejemplos de ajustes razonables en el ámbito laboral serían, entre otros, colocar el puesto de trabajo cerca de los aseos accesibles, flexibilizar el horario o permitir descansos frecuentes y, en el ámbito educativo, dar más tiempo de respuesta en la realización de actividades, ubicar al estudiante en un lugar estratégico del aula para fomentar su participación o señalar los espacios para favorecer su autonomía.

7. ¿Qué es la capacidad jurídica?

Es la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones, así como de poder ejercerlos. La persona con discapacidad tiene derecho a tomar sus propias decisiones y a actuar por sí sola para llevarlas a cabo. Toda persona, por el hecho de serlo, tiene capacidad jurídica y la tendrá siempre hasta su muerte.

8. La capacidad jurídica, ¿puede modificarse o suprimirse?

No, nunca, porque es inherente a la condición de la persona humana. Nadie, por razón de discapacidad, puede privar a una persona de sus derechos fundamentales ni de su derecho a tomar sus propias decisiones personales, patrimoniales o políticas, como, por ejemplo, elegir dónde vivir, tener una cuenta en el banco, celebrar un contrato de trabajo, ser padre o madre, comprar un coche, votar cuando se convocan elecciones, etc. Si una persona mayor de edad necesita ayuda para tomar decisiones y realizar los actos que derivan de ellas cuenta con distintos tipos de medidas de apoyo.

Dado que la capacidad jurídica no puede limitarse o eliminarse, no puede hablarse de personas incapaces, incapacitadas ni de personas con capacidad judicialmente modificada, pero sí de personas con discapacidad con medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica.

9. ¿Qué es la accesibilidad universal?

Para que la persona con discapacidad pueda ejercer y disfrutar de sus derechos ha de poder acceder a ellos con facilidad, sin barreras físicas, sensoriales o de comunicación.

Para ello, los entornos, procesos, bienes, productos, servicios y dispositivos deben ser comprensibles, utilizables y practicables por todas las personas con seguridad y comodidad y de la forma más autónoma posible a fin de que las personas con discapacidad puedan vivir en forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida en igualdad de condiciones con las demás.

Por ello, se han de adoptar medidas de accesibilidad como, entre otras, ascensores, itinerarios sin peldaños ni rampas con excesiva inclinación, aseos adaptados, lenguaje lo más claro y sencillo posible, lectura fácil, pictogramas, lengua de signos, subtítulos, lenguaje Braille, diseño y funcionalidades para navegar en una página web, etc.

10. En caso de que la persona precise de apoyos para el ejercicio de su capacidad jurídica, ¿debe tener, necesariamente, un certificado administrativo que reconozca un grado de discapacidad o de dependencia?

No, el certificado de la Administración autonómica correspondiente en el que se reconozca un determinado grado de discapacidad o dependencia da derecho a obtener determinadas prestaciones sociales, laborales, económicas o tributarias, pero no es requerido en caso de que la persona precise de medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica.

El ámbito del certificado administrativo de discapacidad o dependencia y el de la provisión de medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica son completamente diferentes, es por ello por lo que pueden coincidir en una misma persona o no.

11. ¿Es lo mismo persona con incapacidad laboral que persona con discapacidad que cuenta con una medida de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica?

No. La incapacidad laboral es un reconocimiento administrativo que realiza el Instituto Nacional de la Seguridad Social de una situación de imposibilidad (temporal o permanente) de un trabajador de desarrollar una actividad laboral concreta o cualquier tipo de trabajo.

En cambio, una persona con discapacidad puede precisar una medida de apoyo para la toma de decisiones y el ejercicio de sus derechos personales, patrimoniales o políticos.

Son, por tanto, situaciones distintas, pero pueden coincidir en una misma persona.

12. Una persona con una medida de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica, ¿puede casarse?

Sí. Según el Código Civil, los únicos que no pueden contraer matrimonio son los menores de edad no emancipados y los que estén ligados con vínculo matrimonial (es decir, quienes estén ya casados o bien separados, pero no divorciados).

Cuando una persona desea contraer matrimonio debe acreditar, previamente, en acta o expediente tramitado conforme a la legislación del Registro Civil que reúne los requisitos de capacidad o la inexistencia de impedimentos o su dispensa. El Letrado de la Administración de Justicia, Notario, Encargado del Registro Civil o funcionario que tramite el acta o expediente, cuando sea necesario, podrá recabar de las Administraciones o entidades de iniciativa social de promoción y protección de los derechos de las personas con discapacidad, la provisión de apoyos humanos, técnicos y materiales que faciliten la emisión, interpretación y recepción del consentimiento del o los contrayentes. Excepcionalmente, cuando alguno de los contrayentes presentare una condición de salud que, de modo evidente, categórico y sustancial, pueda impedirle prestar el consentimiento matrimonial pese a las medidas de apoyo, se recabará dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento.

13. ¿Cuál es la situación del menor de edad con discapacidad en relación con el ejercicio de su capacidad jurídica?

Hasta que cumpla 18 años, todo menor (con discapacidad o sin ella) está representado legalmente por sus progenitores en cuanto titulares de la patria potestad o por el tutor (en caso de no vivir sus progenitores o haber sido privados de la patria potestad), quienes, siempre actuando guiados por el interés superior del menor, le sustituyen en todos aquellos actos jurídicos personales y patrimoniales que, según las normas, no pueda realizar por sí solo.

Cuando se prevea razonablemente en los 2 años anteriores a la mayoría de edad que el menor, después de cumplir 18 años, precisará de apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica, la autoridad judicial podrá acordar, a petición del menor, de los progenitores, del tutor o del Ministerio Fiscal, si lo estima necesario, la procedencia de la adopción de la medida de apoyo que corresponda para cuando concluya la minoría de edad. Estas medidas se adoptarán si el mayor de 16 años no ha hecho sus propias previsiones para cuando alcance la mayoría de edad. En otro caso se dará participación al menor en el proceso, atendiendo a su voluntad, deseos y preferencias.

Entre tales medidas de apoyo no se encuentran la patria potestad prorrogada o rehabilitada ni la tutela, pues tales instituciones de representación legal han sido suprimidas en el ámbito de las personas adultas.

APOYOS EN LA TOMA DE DECISIONES

II APOYOS EN LA TOMA DE DECISIONES

1-LOS APOYOS

14. ¿Qué es una medida de apoyo?

Es todo lo necesario o conveniente para que la Persona con Discapacidad logre atender su necesidad, conseguir su objetivo y, en general, llevar una vida en régimen de igualdad con el resto de las personas.

Está llamado a prestar el apoyo tanto el ámbito privado (familiares, allegados, voluntarios, Tercer Sector, etc.) como el ámbito público (sistema educativo, sanitario, social, judicial, fuerzas de seguridad, etc.)

15. ¿Quién establece los apoyos?

La incapacidad de las personas mayores de edad ha desaparecido. Todos somos capaces. Así que cada uno podrá establecer el sistema de apoyos que considere oportuno para sí mismo, si ve que los necesita.

Para ello es posible que necesite apoyos puntuales para este acto. Se le prestarán, primero por el notario (veremos que estas disposiciones requieren la intervención de este funcionario público), además de por aquellos que le ayuden en su vida ordinaria. Pero el primero que los establece es él mismo. Estos se llaman apoyos voluntarios.

En el caso de que se aprecie que alguien los necesita y no los ha establecido, o que los que ha creado son insuficientes, intervendrá el juez y los establecerá. Estos serán apoyos judiciales.

16. ¿Cuáles son los criterios para establecer medidas de apoyo?

La ley marca unos criterios a seguir en esta materia:

La finalidad es permitir que la persona se desenvuelva en la vida en igualdad de condiciones que los demás, respetándose asimismo sus derechos fundamentales y su dignidad.

Por lo tanto, habrán de respetarse en todo caso su voluntad y sus preferencias, aun en el caso de que se lleguen a tomar medidas representativas.

Para ello se podrán establecer medidas de salvaguardia que puedan controlar estos fines o corregir una actuación incorrecta.

Además, se atenderá a las medidas que supongan la mínima intromisión en los actos y decisiones del usuario de estos apoyos. Por ello, las medidas más intensas (como la curatela representativa) deberán ser residuales.

2-APOYOS VOLUNTARIOS

Apoyos voluntarios

17. ¿Quién puede pedir el establecimiento de apoyos voluntarios?

La admisibilidad de los apoyos voluntarios y su aplicación preferente a disposiciones judiciales o legales es uno de los principios más relevantes de nuestra legislación tras la reforma operada por la ley 8/2021. Es una exigencia que deriva directamente de la propia dignidad de la persona y del necesario respeto de sus facultades de autorregulación de sus intereses, así como de sus deseos, voluntad y preferencias.

De la propia esencia de estos apoyos voluntarios resulta que solo podrán establecerse por la propia persona que necesite apoyo y asistencia en el ejercicio de su capacidad jurídica. Partiendo de esta premisa debemos plantearnos una primera cuestión sobre si cualquier persona puede establecer dicho sistema. Nuestro Código Civil es rotundo al referirse a personas mayores de edad o menores emancipados, de modo que solo los menores de edad emancipados o mayores de dieciocho años podrán hacer uso de esta facultad.

Otra de las novedades fundamentales de esta nueva regulación es reconocer esa posibilidad no solo "en previsión" de una futura necesidad de apoyo, que ya era reconocida por nuestro Código Civil, sino también "en concurrencia" de dicha necesidad. Eso supone que no solo podrá establecerse la medida voluntaria de apoyo para el caso de que en el futuro sea necesaria, si sobreviene una discapacidad, sino cuando ya esté presente, es decir, cuando se trate de una persona con discapacidad.

El sistema de apoyo puede ser establecido por otras personas, incluso por vía judicial. Lógicamente, en estos casos no podríamos hablar de apoyos voluntarios, pero puede complementarlos. Se pueden dar dos supuestos:

- Por un lado, el relativo a quienes realicen una atribución patrimonial (ya sea una donación o por vía testamentaria) a favor de la persona necesitada de apoyo, que podrán establecer en ese mismo momento las reglas de administración y disposición de los bienes;
- Por otro, el relativo a los progenitores, el tutor o el Ministerio Fiscal, que podrán solicitar judicialmente su establecimiento durante los dos últimos años antes de la mayoría de edad, como después veremos.

18. ¿Cómo se formalizan?

Los sistemas de apoyo voluntario se formalizan en todo caso mediante la intervención notarial. El Código Civil lo establece así, tanto con carácter general cuando se refiere a las medidas voluntarias de apoyo como en el desarrollo y regulación posterior de las reconocidas legalmente. Tal es el caso

tanto de los poderes y mandatos preventivos como de la autocuratela, que permite, aunque la curatela se establezca judicialmente, que sea la propia persona la que regule su funcionamiento, designe a la persona a quien corresponda ejercitarla y su forma de ejercicio.

Se aparta así nuestro Código Civil de la forzosa "judicialización" de la vida de las personas con discapacidad. Algo lógico, pues mientras bajo el régimen anterior la protección se basaba en la privación de derechos y requería la garantía de la intervención judicial, ahora se trata de apoyar y asistir a la persona en el ejercicio de su capacidad. Existen mecanismos en la ley que posibilitan el recurso a la protección derivada de la intervención del Ministerio Fiscal y de la autoridad judicial, pero, como con relación a cualquier otra persona, únicamente cuando los mecanismos voluntarios no existen o son deficientes en su funcionamiento.

Las funciones encomendadas al notario no son distintas de las que tradicionalmente se reconocen en nuestro ordenamiento. Partiendo de una adecuada intercomunicación con los interesados, interpreta su voluntad, informa sobre la forma más adecuada para hacerla efectiva y se asegura de que el resultado es conforme con ella, con la legalidad y con los deseos, voluntad y preferencias de la persona. Supone al mismo tiempo una garantía y un apoyo a la persona y ya no queda limitada a una forzosa remisión al procedimiento judicial de incapacitación como sucedía con anterioridad, sino que abre la posibilidad de conformar un sistema de apoyos con arreglo a su voluntad y preferencias.

19. Contenido del apoyo voluntario

La posibilidad de que la propia persona delimite un sistema voluntario de apoyos en el ejercicio de su capacidad, como manifestación del reconocimiento de su autonomía con el alcance que venimos viendo, supone no solo que esta pueda optar por los diferentes medios de apoyo que reconoce o tipifica el Código Civil. Esa libertad alcanza mucho más allá, pues la persona puede con absoluta libertad diseñar ese sistema sin tener que acogerse necesariamente a los "moldes" que establece la legislación. Podrá, lógicamente, optar por un mandato o poder preventivo, servirse de la guarda de hecho o promover judicialmente la designación de un curador o defensor judicial. Pero sus posibilidades van mucho más allá, pues goza de libertad en cuanto al diseño de un sistema de apoyos específico y distinto adecuado a sus circunstancias y conforme a su voluntad, deseos y preferencias.

Concretamente, cuando el Código reconoce la posibilidad de determinar el contenido de ese sistema de apoyos se refiere a "medidas de apoyo relativas a su persona y bienes". Esa mención tan genérica posibilita que su contenido sea todo lo diverso que la persona considere oportuno y con el contenido que atienda de mejor manera a sus deseos, voluntad y preferencias. Recogiendo una referencia genérica y amplísima, que no agota su contenido, se refiere a unas disposiciones y materias típicas que convendría delimitar en ese documento de apoyos, como son el régimen de actuación, el alcance de las facultades de la persona o personas que le hayan de prestar apoyo, la forma de ejercicio del apoyo, las medidas u órganos de control que estime oportuno, las salvaguardas necesarias para evitar abusos, conflicto de intereses o influencia indebida y los mecanismos y plazos de revisión de esas mismas disposiciones voluntarias

20. ¿Se pueden establecer mecanismos de control?

Como acabamos de ver, los apoyos voluntarios se caracterizan por derivar de la voluntad de la persona asistida, y su contenido será tan amplio como ella tenga por conveniente. Al delimitarlo, el Código Civil se refiere, entre otras, a las medidas u órganos de control que estime oportunos. Por tanto, estas medidas de vigilancia y control pueden establecerse con arreglo a su voluntad, deseos y preferencias y su finalidad primordial será asegurar que las funciones de asistencia y apoyo se ejerciten con arreglo a su voluntad, deseos y preferencias.

No encontramos, no obstante, una enumeración cerrada de esas cautelas, por lo que la persona necesitada de asistencia o apoyo tendrá plena libertad al establecerlas. Además, esas cautelas podrán ser de distinto contenido dependiendo de la naturaleza del acto de que se trate. Por ejemplo, exigiendo unas medidas de seguridad específicas cuando se trate de actos que no sean de mera administración, o de bienes y derechos que excedan de un valor concreto.

Algunas personas disponen que los actos de mera administración puedan realizarse con el apoyo de una sola persona y los que excedan de ella, además, con la asistencia de otras distintas, o que la persona que presta el apoyo deba rendir cuentas con arreglo a lo dispuesto por la persona afectada, o que la asistencia se preste por varias personas que hayan de estar de acuerdo.

En cualquier caso, se trata de cautelas que eviten injerencias indebidas o abusos, por lo que es importante que las disposiciones voluntarias sobre el apoyo prevean estas cautelas.

21. ¿Se puede modificar el apoyo voluntario?

Por su propia naturaleza, los apoyos voluntarios derivan de la voluntad de la persona que necesita apoyo en el ejercicio de su capacidad. Como venimos viendo, su contenido, las personas o instituciones que los prestan, el modo de su ejercicio, las cautelas o los mecanismos de control serán los que la propia persona establezca, aunque para ello necesite asistencia o apoyo.

Además, el sistema de apoyos puede establecerse para actos determinados o para los que en adelante y con carácter general necesite realizar la persona que los establece.

De ese mismo principio de voluntariedad deriva que la persona que establece el apoyo voluntario pueda disponer el plazo de aplicación de ese sistema de apoyo o su revisión periódica o que, voluntariamente, deje sin efecto o modifique el sistema.

Así, incluso cuando la persona haya establecido un sistema de apoyos para su aplicación en adelante, perfectamente podría dejarlo sin efecto para realizar algún acto concreto.

De ese modo se asegura lo que es la primordial novedad de la reforma, que sea la persona la que con arreglo a su voluntad, deseos y preferencias, delimite el sistema de apoyo que le sea aplicable.

22. ¿Se puede establecer un plazo de revisión?

Una de las críticas que se hacían a la legislación anterior era que no se establecía un régimen de revisión de la vigencia de las sentencias de incapacitación o de modificación de la capacidad. Aunque ya entonces se podía solicitar judicialmente la revisión de la sentencia y su contenido, en realidad era un procedimiento muy infrecuente en la práctica.

Esa situación se ha tratado de corregir a través de la reforma, de modo que se asegure la adecuación de los sistemas de asistencia y apoyo a la situación de la persona, que puede cambiar por la evolución de una patología o por razón de sus circunstancias personales o patrimoniales.

De este modo se establece la obligación de revisar cada tres años las resoluciones judiciales que establezcan medidas de apoyo, aunque la autoridad judicial que las establezca, en resolución motivada y atendidas las circunstancias, puede disponer que la revisión se realice en periodos nunca superiores a seis años.

Esta disposición, lógicamente, no alcanza a las medidas voluntarias de apoyo o asistencia que, como hemos visto, pueden ser modificadas por la persona afectada en cualquier momento. Ello no es obstáculo para que en esas medidas voluntarias y sistemas de apoyo se prevea por la misma persona su revisión, que quedaría sujeta, por tanto, a las disposiciones de la persona necesitada del apoyo o asistencia.

23. ¿Qué publicidad se da a los apoyos voluntarios?

La publicidad de los sistemas de apoyo, tanto voluntarios como judiciales, se realiza a través del Registro Civil, de modo que, tal y como establece la Ley del Registro Civil, también afectada por la reforma, tienen acceso a dicho registro los poderes y mandatos preventivos, las propuestas de nombramiento de curador y las medidas de apoyo previstas por una persona respecto de sí misma o de sus bienes.

Concordando con lo anterior, y según dispone el Código Civil, las resoluciones judiciales y los documentos públicos notariales sobre los cargos tutelares y las medidas de apoyo habrán de inscribirse en el Registro Civil.

Será obligación, por tanto, del notario autorizante y del órgano judicial del que proceda, la remisión de dichos documentos al Registro Civil para que se tome constancia de esas medidas de apoyo.

El Registro Civil, por tanto, se convierte en una pieza esencial, pues a través de él se asegura el necesario respeto a las medidas voluntarias de asistencia y apoyo, ya sean voluntarias o judiciales.

El necesario respeto a la intimidad de las personas se asegura por cuanto tanto las medidas voluntarias como las judiciales, se consideran datos especialmente protegidos y solo el inscrito o sus representantes legales, quien ejerza el apoyo y quien esté expresamente autorizado, el apoderado preventivo general o el curador, en el caso de una persona con discapacidad, podrán acceder o autorizar a terceras personas el conocimiento de los asientos que contengan datos especialmente protegidos. También las administraciones y los funcionarios públicos podrán acceder a los datos especialmente protegidos cuando en el ejercicio de sus funciones deban verificar la existencia o el contenido de medidas de apoyo.

No obstante, la finalidad de esa publicidad es distinta dependiendo de si se trata de medidas voluntarias o judiciales. La publicidad de las voluntarias tiene por objeto asegurar su conocimiento por las autoridades judiciales cuando se demande por esa vía el establecimiento de medidas de apoyo, que habrán de respetar en todo caso las medidas voluntarias establecidas por la persona. En cuanto a las judiciales, dependerá de su constancia en el registro su oponibilidad a terceros, es decir, a personas que contraten o se vean afectadas por negocios celebrados por la persona necesitada de asistencia o apoyo.

24. ¿Puede un menor de edad pedir un apoyo voluntario?

Ya hemos tenido ocasión de analizar quienes pueden establecer medidas voluntarias de apoyo y, como regla general, se establece que podrán hacerlo las personas mayores de edad o menores emancipados. Por tanto, solo las personas mayores de dieciocho años o menores que hayan sido emancipados podrán establecer ese sistema. Durante la minoría de edad, los hijos quedarán sujetos a la protección de sus progenitores en el ejercicio de la patria potestad.

Con arreglo a la redacción anterior del Código Civil, cuando concurría en una persona menor de edad una causa de incapacitación, se podía solicitar judicialmente la prórroga o rehabilitación de la patria potestad. Eran instituciones alabadas cuando se establecieron en nuestro Código, por cuanto eran menos lesivas que la tutela para la institución familiar. No obstante, suponían acudir a la ficción de que la persona con discapacidad seguía siendo menor, con la consiguiente incapacitación previa de la persona y su sustitución. Por ello, han sido eliminadas de nuestro ordenamiento.

Para salvar el vacío que puede darse entre la llegada a la mayoría de edad y la salida de la patria potestad, podrá acudirse a la facultad que el Código reconoce a los padres, durante los dos últimos años anteriores a que el hijo alcance la mayoría de edad, de solicitar judicialmente el establecimiento de un sistema de apoyo y asistencia. No se trata de medidas voluntarias, pues la facultad que se reconoce a los progenitores es la de solicitar judicialmente su establecimiento y, como vemos, no derivan de la voluntad de la persona afectada. Cuando el hijo alcance la mayoría de edad, con arreglo a las disposiciones generales del Código, sus propias disposiciones serán preferentes a las judiciales previamente establecidas.

25. Si una persona necesita apoyo en el ejercicio de su capacidad y no lo establece por vía voluntaria o este resulta insuficiente, ¿cómo se asegura su protección frente a injerencias o abusos?

Uno de los retos a que se enfrentaba la reforma era la necesaria conciliación de la autonomía de la voluntad de las personas con discapacidad o necesitadas de apoyo en el ejercicio de su capacidad y la seguridad que les es debida. Tanto a ellas como al que contrata con ellas. Ofrecer una salida a esta aparente disyuntiva exige hacer compatible la desjudicialización de la vida de las personas con discapacidad con la posibilidad de recurrir, como cualquier otra persona, a la vía judicial o a la protección del Ministerio Fiscal cuando las medidas voluntarias no existan o sean insuficientes o ineficaces.

Con carácter general y con relación al ejercicio de las funciones de asistencia y apoyo, establece el Código que la autoridad judicial podrá dictar las salvaguardas que considere oportunas a fin de asegurar que el ejercicio de las medidas de apoyo se ajuste a la voluntad, deseos y preferencias de la persona que las requiera.

Es decir, aparte de excepcional, solo podría justificarse y tendría su fundamento en que injerencias indebidas o abusos impidieran el necesario respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona.

26. ¿Y si la patología es de tal naturaleza que impide a la persona emitir la más mínima declaración de voluntad?

Desde algunos sectores doctrinales siempre se ha opuesto a la reforma que hacer residir en la voluntad de las personas con discapacidad el diseño de los sistemas de asistencia y apoyo podría enfrentarse al inconveniente de que la persona esté impedida para manifestar su voluntad. Se trata de casos extremos y patologías que hacen imposible la comunicación de la persona con los demás y, por tanto, manifestar sus deseos, voluntad y preferencias.

Se trata de casos puntuales, sobre todo si tenemos en cuenta que, tanto en instancias judiciales como notariales, se impone como un derecho de la persona disponer de los ajustes necesarios para asegurar a través de los medios mecánicos, técnicos o humanos que sean necesarios la comunicación de la persona con la autoridad o profesional correspondiente.

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

En tales casos extremos, se necesitará acudir al diseño del sistema de asistencia y apoyos por la autoridad judicial que, de manera excepcional, podrá establecer un sistema representativo, es decir en el que sea la persona que ejerce el apoyo quien preste su consentimiento. Aun así, habrá que ajustar su actuación a la decisión que hubiera tomado previsiblemente la persona sustituida con arreglo a su trayectoria vital.

Los poderes preventivos

27. ¿Qué es un poder preventivo?

Un poder es una autorización que una persona (poderdante) da a otra (apoderado) para que realice algo por ella. Cualquier cosa. Desde comprarle una barra de pan hasta vender una casa. Si por cualquier motivo (por ejemplo, porque se haga en otra ciudad y no me venga bien ir, me resulte muy caro o no me pueda desplazar a la tienda de la esquina) no puedo asistir, mando a un apoderado con esas facultades. También se llama poder al documento donde se contiene la autorización. Para los actos jurídicos importantes, debe constar en escritura pública (en el ejemplo anterior, hará falta para vender una casa, pero no para comprar una barra de pan).

Puede ser para algo concreto (la venta de antes) o para muchas cosas, incluso para que haga en mi nombre todo lo que se necesite hacer. En este caso se le da el nombre de poder general, y es muy útil para personas con dificultades para gestionar sus asuntos.

II APOYOS EN LA TOMA DE DECISIONES

Hasta 2003 el poder se extinguía si se incapacitaba al que lo había dado. En 2003 se introdujo un pequeño añadido a esta causa de extinción del poder: salvo que yo diga que, si pierdo la capacidad, el poder sigue valiendo. Este es el poder preventivo, el que será válido si el poderdante pierde la capacidad.

La ley actual ha ampliado su regulación y lo considera una medida de apoyo, es la que utilizaremos si queremos que alguien haga cosas en nuestro nombre.

28. ¿Qué relación tiene con las medidas de apoyo?

Al establecerse las medidas de apoyo se pueden encargar medidas representativas. Es decir, que consideremos adecuado que, con una discapacidad presente o futura, alguien haga cosas en nuestro nombre.

La herramienta para incluir estas medidas representativas en nuestros medios de apoyo es el poder. Al tener en cuenta en el mismo esta situación, se combina con el resto de las medidas y en el sistema general de su manejo: se harán constar en el Registro Civil, el juez lo tendrá en cuenta a la hora de determinar si hace falta tomar medidas judiciales, se le aplicarán los criterios generales de estos medios de apoyo (respeto a la voluntad del poderdante aunque ya no pueda manifestarla, información a este, ayuda para formar su voluntad).

29. ¿Qué tipos de poder preventivo hay?

Hay dos clases de poder preventivo. El poder otorgado para ser usado mientras el poderdante tiene capacidad, en el que este otorga al apoderado las facultades más o menos amplias que tiene por conveniente y que el apoderado debe usar siguiendo las instrucciones del poderdante, pero en el que se incluye además una cláusula para que el poder continúe vigente aunque tenga lugar la discapacidad del poderdante que le impida actuar.

El otro tipo de poder preventivo es el que se otorga solo para el caso de discapacidad del poderdante. De manera que el apoderado solo puede usarlo cuando acredite que el poderdante se encuentra en una situación de discapacidad. El poderdante es el que dirá cómo y cuándo se puede justificar que se puede usar el poder, es decir, que tiene esa discapacidad suficiente para que otro empiece a ocuparse de los asuntos que se detallan en el poder. Para dar seguridad en este tema, la nueva ley permite que se utilice un acta notarial para justificar que tal circunstancia ha tenido lugar.

30. ¿Cómo se hace este poder preventivo?

El poder constará en escritura pública y se inscribirá en el Registro Civil. Por lo tanto, se acudirá al notario para su elaboración, y luego este se encargará de comunicarlo al Registro.

Al hacer la escritura, es probable que el poderdante necesite apoyos para comprender y saber lo que quiere. Para ello el notario será un primer apoyo institucional. A través de él cumple el Estado la obligación de que su creación sea controlada por una autoridad, según recuerda la Convención.

Además, se podrán utilizar los apoyos que se considere oportuno, probablemente parientes o las personas con quien conviva o se encarguen de él, que tienen más fácil tal ayuda dado que le conocen y normalmente tiene mayor facilidad para comunicarse con él.

31. Y si se dictan medidas judiciales de apoyo ¿el poder quedaría sin efecto?

No, para que el poder quede sin efecto tiene que ser expresamente revocado. Esta es la primera causa de pérdida de eficacia del poder. Recordemos que las medidas voluntarias son preferentes a las judiciales; estas solo se dictan a falta o por insuficiencia de las primeras, por lo que pueden convivir.

32. ¿Cómo se extingue el poder?

La primera causa, como en todos los poderes, es que el poderdante lo revoque. Pero además se puede extinguir:

Cuando se haya dado a su cónyuge o pareja de hecho, y se separen. Salvo que el poderdante quiera que siga, o que se separen por su internamiento.

Cuando el poderdante haya establecido esta medida dentro de los controles o salvaguardas que haya establecido.

Cuando el apoderado incurra en alguna de las causas de remoción del curador, principalmente conducirse mal en el desempeño del cargo, ineptitud notoria o problemas de convivencia graves. Todo ello, salvo que el poderdante establezca otra cosa.

33. En algunos casos a las personas mayores, cuando van a vivir a una residencia, les piden que designen a una persona que las represente ante el centro residencial en caso de que en un futuro pierdan o vean disminuidas sus facultades mentales. ¿Esta autorización tiene el mismo valor que el poder preventivo?

El poder preventivo es una de las medidas de apoyo voluntaria, y estas tienen que constar en escritura pública.

Sin embargo, estas autorizaciones ante el centro residencial pueden ser un soporte para justificar la existencia de una guarda de hecho, que es un medio de apoyo informal, no sujeto a formalidades. Un escrito firmado por una persona en plena capacidad es un buen medio para justificar que se actúa como guardador, al menos en el ámbito relacionado con la residencia.

34. ¿Y si el apoderado no respeta la voluntad de la persona que le da el poder?

Es conveniente indicar en el poder preventivo, además de la identidad del apoderado, la de alguna persona que ejerza una función de control o vigilancia de su actuación, o incluso que se precise el consentimiento de alguna persona además del apoderado para realizar ciertos actos de disposición de los bienes o para tomar decisiones de carácter sensible sobre su persona. Recordemos que se engarza dentro de una relación de mandato, que permite regular muchas más cosas que una simple lista de actos que puede realizar el apoderado, y es a la vez una medida de apoyo, con todas las consecuencias para su uso que de ello se derivan.

También podría apoyar una revocación del poder por desempeñarse mal en el ejercicio del cargo, porque ¿no supone un mal ejercicio no respetar las instrucciones recibidas o no cumplir la voluntad o preferencias del beneficiario de una medida de apoyo?

35. ¿Hay algún tipo de control institucional del uso del poder?

En principio, el Código dice que se le aplicarán las reglas de la curatela, salvo que el poderdante haya dispuesto otra cosa. Como lo que se quiere al establecer medidas voluntarias es evitar la judicialización de los apoyos (fianza, rendición de cuentas, autorizaciones judiciales para los mismos actos que se le encarga hacer...), la exclusión de estas medidas será muy común.

No obstante, el poderdante puede establecer salvaguardas para el ejercicio del poder, y una de las más efectivas puede ser la intervención judicial en alguno de los casos previstos para la curatela. Por ejemplo, autorizaciones para alguno de los actos autorizados, no necesariamente para todos (así, vender inmuebles por encima de un determinado valor, no para manejar una cartera de ahorros con sus correspondientes compras o ventas; internamiento fuera del lugar de residencia del interesado, etc.).

Ya se hace así por la ley en relación con los poderes anteriores a la reforma, en que no se aplicarán las autorizaciones para actos concretos pero sí el resto de las normas de la curatela.

36. ¿Qué significa que el apoderado sea el representante de la persona? ¿Toman decisiones en lugar de hacerlo ellas, las sustituyen?

A la vista de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, a la que se ha adecuado el ordenamiento jurídico español con la ley 8/2021, debemos tener en cuenta que en ella se reconoce capacidad jurídica a todas las personas y que para asegurar la igualdad de las personas con discapacidad con el resto de las personas, cada una de las medidas jurídicas previstas para atender a la situación de discapacidad de la persona (en concreto la autotutela y los poderes preventivos) ha de ser concebida como una medida de apoyo que se ejercerá teniendo en cuenta la opinión de las personas con discapacidad y no como un medio de sustitución.

Así pues, la representación que llevará a cabo el apoderado se basa en la voluntad del poderdante, y ha de ejercerse como un apoyo a la persona con discapacidad teniendo en cuenta el respeto a su voluntad y a sus preferencias. Será esta persona la que tomará sus propias decisiones, como regla general. Ahora bien, en los casos en que esta posibilidad de entender y decidir no exista, o que haya confiado su voluntad al apoderado, no queda más remedio que acudir a una sustitución de su voluntad que se habrá previsto por el propio interesado en un poder preventivo o, en su defecto, lo podrá hacer el juez con una curatela representativa. Este representante no debe hacer lo que él considera más adecuado, sino lo que haría el representado en cada caso.

La autocuratela

37. ¿Qué es la autocuratela?

La autocuratela es una figura mixta voluntaria (de las que se ha escrito hasta aquí), porque depende de una decisión personal, y judicial (de las que se escribirá a partir de esta sección), porque interviene en las medidas judiciales de apoyo. Y es muy antigua en nuestro Derecho.

Desde 1889, primera redacción del Código Civil, se admitía la posibilidad de nombrar tutor de otro por sus padres o por quien les dejara una herencia de importancia. Entonces la tutela se encomendaba a la familia. En 1983 se cambió a un sistema judicial en que el juez nombraba a los tutores, y se mantuvo la posibilidad de que los padres le dieran instrucciones acerca de los futuros tutores de sus hijos, menores o incapacitados, o "cualquier otra disposición" sobre su persona o bienes, que aquel debería cumplir salvo que, en beneficio del menor, decidiera otra cosa.

En 2003 se atendió a la autonomía de la voluntad para configurar la tutela (principal medida de apoyo entonces), se ampliaron las disposiciones que se podían incluir, y, sobre todo, se incluyó la posibilidad de establecerlas para uno mismo. En 2021 se ha mantenido la posibilidad de nombrar tutor de otro, referido a los hijos menores de edad, y por separado se ha regulado la autocuratela respecto de uno mismo, para el caso en que esté en necesidad de medidas judiciales de apoyo. Es una especie de medida voluntaria de apoyo, pero dirigida al juez cuando este tenga que completarlas o establecerlas respecto de nosotros mismos.

38. Mi autocuratela, ¿y la de otros?

Ya hemos visto que, de la antigua tutela, referida a los hijos, se ha llegado a la curatela, respecto de nosotros mismos para el caso de que esta sea necesaria. Aunque está en principio dirigida a la curatela, al permitirse que incluya "reglas de administración y disposición de sus bienes", se incorporan disposiciones acerca de la otra medida judicial de apoyo, el defensor judicial.

Dentro de este primer nivel debemos incluir una novedad importante: la de delegar en otro la elección de nuestro futuro curador entre las personas designadas por nosotros (nominativamente o en conjunto, por ejemplo, entre mis hijos Abundio y Basilio o "entre mis hijos").

II APOYOS EN LA TOMA DE DECISIONES

También podemos disponerla acerca de otros. Históricamente se refería a los propios hijos, y en la actualidad también se incluye la posibilidad de ejercer la autocuratela (realmente, sería heterocuratela) respecto del cónyuge, pareja conviviente o progenitores.

Pero la preferencia que otorga entre las personas de las cuales el juez nombrará curador ha cambiado. Hasta ahora, iba detrás de los designados por uno mismo, del cónyuge o los padres. Ahora, detrás de los designados por uno mismo van el cónyuge o pareja conviviente, los descendientes y los ascendientes, y después el designado por las personas que hemos indicado. Antes que el guardador de hecho, que si es alguno de los indicados como suele ser habitual, tendrá preferencia por motivo de su relación.

39. ¿Qué podemos disponer a través de la autocuratela?

En su origen se trataba de nombrar tutor. Luego la ley regulaba el contenido de lo que podía y tenía que hacer este, con sus límites y controles. Por lo tanto, la medida inicialmente citada por la norma es la de designar tutor (para nuestros hijos menores) o curador (para los mayores, incluidos nosotros mismos). Pero ya en la redacción cambiante de la norma se había ido ampliando el contenido.

Así, es también muy importante la posibilidad de disponer quién NO será nuestro curador. Incluso ante varios hijos, pero sobre todo parientes más alejados, podemos designar quién no se encargará de nuestro apoyo en el futuro.

Se podrán, además, establecer todo tipo de disposiciones sobre la curatela. Tengamos en cuenta que, especialmente ahora, el apoyo ha de hacerse a medida de nuestras habilidades y necesidades, voluntad y preferencias, de modo que resulta natural establecerlas. Si la medida se debe regular por el juez como sastre, nosotros podemos hacer el patrón y el diseño. Así se establece claramente en el Código Civil.

Respecto de delegar en otro, solamente se habla de designar tutor. Pero, como medida voluntaria, podemos pensar en permitirle establecer toda esa variedad de medidas que el juez debería completar con la curatela, respetándolas. No obstante, esto sería delegar el establecimiento de medidas, es decir, apoderarle para regular las medidas de protección. En suma, un poder preventivo (no debemos pensar que solo los poderes generales son preventivos, podemos delegar una o muy pocas facultades para el caso de nuestra necesidad de apoyos). Los poderes preventivos no son delegables sino para actos concretos, y las facultades que tengan por objeto la protección de la persona, expresamente, no lo serán. Creo que el configurar nuestra curatela entraría dentro de ellas, por lo tanto, solo se podrá encomendar la facultad de nombrar tutor o, consecuentemente, a quién no nombrar. Otros contenidos deberán fijarlos el propio interesado o el juez.

40. ¿Las medidas contenidas en la autocuratela obligan al juez que constituye la medida judicial de apoyo?

Las medidas contenidas en la autocuratela son obligatorias para el juez que constituye la medida judicial de apoyo.

Hasta ahora el juez, en beneficio del menor o del incapacitado, podía prescindir de las medidas propuestas en resolución motivada. Es decir, si pensaba que era mejor otra disposición.

Ahora el enfoque ha cambiado. Todas las medidas, voluntarias o judiciales, deben respetar la voluntad y preferencias del sujeto que las necesita. Lo que quiere la persona queda por encima de "lo que es mejor, en mi opinión, para él". De modo que la norma sobre autotutela ha cambiado también. El juez podrá prescindir de ellas, en resolución motivada, pero solo en el caso de que haya "circunstancias graves desconocidas por la persona que las estableció o alteración de las causas expresadas por ella o que presumiblemente tuvo en cuenta en sus disposiciones". Solo en estos supuestos puede prescindir de ellas.

41. ¿Podemos delegar en otro nuestras medidas de apoyo?

La forma de configurar nuestras medidas de apoyo es a través del documento notarial que se ha visto; para las medidas representativas, el poder preventivo, que es delegable. Por lo tanto, si la norma de autotutela habla solo de delegar la designación de curador, no podremos delegar en otro que configure nuestras futuras medidas de apoyo, pues estaríamos autorizándole para delegar facultades que solo nosotros podemos ejercitar.

42. ¿Cómo se hace la autotutela?

Estamos ante una medida de apoyo mixta voluntaria y judicial. Estas medidas siempre deben establecerse en título público (escrituras o documentos judiciales, autos o sentencias) e inscribirse en el Registro Civil. Ello es así por aplicación de las normas generales y, además, por disposición expresa de las normas que la regulan, que dicen que "... podrá proponer en escritura pública el nombramiento ...". Por aplicación de las normas generales al respecto, se publicará en el Registro Civil, al que comunicará el notario su otorgamiento.

43. ¿Cuándo deviene ineficaz la autotutela?

Ya hemos visto que el juez estaba obligado a respetar las disposiciones adoptadas en ejercicio de la autotutela, y en qué limitadas circunstancias podía prescindir de ellas.

Además, hay una serie de personas que son inhábiles para ser curadores. (se verán al tratar la tutela). Entre estos, unos simplemente "no podrán ser curadores", mientras que a otros la "autoridad judicial no podrá nombrar curador, salvo circunstancias excepcionales debidamente motivadas". Entre estos últimos se encuentran quienes tengan conflicto de intereses con el tutelado, que pueden ser parientes bastante cercanos en los que se puede confiar para esta función.

En este caso, si aun así se quiere que sean nuestros tutores, se puede utilizar la escritura de designación de curador para autorizarles a serlo y exponer los motivos, de modo que se justifiquen esas circunstancias excepcionales, con base en nuestra voluntad.

3-LA GUARDA DE HECHO

44. ¿Qué es la guarda de hecho?

La guarda de hecho es una situación fáctica que se da cuando una persona asume la protección de una persona con discapacidad o la administración de sus bienes, sin que exista alguna medida voluntaria (poder, por ejemplo) o judicial (curatela) que faculten al guardador.

Es una situación muy habitual en la práctica. En muchas ocasiones, una persona con discapacidad que necesita apoyos o una persona de edad muy avanzada tiene a un familiar, una pareja, un vecino o un amigo, que actúan como ese apoyo que necesitan en la toma diaria de decisiones o en el cuidado, sin que haya una modificación judicial de capacidad previa (por ejemplo, una persona mayor con Alzheimer, que tiene una hija o un hijo que la atiende y vela por sus cuidados y sus bienes).

La ley 8/2021 señala la guarda de hecho como una importante medida de apoyo. La define como una medida informal de apoyo que puede existir cuando no haya medidas voluntarias o judiciales que se estén aplicando eficazmente.

Normalmente, los guardadores de hecho son los familiares cercanos (padres/madres, hijos/hijas, hermanos/hermanas, etc.), aunque a veces son personas allegadas (vecinos/vecinas, amigos/amigas).

45. ¿Cuáles son las funciones del guardador de hecho?

Sus funciones se pueden dar tanto en el ámbito personal como en el patrimonial:

- En el personal, podrá el guardador cuidar de la persona con discapacidad, procurándole alimentos, asistencia médica; solicitar servicios asistenciales (ayuda domiciliaria, unidades de día, centros residenciales); pedir intervenciones sanitarias y recibir información médica.
- En el patrimonial, puede administrar los bienes de la persona con discapacidad; realizar pequeños gastos ordinarios, como el pago de los suministros (luz, agua, gas, teléfono).

El guardador de hecho no es el representante legal de la persona con discapacidad, pero excepcionalmente podrá actuar como tal en determinados casos. Si la persona con discapacidad necesita vender un piso o pedir un préstamo por ejemplo, el guardador de hecho podrá solicitar una autorización judicial para actuar como el representante de la persona con discapacidad en ese acto.

Para conceder esa autorización deberá el juez comprobar quién es efectivamente el guardador de hecho, así como que el acto es necesario.

46. ¿Cómo se controla la guarda de hecho?

El juez podrá pedir en cualquier momento al defensor judicial que informe de su actuación y establecer las medidas de control y vigilancia que considere oportunas.

Además, podrá exigir que el guardador rinda cuentas de su actuación en cualquier momento.

47. ¿Qué pasa con los gastos del guardador, derivados del ejercicio de la guarda?

El guardador tiene derecho al reembolso de los gastos justificados y a la indemnización por los daños derivados de la guarda, a cargo de los bienes de la persona a la que presta apoyo.

Como hemos dicho, el juez podrá exigir que rinda cuentas de esos reembolsos.

48. ¿Cuándo finaliza la guarda de hecho?

1. Cuando la persona a quien se preste apoyo solicite que este se organice de otro modo.
2. Cuando desaparezcan las causas que la motivaron (por fallecimiento de la persona con discapacidad, por ejemplo).
3. Cuando el guardador desista de su actuación.
4. Cuando, a solicitud del Ministerio Fiscal o de quien se interese por ejercer el apoyo de la persona bajo guarda, la autoridad judicial lo considere conveniente. Es el caso en que el guardador de hecho no lo hace correctamente, y se hace necesario solicitar una medida judicial de apoyo.

4-MEDIDAS JUDICIALES DE APOYO

Introducción

49. ¿Qué es una medida judicial de apoyo?

Se produce cuando existe un conflicto, controversia o problema que dificulta o impide el funcionamiento de la medida de apoyo. Hablamos entonces de "barreras", bien derivadas de la actitud de las personas, bien relativas al entorno físico.

Cuando no existe otro modo de resolver el asunto, se hace preciso acudir al juez para que adopte las "salvaguardas" que considere necesarias para asegurar el logro efectivo del derecho, atender la necesidad, lograr el objetivo, prevenir el riesgo, etc.

II APOYOS EN LA TOMA DE DECISIONES

Estas medidas judiciales pueden ser muy variadas, por ejemplo:

- 1.- Establecer un seguimiento del asunto con obligación de informar periódicamente al juzgado.
- 2.- Atribuir el apoyo sobre un determinado asunto a uno de los familiares o allegados de la persona con discapacidad.
- 3.- Declarar la existencia de una guarda de hecho, con las facultades de actuación inherentes a esta figura, frente a aquella persona, institución o entidad que niegue tal condición y facultades de actuación.
- 4.- Atribuir el apoyo sobre un determinado asunto a uno de los varios guardadores de hecho en conflicto.
- 5.- Nombrar un administrador provisional de bienes y patrimonio
- 6.- Nombrar un curador asistencial para que coopere y auxilie a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.
- 7.- Nombrar un curador representativo para que preste un apoyo intenso a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

50. ¿A qué otras medidas de apoyo se debe acudir antes que a las judiciales?

Acudir al juez debe ser la última opción, el último recurso. Antes hay que utilizar y por este orden:

1º.- Las posibilidades que ofrece el sistema voluntario a través de los instrumentos de autoapoyo, fundamentalmente la manifestación directa de la voluntad para que surta efectos en este momento o en el futuro.

El instrumento de autonomía por excelencia es el poder preventivo que puede otorgarse para que surta sus efectos desde el momento del otorgamiento o para que lo haga en el futuro si llega a presentarse la situación de necesitar apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica.

El poder preventivo se otorga en escritura pública, ante notario.

Sería muy bueno que el poder viniera precedido por un contrato de mandato.
El mandato expresa el acuerdo interno/intimo entre poderdante y apoderado.

También, si se considera oportuno, se puede otorgar testamento coordinando y haciendo coherentes los tres documentos: mandato, poder preventivo y testamento.

2º.- Utilizar todas las facultades y posibilidades que ofrece la guarda de hecho.

Quienes de modo estable se ocupan de la persona necesitada de apoyo están habilitados por la ley, sin necesidad de autorización judicial, para apoyar o realizar todos los actos cotidianos, propios del "día a día", en general económicamente poco relevantes para la persona con discapacidad.

Solo necesitarán la autorización previa en relación con actos graves, de relevancia personal o patrimonial, que la ley contempla expresamente.

51. ¿Hay malas prácticas de personas y/o entidades que lleven a los familiares a acudir a los juzgados?

Sí, existen malas prácticas, tanto en el ámbito privado como en el público.

En el ámbito privado:

Son frecuentes en el ámbito de la banca, cuando se exige autorización judicial al guardador de hecho para realizar actuaciones intrascendentes como cancelar una cuenta, hacer un cambio de domiciliación, extracciones de dinero de escasa cuantía, etc....

Los familiares o guardadores no ven otra salida que acudir al juzgado cuando, de acuerdo con la ley, esto no es necesario.

En el ámbito público:

En el ámbito sanitario se producen también remisiones al juzgado cuando lo relativo a los apoyos está regulado en la Ley de Autonomía del Paciente (Ley 41/2002), sin que se precise la intervención judicial.

En lo que se refiere a la atención en salud mental se detectan malas prácticas cuando se remite al juzgado la organización de los ingresos involuntarios complejos porque el paciente se encuentra solo en la casa, presenta conductas disruptivas, etc...

Estas situaciones deben ser abordadas y resueltas por los propios dispositivos sanitarios para lo cual pueden pedir el auxilio de agentes de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, pero no abandonar la operación cuando se presenten las circunstancias señaladas.

En el ámbito asistencial, además de con motivo de algún ingreso involuntario complejo como el anteriormente apuntado, la mala práctica más extendida es remitir el asunto a los juzgados y fiscalías ante la ausencia de plazas residenciales.

A su vez, debe considerarse mala práctica judicial, el asumir estas peticiones y que la resolución judicial sea determinante de la adjudicación de la plaza.

52. ¿Cuáles son las principales medidas judiciales de apoyo?

Sin perjuicio de otras medidas puntuales o provisionales anteriormente señaladas, las principales medidas judiciales de apoyo son dos: la curatela y el defensor judicial.

La curatela

Es una medida formal de apoyo que se aplicará a quienes precisen el apoyo de modo continuado siempre que, de acuerdo con los principios de necesidad y proporcionalidad, desborde la eficacia y las posibilidades de actuación de los instrumentos voluntarios de apoyo (poder preventivo) o de la guarda de hecho.

II APOYOS EN LA TOMA DE DECISIONES

La ley contempla dos clases de curatela:

1.- La curatela ordinaria o asistencial: se trata de un mero apoyo o "asistencia" que no llega a la "representación", en la medida en que el curatelado retiene y conserva el ejercicio de su capacidad jurídica, si bien necesitado de un cierto apoyo o colaboración de un tercero, el curador.

2.- La curatela representativa: se contempla con carácter excepcional para aquellos casos en que la afectación de facultades de la persona es tan intensa que para el ejercicio efectivo de su capacidad jurídica no es suficiente la mera asistencia.

La ley regula la constitución, excusa, conflicto de intereses, remoción, obligaciones, prohibiciones, retribución, rendición de cuentas, extinción, etc.

El defensor judicial

Se utiliza para atender situaciones de provisionalidad, riesgos o conflictos de intereses entre el curador y la persona necesitada de apoyo.

Una vez pasadas estas situaciones el defensor cesa en su función.

53. ¿Cómo se adoptan las medidas judiciales de apoyo?

Toda resolución judicial requiere y depende de un procedimiento previo. Este puede ser más sencillo o más complejo.

Cuando nadie se opone a la adopción de la medida se sigue un procedimiento sencillo, denominado "Expediente de Jurisdicción Voluntaria" para el cual no es necesario contar con profesionales del derecho, esto es, con abogado y procurador, pudiendo presentarse directamente en el juzgado. La ley prevé que se pueda facilitar a los particulares unos formularios/modelos para realizar este tipo de peticiones.

Cuando existe oposición, es decir, cuando alguna persona con interés legítimo se oponga a la adopción de la medida de apoyo o a los términos de esta, entonces el trámite se hace mediante un proceso (juicio verbal) con sus distintas fases de alegaciones, vista y prueba, para el que se precisa contar con asistencia letrada y procurador.

54. ¿Son revisables y reversibles las medidas judiciales de apoyo?

Hay que distinguir dos situaciones:

1.- Las establecidas antes de la entrada en vigor de la Ley 8/2021

Las personas con capacidad modificada judicialmente, los declarados pródigos, los progenitores que ostenten la patria potestad prorrogada o rehabilitada, los tutores, los curadores, los defensores judiciales y los apoderados preventivos podrán solicitar en cualquier momento de la autoridad judicial la revisión de las medidas que se hubiesen establecido con anterioridad a la entrada en vigor de la presente ley, para adaptarlas a esta. La revisión de las medidas deberá producirse en el plazo máximo de un año desde dicha solicitud.

Para aquellos casos donde no haya existido la solicitud mencionada en el párrafo anterior, 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.

2.- Las establecidas después de la entrada en vigor de la Ley 8/2021

Las medidas judiciales adoptadas deberán revisarse una vez transcurridos tres años, si bien este periodo puede ser prorrogado por otros tres.

La curatela

55. ¿Qué es la curatela?

Tradicionalmente la curatela era la institución de guarda que se establecía cuando se modificaba de forma parcial la capacidad de una persona. Y ello porque la persona conservaba cierto grado de autogobierno o autonomía, que le permitía adoptar las decisiones más sencillas sobre su persona y/o bienes. La curatela ha alcanzado tras la Convención una gran importancia ya que, según nuestro Tribunal Supremo, es la figura de protección que más se adapta a la Convención. Por ello, la reforma la incluye en las instituciones jurídicas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas que lo precisen junto a la guarda de hecho y al defensor judicial.

La función de las instituciones de apoyo consistirá en asistir a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica en los ámbitos en los que sea preciso, respetando su voluntad, deseos y preferencias.

La curatela es una medida formal de apoyo que se aplicará a quienes precisen el apoyo de modo continuado. Debe quedar reservada para aquellos supuestos en los que exista complejidad respecto a los actos a realizar y que estos se deban prolongar en el tiempo. Su extensión vendrá determinada en la correspondiente resolución judicial en armonía con la situación y circunstancias de la persona con discapacidad y con sus necesidades de apoyo.

56. ¿Que clases de curatela existen?

Podemos distinguir dos tipos de curatela la asistencial, que será la habitual, y la representativa en la que el juez puede establecer que el curador pueda actuar en representación de la persona con discapacidad en casos concretos. Esta solo se establecerá en los casos estrictamente necesarios y siempre de forma proporcionada a la persona con discapacidad.

57. ¿Cómo se constituye la curatela?

Se constituirá en resolución motivada cuando no exista otra medida de apoyo suficiente para la persona con discapacidad.

El juez, en sentencia o en otra resolución posterior, establecerá las medidas de control que estime oportunas para garantizar los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona que precisa el apoyo, así como para evitar los abusos, los conflictos de intereses y la influencia indebida. Podrá exigir en cualquier momento que el curador informe sobre la situación personal o patrimonial. Es necesario comprobar si existen previsiones de la propia persona adoptadas en escritura pública e inscritas en el Registro Civil, tal y como se ha señalado con anterioridad.

El Ministerio Fiscal podrá recabar en cualquier momento la información que considere necesaria a fin de garantizar el buen funcionamiento de la curatela.

58. ¿A quién se puede nombrar curador?

Podrán ser curadores las personas mayores de edad que, a juicio de la autoridad judicial, sean aptas para el adecuado desempeño de su función. También las fundaciones y demás personas jurídicas, sin ánimo de lucro, públicas o privadas, entre cuyos fines figure la promoción de la autonomía y asistencia a las personas con discapacidad.

No podrá nombrarse curador, por incurrir en causa de inhabilidad para el ejercicio de la curatela, a las personas siguientes:

1. A quien haya sido excluido por la persona que precise apoyo.
2. A quien haya sido condenado por cualquier delito que haga suponer fundadamente que no desempeñará bien la curatela.
3. A quien tenga conflicto de intereses con la persona que precise apoyo.
4. A quien le sea imputable la declaración como culpable de un concurso, salvo que la curatela lo sea solamente de la persona.

Es importante tener en cuenta la autonomía y la voluntad de la persona necesitada de apoyo, por lo que se preferirá a quien haya sido propuesto para su nombramiento por ella (o por la persona en quien esta hubiera delegado) salvo causa de inhabilidad.

En defecto de tal propuesta, la autoridad judicial nombrará curador:

1.º A quien haya sido propuesto por la persona que precise apoyo o por la persona en quien esta hubiera delegado.

En defecto de tal propuesta, la autoridad judicial nombrará curador:

2.º Al cónyuge, o a quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, siempre que convivan con la persona que precisa el apoyo.

3.º Al hijo o descendiente. Si fueran varios, será preferido el que de ellos conviva con la persona que precisa el apoyo.

4.º Al progenitor o, en su defecto, ascendiente. Si fueran varios, será preferido el que de ellos conviva con la persona que precisa el apoyo.

5.º A la persona o personas que el cónyuge o la pareja conviviente o los progenitores hubieran dispuesto en testamento o documento público.

6.º A quien estuviera actuando como guardador de hecho.

7.º Al hermano, pariente o allegado que conviva con la persona que precisa la curatela.

8.º A una persona jurídica en la que concurren las condiciones indicadas en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo anterior.

La autoridad judicial podrá alterar el orden del apartado anterior, una vez oída la persona que precise apoyo. Cuando no resultare clara su voluntad, se podrá alterar el orden legal, nombrando a la persona más idónea para comprender e interpretar su voluntad, deseos y preferencias.

Pueden ser varios los curadores si la voluntad y necesidades de la persona que precisa el apoyo lo justifican. Podrán separarse como cargos distintos los de curador de la persona y curador de los bienes. Si son varias personas, la autoridad judicial establecerá el modo de funcionamiento, respetando la voluntad de la persona que precisa el apoyo.

59. ¿Cuál es la función del curador?

La misión del curador es asistir a la persona con discapacidad y complementar su capacidad, en aquellos actos que no pueda realizar por sí misma. Los actos en que se considera necesaria la intervención del curador deben quedar delimitados en la sentencia que haya establecido la curatela. En general, los actos que puede realizar el curador en asistencia de la persona con discapacidad cuando dicha asistencia es de carácter representativo requiere autorización judicial en los siguientes casos:

1.º Para enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios de los menores o curatelados, o celebrar contratos o realizar actos que tengan carácter dispositivo y sean susceptibles de inscripción. Se exceptúa la venta del derecho de suscripción preferente de acciones.

II APOYOS EN LA TOMA DE DECISIONES

- 2.º Para renunciar derechos, así como transigir o someter a arbitraje cuestiones en que el tutelado estuviese interesado.
- 3.º Para aceptar sin beneficio de inventario cualquier herencia, o para repudiar esta o las liberalidades.
- 4.º Para hacer gastos extraordinarios en los bienes.
- 5.º Para entablar demanda en nombre de los sujetos a tutela, salvo en los asuntos urgentes o de escasa cuantía.
- 6.º Para ceder bienes en arrendamiento por tiempo superior a seis años.
- 7.º Para dar y tomar dinero a préstamo.
- 8.º Para disponer a título gratuito (regalar) de bienes o derechos del tutelado.
- 9.º Para ceder a terceros los créditos que el tutelado tenga contra él, o adquirir a título oneroso (comprar) los créditos de terceros contra el tutelado.

En general, la curatela se limita a la administración de los bienes. En estos casos, el curador asistirá a la persona con discapacidad en la administración ordinaria y, también, en la realización de negocios jurídicos que el curatelado por sí no puede efectuar. Esto supone que para firmar escrituras públicas o suscribir contratos, debe intervenir el curador junto con el curatelado, impidiendo así que otras personas puedan aprovecharse de su falta de conocimientos. Cuando la persona tiene baja capacidad económica esta curatela carece de verdadera utilidad. Otras veces, la curatela se refiere a la esfera estrictamente personal, y requiere del curador la asistencia, por ejemplo, para el seguimiento del tratamiento médico por parte del curatelado. Tiende a someterse a esta clase de curatela a las personas que padecen enfermedades que, si bien *a priori* las discapacitan, pueden controlarse a través de un tratamiento farmacológico, permitiéndoles llevar una vida normal. Las dificultades surgen cuando la persona no tiene conciencia de su enfermedad o simplemente, cuando se niega a tomar la medicación ya que, este sistema de protección es de muy difícil ejecución.

60. El curador ¿representa al curatelado?

No, el curador solo asiste al curatelado, solo le presta su apoyo para que pueda intervenir en el tráfico jurídico. Esto significa que hay que tener en cuenta básicamente la opinión de la persona sometida a curatela que es la que debe tener en principio la iniciativa actuando la curadora solo dando su visto bueno. En el caso de que la postura del curatelado se considere por el curador ilógica, deberá acudir al juez para que este decida lo más adecuado. Hoy debemos tener en cuenta que la Convención rehúye toda sustitución de voluntad y se aleja de toda tutela representativa, manifestando que solo debe darse el apoyo concreto en la toma de decisiones.

Excepcionalmente, y solo cuando sea estrictamente imprescindible, el juez puede autorizar al curador para representar al curatelado en casos concretos.

61. ¿El curador tiene derecho a una retribución?

Si, tiene derecho a una retribución, siempre que el patrimonio lo permita, así como al reembolso de los gastos justificados y a la indemnización de los daños sufridos sin culpa por su parte en el ejercicio de su función, cantidades que serán satisfechas con cargo a dicho patrimonio.

Corresponde a la autoridad judicial fijar su importe y el modo de percibirlo, para lo cual tendrá en cuenta el trabajo a realizar y el valor y la rentabilidad de los bienes.

Se deberá oír al solicitante, a la persona con discapacidad, al menor si tuviera suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, al Ministerio Fiscal y a cuantas personas considere oportuno. Tanto el juez como los interesados o el Ministerio Fiscal podrán proponer las diligencias, informes periciales y pruebas que estimen oportunas.

62. ¿Qué obligaciones tiene el curador?

El curador tomará posesión de su cargo ante el letrado de la Administración de Justicia. Obligaciones concretas:

- 1.- Mantener contacto personal con la persona a la que va a prestar apoyo y a desempeñar las funciones encomendadas con la diligencia debida.
- 2.-Asistir a la persona a la que preste apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica respetando su voluntad, deseos y preferencias.
- 3.-Procurar que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones.
- 4.-Procurar fomentar las aptitudes de la persona a la que preste apoyo, de modo que pueda ejercer su capacidad con menos apoyo en el futuro.
- 5.- Hacer inventario en un plazo de 60 días desde su toma de posesión. Cuando el nombrado fuera administrador de los bienes, presentará inventario de los bienes de la persona afectada en el plazo de los sesenta días siguientes. Hasta que se apruebe el inventario de bienes, en su caso, la persona nombrada quedará a cargo del cuidado de la persona con discapacidad y de la administración de su caudal, según proceda, bajo las garantías que parecieren suficientes al juez.

El administrador del caudal presentará, dentro del plazo otorgado, el inventario de bienes, que contendrá la relación de los bienes del afectado, así como las escrituras, documentos y papeles de importancia que se encuentren. A continuación, el letrado de la administración de justicia fijará día y hora para su formación y citará a los interesados, a las personas afectadas si tuvieran suficiente madurez y, en todo caso, al menor si tuviere más de 12 años y al Ministerio Fiscal.

Si hay controversia sobre la inclusión o exclusión de bienes en el inventario se celebrará una vista, continuando la tramitación con arreglo a lo previsto para el juicio verbal, suspendiéndose su formación hasta que la misma sea resuelta.

La sentencia que se pronuncie sobre la inclusión o exclusión de bienes en el inventario dejará a

II APOYOS EN LA TOMA DE DECISIONES

salvo los derechos de terceros.

6.- Se le podrá exigir al curador prestar fianza. El juez, en la resolución por la que constituya la curatela o en otra posterior, podrá exigir al curador de modo excepcional la constitución de fianza que asegure el cumplimiento de sus obligaciones, debiendo determinar, en tal caso, la modalidad y cuantía de esta.

También podrá con posterioridad, de oficio o a instancia de parte interesada, dejar sin efecto o modificar en todo o en parte la fianza que se hubiera prestado, tras haber oído al curador, a la persona con discapacidad que precise medidas de apoyo, al menor si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si tuviere más de doce años, y al Ministerio Fiscal.

7.- Sin perjuicio de la rendición periódica de cuentas, cuando cese en sus funciones deberá presentar una cuenta final en el plazo de 3 meses.

El curador será responsable de los daños causados por su culpa o negligencia a la persona a la que presta apoyo.

63. ¿Cómo se nombra un curador?

El curador será nombrado por el juez del domicilio donde resida la persona con discapacidad. Este proceso puede promoverlo la propia persona interesada, su cónyuge no separado de hecho o legalmente o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, su descendiente, ascendiente o hermano. En defecto de los anteriores el Ministerio Fiscal.

No será preceptiva la intervención de abogado y procurador, salvo en los procesos relativos a la remoción del curador y a la extinción de poderes preventivos, en los que será necesaria la intervención de abogado.

En el proceso se realizarán las siguientes pruebas obligatorias: audiencia de persona necesitada de apoyos, de los familiares cercanos y dictamen pericial completo.

El órgano judicial que haya conocido de un expediente sobre tutela, curatela o guarda de hecho, será competente para conocer de todas las incidencias, trámites y adopción de medidas o revisiones posteriores, siempre que el menor o persona con discapacidad resida en la misma circunscripción. En caso contrario, para conocer de alguna de esas incidencias, será preciso que se pida testimonio completo del expediente al juzgado que anteriormente conoció del mismo, el cual lo remitirá en los diez días siguientes a la solicitud.

Deberá expresarse el hecho que dé lugar a la necesidad de la curatela, documentos acreditativos de la legitimación e indicar los parientes más próximos de la persona y sus domicilios, certificado de nacimiento de esta y, en su caso, el certificado de últimas voluntades de los progenitores, el testamento o documento público notarial otorgado por estos en los que se disponga sobre la curatela de sus hijos, o el documento público notarial otorgado por la propia persona con discapacidad en el que se hubiera dispuesto en previsión sobre su propia curatela u otras medidas de apoyo voluntarias.

Se celebrará una comparecencia en que se oirá al promotor, a la persona cuya designación se pro-

ponga si fuera distinta al promotor, a aquel cuya curatela se pretenda constituir, a los parientes más próximos, al Ministerio Fiscal, y a cuantas personas se considere oportuno.

En la resolución se adoptarán las medidas de fiscalización de la curatela establecidas por los progenitores en testamento o documento público notarial, o por el propio afectado en el documento público notarial otorgado al respecto salvo que sea otro el interés de la persona afectada. El juez podrá acordar las medidas de vigilancia y control oportunas, así como exigir al tutor o curador informe sobre la situación personal del menor o persona con discapacidad y el estado de la administración de sus bienes.

El juzgado remitirá testimonio al Registro Civil correspondiente tanto de la resolución dictada como del acta de la posesión del cargo.

64. ¿Puede un curador excusarse de su cargo?

Sí, y deberá presentar sus alegaciones dentro del plazo de quince días desde que tenga conocimiento del nombramiento. No obstante, si el motivo de la excusa le sobreviniere durante su ejercicio, podrá alegarlo en cualquier momento, salvo que sea una persona jurídica, siempre que hubiera una persona de parecidas condiciones para sustituirle.

Se podrá admitir la excusa del curador previa celebración de comparecencia, en la que necesariamente se oirá a la persona que se excuse, a la que le vaya a sustituir en el cargo y al afectado si tuviere suficiente madurez.

Quien haya solicitado la renuncia estará obligado a ejercer la función y, de no hacerlo, se nombrará un defensor que le sustituya, quedando el sustituido responsable de todos los gastos ocasionados por la excusa si esta fuera rechazada.

Admitida la excusa se procederá al nombramiento de nuevo curador, debiéndose remitir la correspondiente comunicación al Registro Civil.

65. ¿Debe el curador hacer rendición de cuentas?

Sí, el curador debe emitir informes sobre la situación personal de la persona con discapacidad o de rendiciones de cuentas de su actuación económica.

El letrado de la administración de justicia trasladará estos informes a la persona con discapacidad, a aquellos que aparecieran como interesados en el expediente y al Ministerio Fiscal.

Si alguno de los anteriormente mencionados lo solicitara en el plazo de diez días, se citará a todos ellos a una comparecencia, pudiéndose proponer de oficio o a instancia de parte las diligencias y pruebas que se estimen oportunas.

Podrá ordenar el juez de oficio, a costa del patrimonio del asistido, una prueba pericial contable o de

II APOYOS EN LA TOMA DE DECISIONES

auditoría aun cuando nadie haya solicitado la comparecencia, si en el informe se describieran operaciones complejas o que requieran una justificación técnica.

Celebrada o no la comparecencia, el juez resolverá por medio de auto sobre los informes y la rendición de cuentas.

Estas disposiciones serán de aplicación en los supuestos de rendición final de cuentas por extinción de la curatela, debiendo ser presentada, en su caso, en el plazo de tres meses desde el cese del cargo, prorrogables por el tiempo que fuere necesario si concurre justa causa. En estos casos también se oirá, si procediera, al nuevo curador y a los herederos del tutelado o asistido, en su caso.

La aprobación judicial de las cuentas presentadas no impedirá el ejercicio de las acciones que recíprocamente puedan asistir al curador y al sujeto a curatela o a sus causahabientes por razón de la curatela.

66. ¿Se puede remover a un curador?

De oficio, a solicitud del Ministerio Fiscal, del sujeto a curatela o de otra persona interesada, se podrá acordar la remoción del curador, previa celebración de comparecencia. En esta se oirá al curador, a las personas que puedan sustituirle en el cargo, a la persona con discapacidad, y al Ministerio Fiscal.

Si se suscitare oposición, el expediente se hará contencioso y el letrado de la Administración de Justicia citará a los interesados a una vista, continuando la tramitación con arreglo a lo previsto para el juicio verbal.

Durante la tramitación del expediente de remoción, el juez podrá suspender al curador en sus funciones y el letrado de la Administración de Justicia nombrará al sujeto a curatela un defensor judicial.

El juez acordará lo procedente, nombrando un nuevo curador conforme a la legislación civil, debiendo remitir la correspondiente comunicación al Registro Civil.

El defensor judicial.

67. ¿Qué es el defensor judicial?

El Código Civil enumera el defensor judicial, junto con la guarda de hecho y la curatela, como una de las medidas de apoyo no voluntarias a las personas con discapacidad.

Tiene un carácter transitorio o provisional y está previsto para aquellos casos en los que sea necesario un apoyo puntual a la persona con discapacidad ya sea porque quien está llamado a prestarlo aún no ha sido nombrado, no puede prestarlo de manera transitoria o existe conflicto de intereses entre quien presta el apoyo y la persona con discapacidad.

Concretamente, el defensor judicial será nombrado cuando quien haya de prestar apoyo no pueda

prestarlo de manera puntual (por ejemplo, por una enfermedad grave): cuando existe conflicto de intereses entre el curador y la persona con discapacidad en un acto concreto; cuando se está tramitando un procedimiento judicial de provisión de apoyos y es preciso administrar provisionalmente el patrimonio de la persona con discapacidad, y mientras se resuelve la excusa del curador si se considera necesario o cuando la persona con discapacidad precise apoyos para actos puntuales pero recurrentes.

También se nombrará defensor judicial de la persona con discapacidad en los procedimientos judiciales de provisión de apoyos, en el expediente de jurisdicción voluntaria de provisión de apoyos o, si este finaliza por oposición, en el posterior procedimiento judicial de provisión de apoyos.

En el expediente de jurisdicción voluntaria de provisión de apoyos, si no es previsible que la persona con discapacidad pueda comparecer designando por sí misma abogado y procurador, se le nombrará defensor judicial que, si así lo desea, podrá designar abogado y procurador aunque no es preceptivo.

Igualmente, se nombrará defensor judicial de la persona con discapacidad demandada en el procedimiento judicial de provisión de apoyos si hubiese finalizado por oposición el expediente de jurisdicción voluntaria previo. En estos procedimientos, si la persona con discapacidad demandada no contesta a la demanda en el plazo de 20 días se le nombrará un defensor judicial para que actúe en el procedimiento asumiendo la defensa de los derechos de la persona con discapacidad demandada y tendrá que intervenir con abogado y procurador si quiere contestar a la demanda, aunque puede no hacerlo. Esta figura solo será necesaria cuando la demanda haya sido interpuesta por el Ministerio Fiscal; si el procedimiento se inicia a instancia de otra persona, será el fiscal quien vele por el respeto a la voluntad, deseos, preferencias y derechos de la persona con discapacidad demandada.

68. ¿Quién lo nombra?

El defensor judicial es nombrado por el letrado de la Administración de Justicia o la autoridad judicial, según los casos. Para su designación, deberán tenerse en cuenta la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad.

69. ¿Quién puede ser defensor judicial?

Cualquier persona puede ser designada defensor judicial. Un familiar, un allegado, un abogado o incluso la entidad pública que asuma en el territorio los apoyos a las personas con discapacidad pueden ser designados para este cargo. Para su designación, deberán tenerse en cuenta la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad. Asimismo, será preferentemente alguien cercano a esta última que pueda conocer su trayectoria vital y sus intereses.

Le son de aplicación las causas de inhabilidad, remoción y excusa previstas para los curadores. En cualquier caso, no podrá ser designada persona que, por un contrato, preste servicios asistenciales o residenciales a la persona que precisa apoyo.

70. ¿Cuáles son sus funciones?

El defensor judicial tendrá las funciones que haya designado la resolución en la que se le nombra. Si ha sido nombrado por imposibilidad transitoria del curador para prestar el apoyo, normalmente tendrá las mismas funciones que el curador al que sustituye. Si ha sido designado por existir un conflicto de intereses entre curador y persona con discapacidad en un acto jurídico concreto, su actuación se limitará a este acto (por ejemplo, intervenir en la firma de la escritura pública de una partición hereditaria o de la venta de un bien inmueble). Si ha sido designado para administrar provisionalmente los bienes de la persona con discapacidad mientras se tramita el procedimiento judicial de apoyos, su función se limitará a esta administración.

El defensor judicial nombrado en aquellos casos en los que la persona con discapacidad demandada no se ha personado en los distintos procesos judiciales de provisión de apoyos, deberá intervenir en el proceso en defensa de los intereses de esta.

En todos los casos, el defensor deberá actuar para que se respeten los derechos de la persona con discapacidad teniendo como guía la voluntad, deseos y preferencias de la persona a la que defiende.

71. ¿Cuándo finaliza su actuación?

Su actuación finaliza, según los casos, cuando se lleva a cabo el acto o negocio jurídico para el que fue designado, cuando se nombra un curador que actúe como apoyo permanente o cuando finaliza el procedimiento judicial de provisión de apoyo con resolución firme.

El defensor judicial deberá rendir cuenta de su actuación a la autoridad judicial una vez que su gestión finalice.

LOS PROCESOS JUDICIALES

III LOS PROCESOS JUDICIALES

72. ¿Es imprescindible acudir al juzgado para contar con medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica?

No. Como hemos visto antes, con la nueva redacción de la ley, no es imprescindible acudir al juzgado para que el juez establezca una medida de apoyo.

73. ¿Cuándo es preciso acudir al juzgado para ese fin?

Solo cuando la persona necesite apoyos para el ejercicio de su capacidad jurídica y:

- No los haya establecido de manera voluntaria, por sí sola o con ayuda, ante notario, o
- En caso de existir, fueran insuficientes; es decir, que no atiendan a todas las necesidades de la persona o no estén funcionando bien, o
- Cuando no exista una situación de guarda de hecho, o la existente no funcione de forma adecuada.

En esos casos, será preciso que sea el juez el que identifique y precise los apoyos que la persona necesita y determine cómo se ejercitarán.

74. ¿El juez determina los apoyos en juicio?

La ley ha cambiado y ahora, para establecer los apoyos, no es necesario tramitar un juicio como tal, sino que se aplica un procedimiento que se denomina de "jurisdicción voluntaria", que es más sencillo que los juicios anteriores.

En principio, todos los procedimientos en materia de discapacidad seguirán el procedimiento de jurisdicción voluntaria, pensado para las situaciones en que no hay oposición de los interesados. Cuando alguien no está de acuerdo con lo que se solicita, se convierte en un proceso contencioso. Ambos procedimientos se regulan por leyes distintas.

75. ¿Quién puede solicitar del juez que determine cuáles son los apoyos precisos?

La ley establece una lista de las personas que pueden dirigirse al juzgado para solicitar la provisión de apoyos:

1. La primera es la propia persona con discapacidad; esto significa que si esta tiene que realizar funciones o adoptar decisiones personales o patrimoniales y no puede hacerlo, y comprueba, o le aconsejan que lo haga a través del juzgado, puede dirigirse ella misma al juzgado para solicitar que sea el juez el que establezca cuáles son los apoyos que precisa para adoptar esas decisiones, y cómo puede ejercerlos.

2. El cónyuge o persona asimilada (es decir, la pareja de la persona con discapacidad).
3. Los padres, los hijos o los hermanos.
4. El Ministerio Fiscal.

76. En el caso de que fuese la propia persona la que solicitase la provisión de apoyos al juez, ¿cómo tendría que hacerlo?

Caben dos cauces:

Podemos dirigirnos a la Fiscalía para informarle de lo que la persona precisa y de su situación, para que sea el Ministerio Fiscal quien lo solicite.

O la propia persona puede dirigirse al juzgado presentando un escrito con esos fines. Siempre es conveniente contar con la ayuda profesional de un abogado para realizar este trámite y estar más seguros, pero la ley no establece que la intervención de abogado en ese procedimiento sea obligatoria.

77. ¿Y si la persona con discapacidad no se encuentra segura en un procedimiento que, como hemos visto, pueden iniciar otras personas pero le afecta a ella? ¿Cómo podría defenderse?

La ley establece que la persona con discapacidad puede realizar su propia defensa y representación, pero que, si no puede hacerlo, cuando presente su solicitud podrá pedir que se le nombre un defensor judicial, quien actuará por medio de abogado y procurador y, por tanto, le ayudará y le dará información y seguridad en todo el procedimiento.

78. ¿En qué consiste? ¿Cómo se sigue ese procedimiento?

El procedimiento judicial de provisión de apoyos es sencillo y debería ser corto en el tiempo: se inicia con un escrito en el que se pide que se comience ese procedimiento y se determine cuáles son los apoyos y cómo se prestarán. Para que se adecue lo más posible a lo que la persona precisa, lo mejor es que en este escrito inicial se ofrezca al juzgado toda la información necesaria acerca de las condiciones más importantes de la vida de la persona: su evolución personal y escolar; cuestiones de salud, patrimonio, posibles cuestiones que requieran decisiones urgentes; posibles riesgos, etc.

Al escrito deben unirse informes o documentos que ofrezcan información acerca de la situación, las necesidades, la forma en que se desenvuelve la persona, y las cuestiones en que precisa apoyos. También se pueden pedir otras pruebas, por ejemplo, que declare alguien que conoce bien a la persona, o informes de organizaciones sociales que estén prestando ayuda.

Lo que se busca es dejar claro cuáles son las áreas (de salud, personal, patrimonial...) en que la persona necesitará apoyos y quién puede prestárselos. El juez convocará a todos los implicados: a la propia persona con discapacidad, a sus familiares, etc. Mantendrá una entrevista con la persona con discapacidad, oír a todos y finalmente dictará una resolución en la que establezca cuáles son esas áreas y quién prestará los apoyos y en qué momento será necesario que intervenga quien preste esos apoyos.

79. ¿Cómo debe ser la entrevista judicial? ¿es como un juicio?

No. Debe ser una entrevista informal, relajada, en la que la persona se pueda expresar con naturalidad, hablar de su vida, de lo que hace cada día, de lo que le interesa y le gusta. Incluso la ley establece que el juez puede decir a la persona que si tiene la autonomía necesaria, puede ir él o ella a un notario sin tener que seguir en el juzgado y concretar allí, como hemos dicho, cuáles son los apoyos que necesita. Si la persona decidiese usar ese cauce, el juez cerraría en ese momento el procedimiento, porque ya no sería necesario seguir su tramitación.

80. ¿Y la resolución que dicte el juez ya es para siempre?

No. Los apoyos que se establezcan en esa resolución estarán en función de las necesidades de la persona en ese momento, de lo que precise y de aquello en lo que haya que ayudarla (por ejemplo, administrar su dinero, prestarle ayuda en citas o decisiones médicas...). Por eso, como las necesidades pueden cambiar, también tendría que cambiar esa determinación de apoyos. La propia resolución debe establecer cuándo ha de ser revisada.

81. ¿Y qué pasa si la persona con discapacidad no entiende lo que está ocurriendo en el juzgado, no comprende al juez, y no puede, por tanto, indicar lo que necesita?

Esto es muy importante. La ley ha establecido, por fin, que los profesionales de la justicia, los notarios (cuando es con ellos como se determinan los apoyos), los abogados, los jueces, etc., deben hacer todo lo posible para asegurar que en los procedimientos judiciales o legales que les afectan, la persona con discapacidad pueda entender y ser entendida.

Para ello, deben utilizar un lenguaje claro y accesible, y asegurarse de que la persona los haya entendido, y facilitar que esta pueda expresarse con los medios que necesite. Pueden usar sistemas alternativos de comunicación: lengua de signos, pictogramas, etc., o también servirse de personas o profesionales que les ayuden a ese fin y faciliten la comunicación. Y eso constituye una obligación, por lo que la persona con discapacidad, sus familiares o su abogado, en su caso, pueden requerir que así se haga y el juzgado estará obligado a facilitarlo.

82. En la resolución que dicte el juez, ¿este impondrá la persona que haya de prestar apoyos y obligará a la persona con discapacidad a que haga lo que aquella quiera?

Como ya hemos dicho en esta guía, en este tipo de procedimientos lo más normal es que el juez nombre un curador, que puede ser una persona física, un familiar, un conocido o una persona jurídica, normalmente una fundación especializada en esta materia. Pero es muy importante saber que para tomar esa decisión, el juez tiene que oír a la persona con discapacidad, y no puede imponerle como curador a alguien que esta última no quiera que lo sea. Por ejemplo, si la persona con discapacidad se lleva mal con uno de sus hermanos o familiares, y no confía en él o ella, puede expresarle al juez que no quiere que sea esta la persona designada para actuar como curador o para prestarle apoyos. Y el juez debe respetar esa decisión.

La ley repite muchas veces que la determinación y la prestación de apoyos debe realizarse teniendo siempre en cuenta la **voluntad y preferencias** de la persona a la que se prestan los apoyos. Por tanto, no deben imponerse cosas que él o ella no quiera. Aunque sí deberá el curador, o la persona que preste los apoyos, explicar y ayudar a entender a la persona con discapacidad cada decisión y, en algunos casos, puede que haya de explicarle que alguna decisión de la persona no puede llevarse a cabo, porque, por ejemplo, no disponga de medios económicos para hacerlo.

El juez debe asegurarse también de que quien preste los apoyos, es decir, el curador, no lo haga en su propio beneficio y de que no intente ejercer una influencia indebida en la persona a quien los presta, por ejemplo, para manipularla y conseguir que decida lo que a él le interesa, no lo que le interesa a ella. De no ser así, el curador debe ser sustituido, ya que evidentemente no es adecuado para desempeñar ese papel.

83. ¿Y qué pasa si la persona con discapacidad no quiere que se le establezcan apoyos, es decir, si considera que no los necesita?

Efectivamente, puede ocurrir que cuando se inicie un procedimiento como los que acabamos de explicar, respecto de una persona con discapacidad, ésta manifieste que no está de acuerdo, que no necesita que se le presten apoyos y que, por tanto, se opone a ese procedimiento.

En ese caso, la ley establece que el juez debe parar ese procedimiento, y pasar a otro, a un juicio que la ley llama "contradictorio", porque en él puede expresarse con todos los medios legales, su posición, razonarla y aportar todos los medios de prueba que considere para sostenerla.

La persona con discapacidad puede intervenir con abogado y procurador que la ayuden, asesoren y dirijan en este procedimiento, pero además también son aplicables a este las normas que antes hemos explicado, para asegurar que la persona pueda comprender y ser comprendida, es decir, debe asegurarse de que el lenguaje sea claro, de que si es preciso se usen sistemas alternativos de comunicación, y de que un profesional facilite a la persona con discapacidad ese derecho de comprender y de que la comprendan.

Pueden proponerse informes de las organizaciones sociales, por ejemplo, que apoyen o ayuden a la persona, y todos aquellos medios de prueba que puedan proporcionar información acerca de las necesidades reales de la persona.

También aquí el juez debe mantener una entrevista con la propia persona a la que se refiere el procedimiento para preguntarle acerca de quién desearía, en su caso, que fuese su curador, o quien no quiere que lo sea, así como para conocer los motivos por los que piensa que no necesita apoyos. Con toda esta información, al final el juez dictará una sentencia en la que establecerá, o bien que no son necesarios los apoyos, o bien que sí los son, en cuyo caso los fijará determinando cómo deben desempeñarse (siempre, como antes vimos, teniendo en cuenta la voluntad y las preferencias de la persona y evitando todo tipo de influencia indebida). También establecerá en la sentencia el plazo preciso para proceder a su revisión.

84. ¿Esta sentencia es definitiva? Es decir, si la persona con discapacidad o algunas de las personas que han iniciado el procedimiento no están conformes con lo establecido en la sentencia, ¿la tienen que aceptar?

Esta sentencia puede ser recurrida ante la Audiencia Provincial; es decir, si la persona con discapacidad o alguna de las personas que han intervenido en el procedimiento consideran que la sentencia no es adecuada, pueden recurrir ante un órgano judicial superior. La ley establece que también este tribunal debe oír a la persona, y si fuera necesario, practicar otras pruebas y también le es aplicable a ese órgano superior la obligación de facilitar la comprensión de la persona con discapacidad en los mismos términos que ya hemos visto.

85. ¿Y cómo haríamos para cambiar al curador si este no lo está haciendo de forma adecuada, o si, por ejemplo, por razones de edad o de distancia, ya no pueda hacerlo bien?

El Ministerio Fiscal, la propia persona con discapacidad, u otras personas interesadas, podrán solicitar al juez el cambio o remoción del curador si entienden que existen motivos para ello, que deben explicar.

Esto puede producirse, bien porque el curador no esté respetando la voluntad o preferencias de la persona, bien porque quienes desempeñan esa curatela sean, por ejemplo, los padres, o uno de ellos, y ya sean muy mayores o tengan otras dificultades y no estén en condiciones de hacerlo, o porque, hubiese sido designado, por ejemplo, un hermano, y este trabaje en el extranjero y no pueda desempeñar sus funciones como la ley requiere.

Cuando así se comunique al juez, este convocará a las partes a una comparecencia, en la que oír a quien estuviese desempeñando la curatela y a la propia persona con discapacidad, y tendrá en cuenta la información para finalmente adoptar una nueva resolución si queda demostrado que es necesario cambiar al curador.

86. ¿La ley regula también otros procedimientos para el desempeño de los apoyos?

Sí. Hay varias situaciones en las que es necesaria la autorización del juez para adoptar decisiones, y, por tanto, habrá que dirigirse nuevamente al juzgado. Por ejemplo, el juez, en la resolución que ya hemos visto que puede adoptar para la provisión de apoyos, puede determinar que el curador presente informes periódicos acerca de cómo se está desempeñando la curatela. En ellos deberá informar de lo siguiente: cómo se encuentra la persona y qué necesita, en qué cuestiones importantes ha precisado esta de su apoyo para tomar decisiones y cómo ha ayudado a la persona a administrar su dinero o su patrimonio.

Esos informes deberán trasladarse también a la propia persona con discapacidad para que esta exprese su opinión respecto de ellos, y si esta o alguna persona interesada lo solicita, se realizará una comparecencia en el juzgado y tras ella, el juez resolverá aprobando o no los informes presentados.

También puede el curador tener que dirigirse al juzgado, si así lo hubiese establecido el juez cuando lo nombró para que se le autoricen determinadas operaciones de mayor importancia, por ejemplo, vender una casa o aprobar la realización de una herencia en la que haya sido parte la propia persona con discapacidad.

87. Y si el curador también representa a la persona, ¿tiene que seguir otros procedimientos judiciales?

La ley ha establecido que, excepcionalmente, solo en los casos en que la persona necesite apoyos intensos y permanentes y no pueda adoptar apenas ninguna decisión, el curador que se le designe, siguiendo el procedimiento que ya hemos visto, podrá tener también facultades de representación, es decir, podrá actuar en nombre de la persona con discapacidad, sustituyéndola, por ejemplo, en decisiones quirúrgicas o médicas importantes o en decisiones patrimoniales como la venta de un inmueble u otras.

La resolución del juez en la que nombre este curador con funciones de representación tendrá que justificar por qué es necesario o imprescindible hacerlo así. Asimismo, el curador tendrá que firmar en el juzgado que acepta desempeñar esa función de apoyo y presentar también un "inventario", es decir, una relación de los bienes y derechos de la persona a la que presta apoyo. Ello permitirá controlar cómo realiza el curador esa función y cómo administra esos bienes.

Igualmente, quien desempeñe esa función de curatela representando a la persona a la que apoya tendrá que dirigirse al juzgado para poder adoptar decisiones de mayor trascendencia, como disposiciones de especial importancia, venta de inmuebles, donaciones, aprobación de herencias, y otras que la ley establece o que el juez haya determinado en la resolución en que lo nombró.

88. ¿Cuál es el procedimiento para designar a un defensor judicial?

Como ya se explicó en otros apartados de esta Guía, existen situaciones de muy diversa índole en las que, para que los derechos de la persona con discapacidad estén garantizados, sea necesario nombrar una persona física o jurídica que actúe como defensor judicial para prestar apoyos de forma ocasional y precisa. Por ejemplo, en la venta de un inmueble en la que la persona con discapacidad esté involucrada, bien por ser la propietaria, bien por tener algún derecho sobre dicho inmueble, o también al iniciarse un procedimiento de provisión de apoyos, si la persona con discapacidad lo necesita.

El procedimiento para nombrar un defensor judicial puede iniciarlo el Ministerio Fiscal, la persona con discapacidad o cualquier otra persona que actúe en interés de esta. Después, el juzgado convoca a los interesados, incluida la persona con discapacidad y, tras oírlos, designa a una persona física o jurídica para el desempeño de esa función. Posteriormente, una vez realizada dicha función, el defensor judicial debe informar al juzgado sobre su actuación.

EL APOYO A TRAVÉS DE ENTIDADES

IV EL APOYO A TRAVÉS DE ENTIDADES

89. ¿Qué son las entidades de apoyo a la toma de decisiones?

Las entidades de apoyo a la toma de decisiones son lo que antes se conocía como entidades tutelares.

Estas entidades surgen tras la reforma del Código Civil de 1983, en la que se permite por primera vez que las personas jurídicas sin ánimo de lucro puedan ejercer como tutoras de personas con discapacidad.

La actual reforma del Código Civil establece que, además de no tener ánimo de lucro (es decir, de no buscar un beneficio económico con sus servicios), las entidades deben tener entre sus fines "la promoción de la autonomía y asistencia a las personas con discapacidad".

Pueden ser de origen público, privado o mixto y el tipo de persona jurídica más habitual para estas entidades es el de fundación, porque su propia definición ya aúna la ausencia de fin de lucro con la necesidad de usar su patrimonio para la realización de fines de interés general (Ley de Fundaciones).

En cualquier caso, las entidades de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica son personas jurídicas, sin ánimo de lucro, que ofrecen apoyos para el ejercicio de su capacidad jurídica a personas adultas con discapacidad que así lo requieran mediante instrumento notarial o por resolución judicial.

Su ámbito de actuación es, normalmente, provincial o autonómico porque la provisión de estos apoyos no puede hacerse a distancia, sino que requiere cercanía con la persona apoyada.

90. ¿Qué hacen?

Su finalidad es prestar apoyos para que cada persona pueda desarrollar su personalidad y desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad, es decir, para que cada persona, como titular del derecho a decidir, pueda de verdad ejercerlo.

Su función principal es la de curador, por cuanto esta es la principal medida de apoyo de origen judicial, pero pueden también prestar otras medidas de apoyo, por designación voluntaria o judicial.

Normalmente son una alternativa subsidiaria al apoyo que pueda dar una persona física del entorno de quien precisa estos apoyos, pero con la Ley 8/2021, pueden también ser la primera opción de esa persona, quien de manera voluntaria pueda preferir un apoyo profesionalizado en lugar de otras opciones.

Las entidades deben prestar apoyos ajustados a las necesidades de cada persona y, por tanto, estos pueden ir desde aspectos puntuales de gestión patrimonial, hasta cualquier otro apoyo que la persona necesite para la toma de decisiones de su vida ordinaria: domicilio, salud, comunicaciones, etc.

91. ¿Cómo lo hacen?

Prestan los apoyos situando a la persona en el centro, construyendo con ella su plan de vida y diseñando, conforme a ello, los sistemas de apoyo necesarios para su cumplimiento. Lo hacen a través de un equipo profesional o una persona de referencia, desde la cercanía, el respeto y el conocimiento de la persona a la que apoyan.

Estas entidades tienen, o deben tener, una estructura profesional suficiente para cumplir con el modelo de apoyos implícito en la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad y la Ley 8/2021.

92. ¿Cómo se relacionan con los familiares?

Las entidades deben adaptarse a la situación de cada persona y familia.

Cuando la familia es un referente para la persona, la relación entre los familiares y las entidades es siempre de cooperación.

Habitualmente, la relación entre familia y entidades llega a través de lo que antes llamábamos pretutela. Es el paso anterior a la provisión de apoyos que, antes la familia y ahora la persona con discapacidad, normalmente con apoyo de sus familiares, dan para establecer un vínculo con la entidad que facilite, en el momento que se requiera el apoyo, el conocimiento mutuo y el diseño de sistemas de apoyo ajustados a las necesidades de la persona y a su voluntad. En el caso de personas con grandes necesidades de apoyo, esta relación es de gran importancia para que los apoyos puedan darse teniendo en cuenta la trayectoria vital de la persona, sus creencias y valores.

93. ¿Qué servicios ofrecen las entidades?

Las distintas entidades ofrecen los servicios adaptados a sus fines propios y las necesidades de las personas atendidas.

Con carácter general, pueden ofrecer:

- Servicio de apoyo a la toma de decisiones, centrado en la gestión del sistema de apoyo encomendado normalmente mediante sentencia judicial, a través del cual ofrecen a la persona los apoyos individualizados para ejercer su capacidad jurídica y desarrollar su plan de vida.
- Servicio previo a la provisión de apoyos, durante el cual se establece relación entre la persona, su familia -en algunos casos- y la entidad para diseñar el compromiso de apoyo futuro, teniendo en cuenta la voluntad y preferencias de la persona, que se pondrá en marcha cuando sus apoyos naturales falten.
- Servicios de información y orientación, que permite asesorar a las personas que lo soliciten en relación con las medidas de apoyo, el marco jurídico, los servicios de apoyo, etc.
- Servicios de apoyo a familiares que ejercen medidas de apoyo, para capacitarlos y acompañarlos y facilitar así su desempeño.

Las entidades suelen disponer también de un servicio de voluntariado que facilita el acompañamiento emocional y la participación social de las personas a las que ofrecen apoyo.

Según la Ley 8/2021, estas entidades deben evitar situaciones en las que se puedan producir conflictos de intereses o influencia indebida. Por ello, lo deseable es que no presten ningún otro tipo de servicios. En caso de ofrecer otros servicios, no podrán prestarlos, en ningún caso, a la persona que precisa el apoyo. Es decir, que la entidad que presta apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica no puede ser la misma que gestiona la residencia en la que la persona vive, ni el centro en el que la persona trabaja, etc.

94. ¿Cómo se desarrolla el servicio de apoyo a la toma de decisiones en las entidades?

El diseño de los sistemas de apoyo se basa, por un lado, en las necesidades identificadas en el procedimiento de provisión de apoyos y, por otro, en las voluntades y preferencias de la persona. Es un servicio individualizado y dinámico, por lo que debe definirse para cada persona y debe ser revisado con el paso del tiempo.

Para poder desarrollar el servicio de apoyo, es necesario conocer a la persona y sus deseos y por eso se utilizan herramientas de planificación centrada en la persona, como los planes de vida. Sobre la base de esos planes, se diseña con la persona un sistema de apoyos para la toma de decisiones, en el que se definen los apoyos que necesita, la intensidad, la frecuencia y el objetivo, y que se evalúa cada cierto tiempo, idealmente un año, para volverlo a ajustar a las expectativas y necesidades.

95. ¿Las entidades están obligadas a asumir las tutelas que el juez les otorgue?

El desempeño del cargo que se nombra por sentencia judicial es obligatorio. Sin embargo, el Código Civil prevé una serie de excusas que, justificadas ante el juez, permiten renunciar al mismo.

En el caso de las entidades, no hay una respuesta unívoca a esta pregunta, ya que dependiendo del modelo desarrollado en cada comunidad autónoma es posible que se haya previsto la imposibilidad de renunciar.

Al respecto, el Código Civil prevé:

- Que las personas jurídicas podrán excusarse cuando carezcan de medios suficientes para el adecuado desempeño de la curatela o las condiciones de ejercicio de la curatela no sean acordes con sus fines estatutarios.
- Que no concurrirá causa de excusa cuando el desempeño de los apoyos haya sido encomendado a una entidad pública.

96. ¿Cómo se financian las entidades?

El sistema de financiación de las entidades depende de su origen, bien sean públicas, privadas o mixtas, y del modelo desarrollado en cada comunidad autónoma, siendo muy significativas las diferencias entre unos y otros.

En relación con el derecho del curador a recibir una retribución por el ejercicio de su cargo, será establecido por el juez teniendo en cuenta la dedicación, el valor de los bienes y su rentabilidad, siempre que el patrimonio de la persona con discapacidad lo permita.

97. ¿Quién supervisa a las entidades?

Las entidades están sometidas a la tutela judicial, responsable de supervisar el ejercicio de las obligaciones que asumen al desempeñar las distintas medidas de apoyo.

En términos generales, sus obligaciones son:

- Presentar, ante la autoridad judicial, un inventario de bienes de la persona al asumir el cargo.
- Presentar rendiciones de cuentas: para justificar la gestión que se ha realizado, con la periodicidad impuesta por la autoridad judicial.
- Presentar, ante la autoridad judicial, la cuenta general justificada de su administración, cuando se extinga la curatela.
- Conocer y respetar la voluntad, deseos y preferencias de la persona a la que se preste apoyo.
- Mantener contacto personal con la persona a la que va a prestar apoyo y desempeñar las funciones encomendadas con la diligencia debida.
- Ofrecer los apoyos que necesite la persona, según disponga la sentencia, procurando que la persona desarrolle su propio proceso de toma de decisiones y fomentando sus aptitudes para que pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro.

Por otra parte, las entidades deben solicitar autorización judicial previa para los actos más relevantes tanto a nivel personal como a nivel económico, como enajenar bienes inmuebles, tomar un préstamo, renunciar a una herencia, etc...

98. ¿Las entidades asumen las deudas de las personas apoyadas?

Entre las obligaciones de las entidades no se encuentra la de asumir las deudas de las personas apoyadas.

99. ¿Cómo puedo conocer las entidades?

Existe una entidad estatal llamada Liber. Asociación de entidades de apoyo a la toma de decisiones, que reúne a 30 entidades de diferentes comunidades autónomas, pero hay muchas más en todo el territorio nacional.

El organismo autonómico con competencias en servicios sociales y/o sanidad podrá facilitar la información en cada caso.

EL PATRIMONIO PROTEGIDO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

V EL PATRIMONIO PROTEGIDO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

100. ¿Qué es?

El Patrimonio Protegido de las Personas con Discapacidad es, simplemente, un conjunto de bienes (dinero, bienes o derechos) destinado, en exclusiva, a satisfacer los gastos necesarios de una persona con discapacidad.

Notemos que las personas con discapacidad tienen los mismos gastos o más (rehabilitación, logopedia, sillas, aparatos varios, cuidadores o monitores, coches adaptados, etc.) que las demás. Y tienen normalmente más dificultades para obtener ingresos. En consecuencia, se pensó que sería bueno arbitrar un procedimiento para fomentar que otros transmitieran siempre de forma gratuita, bienes, dinero o derechos a las personas con discapacidad para, exclusivamente, atender a sus gastos. La forma de fomentarlo fue procurar un beneficio fiscal a quien los aportara, dentro de un grado de parentesco (el tercer grado, que incluye hijos, nietos, padre, abuelos, hermanos, sobrinos y tíos, y también el cónyuge).

En la práctica podemos distinguir dos tipos de patrimonio protegido, a los que se aplica la misma normativa:

Los patrimonios de gasto o consumo, constituidos para sufragar los gastos ordinarios de estas personas: el logopeda, el fisioterapeuta, los tratamientos, sus gastos corrientes, la adaptación del coche, la silla de ruedas, etc.

Los patrimonios de ahorro, para que en el futuro el beneficiario tenga medios de mantenerse o ayudar a su manutención. Se aportan, o se adquieren, bienes que constituyan unos fondos productivos o destinados a gastarse en el futuro: un inmueble para alquilar o para que sea su futura residencia, valores o fondos, etc.

101. ¿A favor de quién se puede hacer?

Pueden ser beneficiarios:

- a) Las personas con una discapacidad psíquica igual o superior al 33 por ciento.
- b) Las personas con una discapacidad física o sensorial igual o superior al 65 por ciento.

Existe la llamada tarjeta acreditativa de la discapacidad, la cual tiene como finalidad dar testimonio fehaciente y acreditar la condición de discapacitado de la persona titular.

102. ¿Quiénes lo pueden constituir y quiénes pueden hacer aportaciones?

Pueden constituirlo las siguientes personas:

1º) La propia persona con discapacidad, beneficiaria del patrimonio. Como se trata de un acto o negocio que normalmente se formaliza ante notario, puede ser que la persona beneficiaria necesite apoyo para constituirlo, pues el notario debe entender a la persona con discapacidad y esta a su vez debe entender al notario. En tal caso esos apoyos deberán ser proporcionados a la persona con discapacidad.

2º) También pueden constituirlo los que presten apoyo a las personas con discapacidad, como los padres cuando el beneficiario es menor de edad, el curador o curadores si el beneficiario ya es mayor de edad, el defensor judicial o la persona que cuide del beneficiario como guardador de hecho.

3º) Y también dice la ley que puede constituirlo el comisario o titular de la fiducia sucesoria, que son personas encargadas de distribuir la herencia o realizar la partición hereditaria entre los herederos señalados por el causante de una herencia, quien debe autorizar la constitución del patrimonio protegido. Está previsto especialmente en los derechos civiles de algunas comunidades autónomas como Aragón, Baleares, Cataluña, Navarra, y País Vasco.

Por otro lado, hay que tener en cuenta que cualquier persona con interés legítimo (por ejemplo, un progenitor de la persona con discapacidad que no viva con ella) puede solicitar de la persona con discapacidad, la constitución de un patrimonio protegido, ofreciendo al mismo tiempo una aportación de bienes. En este caso, si la persona que ha de prestar apoyo a la persona con discapacidad (por ejemplo, el otro progenitor o el curador) se niega injustificadamente a ello, el solicitante podrá acudir al fiscal para que inste del juez la constitución del patrimonio protegido si ello fuera conforme a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad.

Y una vez constituido el patrimonio protegido, cualquier persona puede realizar aportaciones, aunque para poder gozar de beneficios fiscales es necesario ser pariente próximo de la persona con discapacidad. Las aportaciones tienen que ser consentidas por la persona beneficiaria con el apoyo que requiera en su caso, y los aportantes pueden determinar el destino de los bienes cuando se extinga el patrimonio protegido.

103. ¿Cómo se hace?

La constitución del patrimonio protegido, y las posteriores aportaciones que se hagan, deberán constar en escritura pública, salvo que se haya reconocido la procedencia de constituirse por resolución judicial en el supuesto antes indicado de que la persona que ha de prestar apoyo al beneficiario se negare injustificadamente a la constitución o aportación posterior al patrimonio protegido y el juez sostenga la procedencia a instancia del solicitante.

El notario comunicará al fiscal correspondiente al domicilio de la persona con discapacidad tanto la constitución como las aportaciones posteriores al patrimonio protegido. Al fiscal, como veremos, corresponde su control futuro.

La constitución y circunstancias relativas al patrimonio protegido, así como la designación y modificación de administradores de dicho patrimonio, tienen lugar en el Registro Civil y se inscriben en el registro individual de la persona con discapacidad.

Si los bienes aportados son inmuebles, se hará constar que forman parte del patrimonio protegido en la inscripción en el Registro de la Propiedad.

Si los bienes aportados son fondos de inversión, acciones o participaciones de sociedades mercantiles, el notario o el juez debe notificarlo a la gestora de los fondos o a la sociedad.

104. ¿Quién lo administra y quién controla al administrador?

Si lo crea el propio beneficiario, tendrá libertad para establecer las normas que tenga por conveniente. Incluso administrarlo él mismo, o designar a otro administrador.

En otro caso, en la escritura que lo crea se fijarán las normas de administración, designándose los administradores y pudiendo establecerse los apoyos o salvaguardias que se consideren convenientes, ya sea por el propio constituyente o aportante, ya sea por la autoridad judicial, de oficio o a instancia del fiscal.

La supervisión del patrimonio se ha encomendado al fiscal, que será quien pida al juez la adopción de las medidas que estime convenientes (cambio de administrador, de las reglas de administración, la extinción del patrimonio, etc.) respetando la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad.

Además, si el administrador no es el beneficiario, deberá rendir cuentas al fiscal anualmente y cuando este lo solicite.

105. ¿Cómo se extingue?

La primera causa es que el beneficiario deje de tener la condición de persona con discapacidad en los porcentajes que vimos. En este supuesto, los bienes que lo integran pasan a su patrimonio ordinario.

La segunda es el fallecimiento del beneficiario, en cuyo caso los bienes se integran en su herencia.

En ambos casos, si el aportante hubiere determinado el destino de los bienes a la extinción del patrimonio, se le dará este destino. Por ejemplo, se puede determinar que los bienes vuelvan al aportante o se repartan entre todos sus hermanos, no a quienes sean sus herederos.

106. ¿Cuáles son las ventajas fiscales de las aportaciones?

En el régimen común, es decir, los territorios de aplicación de la Ley del Impuesto de la Renta de las Personas Físicas, se introdujeron medidas para fomentarlo:

El régimen fiscal es algo complejo y, para exponer lo más importante, debemos distinguir entre las consecuencias fiscales para los aportantes y para los beneficiarios.

A) En relación con los aportantes, los familiares de la persona con discapacidad (padres, abuelos, hijos, nietos, hermanos, tíos y sobrinos, así como el cónyuge de la persona con discapacidad) que realicen aportaciones al patrimonio protegido pueden reducir la base imponible en el impuesto sobre la renta en una cantidad equivalente a la aportación realizada hasta el límite de 10.000 euros. Además, el conjunto de aportaciones realizadas por los familiares, solo dan derecho a reducción hasta 24.250 euros anuales, por lo que, si se excede de este límite, el beneficio fiscal de cada aportante debe minorarse de forma proporcional. No obstante, la parte de la aportación que no se puede utilizar para reducir la base imponible del IRPF en un ejercicio fiscal, se podrá utilizar en los cuatro ejercicios fiscales siguientes.

B) Con relación al beneficiario, las aportaciones recibidas tributan como rendimientos del trabajo en IRPF, hasta 10.000 euros anuales por cada aportante y 24.250 euros en conjunto. Es decir, que lo recibido por el beneficiario se considera que lo ha obtenido como rendimiento de trabajo, aunque realmente no sea así. Pero estos rendimientos del trabajo están exentos (y por tanto no tributan) hasta un importe anual de tres veces el indicador público de renta de efectos múltiples (IPREM), que para el año 2021 es de 6778,80 euros o 7.908,60 euros según se tenga 12 o 14 pagas, por lo que hasta 20.336,40 o 23.725,80 respectivamente, no hay que pagar.

La parte de la aportación o aportaciones que exceda de lo que se considera rendimiento de trabajo, tributa para el beneficiario en el impuesto de sucesiones y donaciones. No obstante, debe tenerse en cuenta las reducciones que con carácter general se establecen por las comunidades autónomas en este impuesto, así como, las que con carácter especial, establecen algunas de ellas en relación con las aportaciones al patrimonio protegido, por lo que normalmente lo que se paga por este impuesto no es muy relevante, siempre que se trate de aportaciones entre parientes en línea recta (ascendientes y descendientes) o cónyuges.

Otros aspectos que hay que destacar en el régimen fiscal son los siguientes:

- Que no dan derecho a reducción las aportaciones de elementos afectos a actividades económicas que realicen contribuyentes del IRPF (por ejemplo, si una persona quiere aportar al patrimonio protegido de su hijo el local donde ejerce su actividad comercial, no tendría derecho a reducir su base imponible en IRPF).
- Que, si el beneficiario realiza aportaciones a su patrimonio protegido, tampoco tiene derecho a reducción fiscal alguna, por lo que a efectos fiscales le interesará la inversión en otros sistemas de previsión.
- Que para que los aportantes consoliden el beneficio fiscal, no se puede disponer de lo aportado al patrimonio protegido en el mismo ejercicio fiscal o en los cuatro ejercicios fiscales siguientes. Pero no se considera acto de disposición el gasto de dinero o el consumo de bienes fungibles para atender las

necesidades vitales de la persona con discapacidad. En caso de disponer debe restituirse el beneficio fiscal.

- Que las aportaciones de bienes inmuebles, valores y demás bienes muebles no tributan para el aportante como ganancia patrimonial en IRPF. No obstante, si después de aportados los bienes al patrimonio protegido estos se venden, entonces el beneficiario sí tributaría en IRPF en cuanto a la ganancia que hubiera obtenido (es decir la diferencia entre el valor de adquisición y el de venta), y para fijar el valor de adquisición del bien, se toma en consideración no el valor del bien en el momento de hacerse la aportación, sino el valor por el que el aportante adquirió el bien que después aporta al patrimonio protegido y luego el beneficiario vende.

Por ejemplo: una persona compra un piso por 100.000 euros en 2001 y lo aporta en el año 2015 al patrimonio protegido de su hijo con discapacidad, teniendo en ese momento un valor de 150.000 euros, y ya en el año 2021 se vende por el beneficiario por 170.000 euros.

La aportación al patrimonio protegido realizada en el año 2015 no tributa para el aportante como ganancia patrimonial en IRPF. En cambio, la venta realizada en 2021 sí tributa como ganancia patrimonial del beneficiario, y para fijar la ganancia se toma como valor de adquisición no el del año 2015, sino el del año 2001, que es menor, y al ser la diferencia con el valor de venta mayor (año 2001 diferencia = 70.000 mientras que en 2015 la diferencia = 20.000 euros), hay que tributar más (sobre la base de 70.000 euros).

- Que, por tanto, las aportaciones de bienes inmuebles al patrimonio protegido están gravadas por varios impuestos. Como normalmente tienen un valor superior a 10.000 euros, el exceso no solo no da derecho a deducción en el mismo ejercicio fiscal (aunque en los cuatro años siguientes sí podría deducirse hasta ese máximo de 10.000 euros) sino que además tributaría en el impuesto de sucesiones y donaciones, conforme a lo reseñado anteriormente.

Además, la aportación de un inmueble urbano también tributa en el impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana (la llamada "plusvalía municipal").

En cambio, está exenta en el impuesto de actos jurídicos documentados.

Y como ya se ha reseñado, las disposiciones de bienes aportados al patrimonio protegido también tributan para el beneficiario como ganancia patrimonial en IRPF.

Por todo ello, los beneficios fiscales de aportar un bien inmueble en principio no son muy atractivos. Pero para obviar los límites establecidos en IRPF en cuanto a las aportaciones realizadas por contribuyentes en este impuesto, se ha recomendado hacer en varios años la aportación (cada año se aportaría una parte indivisa del bien inmueble) para que en cada ejercicio fiscal se pueda deducir en IRPF el máximo de 10.000 euros.

- Que, por último, los beneficiarios del patrimonio protegido o administradores deben realizar cada año una declaración informativa (modelo 182) sobre las aportaciones recibidas y las disposiciones realizadas, haciendo constar los datos de identificación de los aportantes y beneficiarios.

107. ¿Y en los territorios de aplicación de regímenes especiales en el impuesto de la renta?

En Navarra y el País Vasco las diputaciones forales tienen competencias para regular el IRPF. Debe quedar claro que la normativa que regula el patrimonio es común para toda España; lo que cambia es la normativa que regula los incentivos fiscales.

En Navarra se ha hecho de forma similar a la de la ley central.

La diputaciones forales vascas lo han regulado de forma coordinada. Las diferencias son las siguientes:

No tiene ninguna repercusión fiscal para el beneficiario en el IRPF. Se reciben unos bienes a título gratuito, luego están sujetos al impuesto de donaciones y exentos.

La deducción que tienen los aportantes es del treinta por ciento de lo aportado, con el mismo límite de diez mil euros por persona y año. Además, esta deducción se practica de la cuota del impuesto, del resultado a pagar después de calcular las bases imponible y liquidable y determinar los tipos a aplicar, y antes de aplicar la retenciones o pagos a cuenta practicados.

No está previsto deducir en los ejercicios siguientes el exceso sobre los 10.000 euros.

La aportación de bienes no genera incremento patrimonial; en la futura disposición por el beneficiario no influye la antigüedad ni el valor de adquisición del aportante.

Y, sobre todo, no existe la limitación de disposición durante cuatro años. Es decir, lo que se aporta se puede gastar inmediatamente; si mi hijo necesita un tratamiento de rehabilitación o logopedia, puedo aportar su importe e inmediatamente pagarlo, sin esperar al quinto año. De ahí que se hagan patrimonios de gasto con mucha más frecuencia que en el territorio común.

LAS SUCESIONES, LAS DONACIONES Y LA DISCAPACIDAD

VI LAS SUCESIONES, LAS DONACIONES Y LA DISCAPACIDAD

LAS SUCESIONES

108. ¿Por qué puede ser importante el derecho de sucesiones en relación con la discapacidad?

En cuestiones económicas, la discapacidad produce con frecuencia dos efectos.

El primero es que las personas con discapacidad normalmente no trabajan o, si lo hacen, ocupan puestos peor pagados que los demás. Es decir, ingresan menos. Pero tienen los mismos gastos, o más, que los demás. Esto produce como consecuencia que las familias busquen cómo destinar el patrimonio familiar para intentar cubrir este déficit, especialmente cuando faltan los padres.

El segundo efecto es que las personas con discapacidad intelectual tienen mayores dificultades para administrar su patrimonio que los que no la tienen. Por ello son convenientes aquellas figuras jurídicas que arbitran formas de administración por otros, normalmente parientes, del patrimonio heredado.

La vía que se puede utilizar para los dos aspectos anteriores es el testamento, en el que se utilicen los medios que la ley permite para concentrar el patrimonio familiar en la persona con discapacidad, y, si es preciso, establecer un sistema de administración en su favor.

109. ¿Qué es y para qué sirve un testamento?

El testamento es el documento donde una persona indica el destino de sus bienes y derechos en el momento de su fallecimiento. En el campo de la discapacidad es importante en dos sentidos:

- Desde el punto de vista de la persona con discapacidad, porque tiene igual interés que cualquier otro en decidir quién será el beneficiario de su patrimonio al fallecer. Esto es particularmente importante en los casos en que alguien, capaz hoy, prevea que en el futuro perderá su capacidad. ¿Quién mejor para organizar su futura atención que uno mismo? Si esta organización tiene aspectos económicos para después del fallecimiento, la herramienta habitual es el testamento.
- Desde el punto de vista del testamento de otras personas, normalmente parientes, porque será el instrumento a través del cual se le podrán dejar bienes al fallecer el sujeto, especialmente si este sujeto es su cuidador o la persona de quien depende. Aquí vemos una de las grandes cuestiones de las familias con un pariente con discapacidad: ¿qué será de mi hijo cuando yo falte?

Si no se hace testamento, es la ley la que dice a quién van los bienes de una persona. Por tanto, si se quiere planificar adecuada y ordenadamente una sucesión y prevenir conflictos resulta muy conveniente hacer testamento. Además, si se hace un testamento notarial, contará con el asesoramiento especializado del notario.

110. ¿Convendría revisar el testamento que tuviéramos tras la nueva regulación sobre discapacidad en la Ley 8/2021?

Esta ley ha supuesto un cambio muy profundo en materia de discapacidad. En el ámbito de las sucesiones ha suprimido algunas figuras, ha ampliado los derechos que se pueden dejar a las personas con discapacidad, ha introducido algunas incompatibilidades para heredar, y ha permitido establecer reglas sobre administración y disposición de los bienes que se dejen a las personas con discapacidad. Lo iremos viendo con más detenimiento más adelante. Por ello, estimamos que sería conveniente revisar los testamentos que se hubieran otorgado para adaptarlos a la nueva situación.

111. ¿Quién puede hacer testamento? ¿Las personas con discapacidad?

La Ley 8/2021 ha suprimido la prohibición de hacer testamento respecto de las personas con discapacidad. Deben tener un mínimo de discernimiento para poder conformar y expresar su voluntad, debiendo el notario servir de apoyo para ello.

El requisito que tiene que cumplir una persona para hacer testamento es ser capaz de entender su contenido y quererlo. Esto causa problemas a personas con discapacidad intelectual que, según su alcance, pueden obstaculizársele. La discapacidad física puede causar problemas de comunicación con el encargado de hacerlo, el notario, pero se utilizarán apoyos para solucionarlo. Comunicación directa o, si no es posible, con intérpretes. También utilizando medios técnicos que la permitan. No es obstáculo el no poder firmar.

El notario recibirá esa comunicación, será un primer apoyo para que el testador comprenda lo que puede hacer y dé forma a lo que quiere; si es preciso se utilizarán otros apoyos, personas de confianza del interesado o incluso otros ajenos a él que actúen como facilitadores; juzgará que tiene el conocimiento suficiente para comprender y querer algo sin influencias indebidas; lo redactará y, con testigos si no puede hacerlo el testador, lo firmarán.

112. ¿Y si había una sentencia de incapacitación en la que se prohibiera hacer testamento a la persona con discapacidad?

La Ley 8/2021 ha dejado sin efecto cualquier prohibición de derechos establecida en una resolución judicial, por lo tanto si la sentencia de incapacitación hubiera establecido que la persona con discapacidad no podía otorgar testamento, esta prohibición queda sin efecto, quedando rehabilitada en la posibilidad de firmar su propio testamento.

113. ¿Podrían unos padres hacer testamento por su hijo con discapacidad?

Antes de la reforma para adaptar la legislación española a la Convención de la ONU sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, operada mediante la Ley 8/2021, los padres podían hacer testamento por sus hijos incapacitados, mediante lo que se llamaba la sustitución ejemplar, en la que ellos decidían quiénes serían los futuros herederos de sus hijos con discapacidad. Esta institución se consideraba poco respetuosa con la dignidad de la persona con discapacidad, y ha sido suprimida por la nueva Ley.

114. ¿Y si ya tenía un testamento en el que se recogía la sustitución ejemplar?

La Ley ha dado una solución para estos casos, y la ha convertido en una sustitución fideicomisaria de residuo, de tal forma que seguiría operativa respecto de los bienes de los que no hubiese dispuesto la persona con discapacidad, pero limitada a los bienes que le hubiese dejado el testador.

115. Entonces, si una persona con discapacidad no puede hacer testamento ¿los herederos de esa persona serían siempre los que marca la Ley?

En principio, eso sería así porque no habría forma de testar por ella. No obstante, podría utilizarse de nuevo la figura de la sustitución fideicomisaria de residuo, que podrá gravar la legítima, pero solo alcanzará a los bienes dejados por el testador, no al resto de bienes de la persona con discapacidad.

116. ¿Entonces ya no es posible establecer unas reglas sobre administración y disposición de los bienes de la persona con discapacidad en testamento?

Como se trata de bienes que se dejan a título gratuito, la ley permite establecer un régimen de administración y disposición, designar a las personas de apoyo y establecer reglas de control. Lo veremos al tratar las donaciones.

117. Si no hay testamento, ¿quién le hereda?

En caso de que no haya testamento, no hay ninguna especialidad para las personas con discapacidad, o con la capacidad modificada judicialmente.

Las legislaciones civiles que lo tratan en España establecen un orden por proximidad en el parentesco, con muy ligeras variantes. El sistema del Código Civil, que es el que tiene más aplicación, es el siguiente:

En primer lugar, los descendientes, por estirpes (hijos, o a falta de cualquiera de ellos, los nietos reciben su parte).

En su defecto, los ascendientes (padres, y si no, abuelos).

El cónyuge, al que las legislaciones autonómicas van equiparando a la pareja de hecho (con alguna peculiaridad territorial, por ejemplo, en el País Vasco el cónyuge o pareja de hecho inscrita adelanta a los ascendientes).

Los hermanos e hijos de hermanos (en defecto de alguno de ellos, también por estirpes, como los hijos).

Los demás parientes hasta el cuarto grado (tíos, primos, sobrinos e hijos de sobrinos).

Si no hay ninguno de los anteriores, la Administración.

118. ¿Le hereda el curador?

Como se deduce de la respuesta anterior, los curadores y otros prestadores de apoyos no tienen, por razón de su cargo, ningún derecho en la herencia de una persona cuyos apoyos se les haya encomendado, a no ser que, por el grado de parentesco, sean herederos por ley como hemos visto antes.

119. ¿Cómo se sabe quién hereda a la persona con discapacidad?

Como a cualquier otra persona. Aquí no hay ninguna consecuencia de la discapacidad, salvo la que vamos a comentar.

En primer lugar, serán herederos quienes se hayan indicado en el testamento por el propio interesado. La especialidad de la discapacidad es que, especialmente en la intelectual, en algunos casos no habrá habido consentimiento suficientemente para hacerlo.

En defecto de testamento, serán herederos los parientes, por un orden determinado, como se ha visto en una pregunta anterior.

La forma de averiguar y justificar quiénes son estos parientes es a través de un expediente en el que se investiga quiénes constituyen su familia, y se determina el derecho de cada uno en la herencia. Aspectos tan simples como si hay hijos, cuántos y quiénes, desconocidos fuera del ámbito notarial, quedan así jurídicamente establecidos. El expediente se tramita en la denominada acta de declaración de herederos abintestato (sin testamento), que es un documento notarial.

Como habitualmente entre ellos estarán los prestadores de apoyos, heredarán en su caso por ser parientes, pero no tienen ninguna preferencia frente a los demás que ocupan una situación como la suya.

120. ¿Hay limitaciones a la libertad de testar?

Sí, en algunas legislaciones hay una serie de bienes que hay que dejar a determinados parientes, que se llaman las legítimas, en especial a favor de hijos, padres y cónyuges. Su cuantía varía de unas regiones a otras, dependiendo si se aplica el derecho común o un derecho foral.

La legítima (mejor, las legítimas) es una parte de la herencia que debe ir a determinados parientes, limitando así la libertad de testar de las personas. Son beneficiarios los descendientes, en su defecto normalmente los ascendientes, y en todos los casos el cónyuge, con abundantes especialidades forales (especialidades de determinados territorios históricos, desde el punto de vista del Derecho Civil). Nos ocuparemos de la legítima de los descendientes.

De estas, la más interesante es la del Fuero de Ayala, aplicable en una zona del noroeste de Álava, que aparece por escrito en 1373, aunque se citaba que existía antes, y que, al adoptarse el derecho de Castilla, en 1487 (con los Reyes Católicos), los ayaleses se reservaron hasta hoy. En la práctica consiste en que ¡no hay legítima! A efectos prácticos, lo mismo sucede en Navarra.

La cuantía varía según las regiones con legislación especial. Un cuarto en Cataluña y Galicia, un tercio en el País Vasco, la mitad en Aragón, entre un cuarto y un medio en Baleares. El resto se rige por el Código Civil, dos tercios.

También varía la forma: normalmente corresponde por partes iguales a todos los hijos (legítima individual); en Navarra basta con que se les reconozca la legítima navarra, pero sin contenido (sistema llamado de legítima formal); en otros sitios es colectiva, es decir, que hay que dejarla a algún descendiente, repartida como se quiera (País Vasco y Aragón), y en el sistema del Código Civil, un tercio individual (a todos igual) y otro colectivo (a algún descendiente).

Para rematar la confusión, normalmente consiste en bienes de la herencia, pero en el País Vasco y Cataluña basta con entregar su valor.

Las regiones sin legítima con contenido económico (Tierra de Ayala y Navarra) o con legítima colectiva (Aragón y País Vasco) permiten concentrar la herencia, si se quiere, en un descendiente con discapacidad que lo necesite. Así que permiten atender mejor a la primera necesidad que mencionábamos antes (concentrar el patrimonio familiar para surtir de medios económicos al hijo con discapacidad, al faltar los padres).

121. ¿Se puede dejar más a unos hijos que a otros, especialmente si tienen alguna discapacidad?

Sí, es posible mejorar a unos hijos frente a otros, es lo que se llama mejorar (en general, desigualar). Esta mejora se podría hacer dejando una porción o porcentaje mayor de la herencia a unos hijos que a otros, o bien dejando bienes concretos. El límite de esta mejora estaría en el respeto a las legítimas del resto de los hijos.

122. Si los hijos son aún muy pequeños y los padres no tienen claro si mejorarlos o no ¿qué podrían hacer? ¿Deberían esperar a hacer testamento?

Efectivamente puede ocurrir en parejas jóvenes con hijos pequeños que aún no tengan muy claras cuáles pueden ser las necesidades futuras de sus hijos, aunque prevean que su hijo con discapacidad pueda necesitar algo más. Dejar para más adelante el testamento puede ser una solución, pero si hay un fallecimiento prematuro, parte del patrimonio (el del fallecido) ya no se podría utilizar para mejorar. La mejor solución en estos casos sería delegar en el cónyuge o la pareja la facultad de mejorar. O sea, que el cónyuge sobreviviente pueda utilizar no solo sus bienes, sino también los de su pareja o cónyuge premuerto para mejorar a los hijos.

123. En el caso de que alguno de los hijos tenga alguna discapacidad, ¿qué especialidades habría en la posibilidad de mejorar?

En el caso de que uno de los hijos tenga discapacidad física superior al 65 % o psíquica superior al 33%, no operan las limitaciones legitimarias que hemos visto, sino que se podrá dejar la totalidad de los bienes al hijo con discapacidad. La persona con discapacidad podrá usar estos bienes y disponer de ellos y consumirlos, pero los bienes que hayan quedado a su fallecimiento irán a parar al resto de sus hermanos. Es lo que se llama un fideicomiso de residuo.

124. ¿Y si los padres quieren dejar arregladas las necesidades vitales de su hijo para evitar que el día de mañana no le falte sustento?

Se podría configurar en el testamento una obligación de alimentos a favor de la persona con discapacidad y a cargo de uno o varios de los herederos. Consistiría en dejar una serie de bienes a uno o varios herederos, normalmente más de lo que les correspondería, pero a cambio obligarle a prestar alimentos a favor de la persona con discapacidad. Aquí el término alimentos debe entenderse en sentido amplio: no solo comida, sino asistencia sanitaria, un lugar donde vivir o un determinado nivel de vida. Todo ello debe configurarse cuidadosamente en el testamento y establecer mecanismos de control para que el obligado a prestarlos los cumpla.

125. ¿Hay alguna medida legal que permita cubrir la necesidad de vivienda de un hijo con discapacidad mientras lo necesite?

Se puede legar a un hijo con discapacidad el "derecho de habitación", o sea, el derecho a vivir en una casa propiedad del testador durante toda su vida. Serían un derecho que solo puede usar él, personalísimo, de tal forma que por ejemplo no podría alquilarla a otras personas, sino que serviría para cubrir su necesidad vital de tener un lugar donde vivir. Es más, si es la casa donde vivía con el testador, no se computaría a efectos de calcular su legítima. Incluso, si existe necesidad por parte de la persona con

discapacidad, se le atribuye por ley ese derecho de habitación, salvo que el testador lo haya excluido expresamente en el testamento. O sea, si un hijo con discapacidad convive con su madre que fallece, y no tuviera otro sitio donde vivir, ese hijo podría continuar viviendo en la casa, aunque su madre no hubiera dispuesto nada en su testamento.

126. Se dice que las cantidades que uno vaya dando en vida a los hijos luego se descontarán de su parte en la herencia ¿Qué pasa con las cantidades que se han ido gastando en las necesidades de un hijo con discapacidad?

La reforma de la Ley 8/2021 dispensa de colación (de descuento) los gastos realizados por los padres o ascendientes para cubrir las necesidades de un descendiente con discapacidad. No se tienen en cuenta en el cálculo de su parte en la herencia.

127. ¿Qué ocurre si de varios hermanos de una persona con discapacidad solo alguno de ellos se ha ocupado de ella cuando esta tenía necesidad de que se ocuparan todos?

La Ley ha introducido un nuevo supuesto de incapacidad para suceder a una persona con discapacidad respecto de los familiares que, estando obligados a atender a la persona con discapacidad, no se hubieran ocupado de ella. Gráficamente, dice que es indigno para suceder quien le negó la ayuda que necesitaba.

128. ¿Hay alguna otra persona que no pueda heredar a una persona con discapacidad?

La nueva regulación ha tratado de excluir personas con las que podría existir conflicto de intereses. De esta manera no podrían ser herederos:

- El tutor o curador representativo, salvo que sean familiares cercanos.
- Respecto de los residentes por razones de salud o asistencia, no podrían heredar sus cuidadores que sean titulares, administradores o empleados del establecimiento público o privado en el que aquellas estuvieran internados, ni tampoco los propios establecimientos.
- Las demás personas físicas que presten servicios de cuidado, asistenciales o de naturaleza análoga al causante, solo podrán ser favorecidas en su sucesión si es ordenada en testamento notarial abierto. Se impone un control notarial de la voluntad de dejarles la herencia.

129. ¿Hay otras figuras del derecho de sucesiones de carácter local que sean útiles para la atención de personas con discapacidad

Hasta aquí hemos seguido el sistema del Código Civil, aplicable en la mayor parte de España. Pero ya hemos visto que hay regiones con diferentes sistemas jurídicos, en especial en materia de herencias. Y algunas de las herramientas jurídicas que regulan pueden tener una importante incidencia en la discapacidad.

Veíamos que las cuestiones que podía atender el derecho sucesorio en esta materia eran, esencialmente: concentrar los bienes del patrimonio familiar para la atención de la persona con discapacidad, y establecer un sistema de apoyo para la administración en su favor de este patrimonio.

Los llamados derechos forales, o derechos propios de estas regiones que, por razones históricas, los han conservado, utilizan algunas de estas figuras.

Ya se ha indicado que algunos sistemas de legítimas permiten concentrar la herencia en alguno de los descendientes, apartando a los demás (legítimas colectivas y formales).

130. El comisario

Esta figura implica la atribución a una persona de diversas funciones en relación con nuestra herencia, después de nuestro fallecimiento. La más importante es que no tendrá que entregarse inmediatamente a los herederos. Puede ordenarse que sea administrada por otro, por un plazo que puede ser el de toda su vida (lo más habitual y tradicional, pero no único, es que el comisario sea el viudo; ahora podemos atribuirlo al prestador de apoyos). Tendrá la administración y representará a la herencia sin repartir. Puede también atribuirse el usufructo (la administración más los rendimientos), bien al propio comisario o al pariente con discapacidad. Y se le puede atribuir la facultad de repartir nuestra herencia conforme a instrucciones del testador o como tenga a bien.

En combinación con una legítima colectiva (la que no hay que repartir por partes iguales, sino a alguno de los descendientes), es una herramienta útil para concentrar el patrimonio, para después de los padres, en el hijo con discapacidad, o en el hijo que se haya hecho cargo de este, con obligaciones de asistencia.

Imaginemos un matrimonio con varios hijos, uno con discapacidad. Sin el comisario, al fallecer uno de los padres se entrega su herencia a los hijos, uno de los cuales va a necesitar en el futuro una atención económica. Con el comisario, se encarga al viudo que lo administre, se fija quién recibe los rendimientos (él mismo o el hijo), y lo reparte como quiera, o incluso determina quién recibe los dos patrimonios al fallecer (el del primer causante y el suyo). La atención económica familiar al hijo se ha prolongado hasta el fallecimiento del último de sus padres. Pues incluso se puede nombrar comisario a otro (o en los casos más avanzados, a una entidad), de modo que esta atención se prolongue durante toda la vida del que la necesita, entregándose el resto al final a los demás descendientes.

131. ¿Dónde hay comisarios o figuras similares?

La figura del comisario está admitida en Galicia, pero allí solo entre cónyuges.

En Aragón existe bajo la denominación de fiducia sucesoria, que podrá ser individual o colectiva (por varias personas), centrada en el cónyuge y la familia.

En Navarra no la hay, pero el carácter de legítima formal, es decir, que no hay que dejar nada con contenido económico a los hijos, permite su atribución al viudo con las más amplias facultades, como propietario de todo.

En Cataluña no existe, pero es tradicional la figura del albacea universal. Tiene muy amplias facultades, según lo ordenado por el testador, para la administración y representación de la herencia hasta su entrega a los herederos. Se incluyen facultades para vender los bienes de que se compone.

En el País Vasco, tradicional en el Fuero de Vizcaya desde la Edad Media, y vigente allí hasta hoy, se extendió en 2015 a toda la comunidad autónoma. Tiene todas las facultades que se han enumerado en los puntos anteriores. En su Ley de Derecho Civil se aclara que el momento de adquisición de la herencia es el del ejercicio del poder testatorio (así se llama desde el punto de vista de lo que puede hacer el comisario), o sea, el de la entrega efectiva al heredero. Esto, unido a las competencias propias en materia de impuesto de sucesiones, permite ajustar la fiscalidad a qué se recibe en herencia y cuándo. En Aragón esta derivación fiscal también se produce desde 2018.

132. ¿Y en el Código Civil?

La tradición del Código es contraria a esta figura, conforme a un principio general que impide que uno pueda testar por otro y en consecuencia pueda adoptar decisiones en la herencia ajena, además del estricto sistema de legítimas. Sin embargo, ha ido evolucionando lentamente en esta materia hasta llegar, en 2003, a la figura llamada fiducia sucesoria (en el Código, delegación de la facultad de mejorar), en la que se pueda encargar al viudo (o al otro progenitor de hijos comunes) la administración y adjudicación por el plazo que se determine, respetando las legítimas estrictas (la parte de herencia que hay que repartir por partes iguales a todos los hijos).

133. El pacto sucesorio.

En algunas regiones existe también la figura que se llama pacto o contrato sucesorio. Consiste en organizar la sucesión en nuestros bienes mediante contrato con los que van a recibirlos o con otras personas, por ejemplo, con su cónyuge. En vez del testamento, que se hace solo por el testador y se puede cambiar cuando queramos, el pacto sucesorio se negocia con los sucesores o con el otro titular del patrimonio familiar, y no se puede cambiar sin su intervención.

Habiendo entre los parientes personas con discapacidad, se puede regular su futura asistencia, concentrando a cambio bienes en los que van a encargarse de ella. E incluso esos que en el futuro van a ser asistidos podemos ser nosotros mismos, para atender a nuestra futura discapacidad, recibiendo bienes el que va a prestar la asistencia, ahora o al fallecimiento.

El contenido puede ser muy variado. Puede incluir la entrega actual de bienes, o simplemente una entrega a nuestro fallecimiento que, sin embargo, no podrá ser modificada sino por todos los que suscribieron el pacto. Y puede hacerse entre personas con regímenes distintos, por ejemplo, unos vascos con unos gallegos, siempre que su legislación personal (la autonómica) lo contemple.

Se regula la posibilidad de hacer pactos sucesorios en Galicia, Aragón, las islas de Ibiza y Formentera, Navarra y el País Vasco. De forma bastante más limitada, en Cataluña. Debemos relacionarlo con la regulación de la legítima en cada región, de modo que el establecimiento de una legítima meramente formal (sin necesidad de entregar nada a los hijos) o colectiva (con libertad para repartir la legítima entre los descendientes, como queramos) dará más amplitud a la libertad de no solo organizar nuestra sucesión, sino también destinarla a la atención futura de los que lo necesiten.

En Aragón, incluso, podremos utilizarlo para designar tutor por los que tienen autoridad familiar para ello. En caso de discrepancia, también podemos acudir a la Junta de Parientes para dirimirla. Es decir, podemos encajar las amplias posibilidades de apoyo familiares con las amplias posibilidades de regulación de la herencia familiar.

LAS DONACIONES

134. ¿Qué bienes puedo donar a una persona con discapacidad?

La discapacidad de una persona no supone ninguna limitación para recibir ninguna clase de bienes, por lo que se le podrá donar cualquier bien.

135. ¿Podría aceptar una persona con discapacidad una donación por sí sola?

Tal y como se ha estudiado en esta guía, dependerá de si tiene o no establecida alguna de medida de apoyo. Pero si no tiene establecida ninguna, y la persona con discapacidad puede llegar a entender y conformar su voluntad, la donación, siendo un acto esencialmente beneficioso para una persona con discapacidad, muy probablemente podrá ser aceptada por ella, aunque precise de algún tipo de apoyo informal.

136. Si deseo donar algún bien a mi hijo con discapacidad pero quiero que a su fallecimiento vaya a otra persona, ¿puedo hacerlo?

Sí. En la donación se puede prever la reversión a favor de otra persona al fallecimiento de la persona con discapacidad, si los mismos bienes continúan en su patrimonio.

137. ¿Podría establecer alguna medida de apoyo para ayudar a la persona con discapacidad a gestionar los bienes que le done?

Cuando se dejen bienes a título gratuito a una persona con discapacidad, ya sea por testamento o por donación, se pueden establecer reglas de administración, disposición y control de abusos para esos bienes. A continuación exponemos algunos ejemplos de lo que podría establecerse en estas reglas:

- Como reglas de administración, respecto de una casa donada se podría establecer que, si se va a alquilar por un número de años determinado, sea necesario que intervenga el propio donante o un hermano; lo mismo en caso de transmisión del inmueble, que no se haga por debajo de un valor de tasación. O respecto de un dinero que se done, que para disponer de importes por encima de una cuantía pudiera ser necesario el apoyo de otra persona.
- Se podrían establecer medida de control de los administradores: que rindan cuentas al Ministerio Fiscal o aun consejo de familia; que para realizar algunos actos de disposición deba intervenir más de uno.
- Los administradores podrán ser uno o más, y con obligación de actuar conjunta o separadamente, según se quiera.

INTERNAMIENTO INVOLUNTARIO

VII INTERNAMIENTO INVOLUNTARIO

138. ¿Qué es el internamiento no voluntario?

Se entiende por ingreso involuntario aquel que se realiza sin que la persona afectada esté en condiciones de entender lo que el mismo supone y, por ello, de prestar su consentimiento libre e informado. Como nos encontramos ante una privación de libertad, nuestro derecho exige que un juez controle dicho ingreso.

139. ¿Para qué sirve?

Existe una serie de situaciones en las que puede ser necesario un internamiento, por ejemplo cuando existe un riesgo para la integridad del enfermo o para la de quienes le rodean: riesgo de autoagresividad, riesgo de heteroagresividad, pérdida o grave disminución de la autonomía personal con imposibilidad para cuidar de sí mismo. Hay que tener en cuenta también la situación sociofamiliar de la persona afectada.

Su principal utilidad es la de proteger a una persona en una situación vulnerable. En unos casos, perseguirá compensar la situación de una persona con enfermedad mental descompensada; en otros, los llamados asistenciales, el dotar a la persona de una atención sociosanitaria permanente que le permita llevar adelante una vida digna que no se puede obtener de otra forma menos gravosa. Esto significa que el internamiento debe ser proporcional a la situación.

140. ¿Cuándo se puede solicitar el internamiento de una persona?

Podrán ser internadas las personas que tengan una enfermedad o deficiencia de carácter psíquico "que afecte a su capacidad de decidirlo por sí misma". Para que estas personas que no pueden tomar una decisión por sí mismas sean ingresadas contra o sin su voluntad, no basta el consentimiento de sus padres o curadores, sino que debe decidirlo un juez sustituyendo su voluntad.

En el internamiento ordinario de los menores de edad, estos han de ingresar en un establecimiento de salud mental adecuado a su edad, previo informe de los servicios de asistencia al menor. En el internamiento ordinario de las personas dotadas de apoyos, el curador representativo necesita autorización judicial para realizar actos de transcendencia personal o familiar cuando la persona afectada no pueda hacerlo por sí misma, todo ello a salvo de lo dispuesto legalmente en materia de internamiento, consentimiento informado en el ámbito de la salud o en otras leyes especiales, por lo que la ley que regula los apoyos se remite al sistema general de los ingresos involuntarios.

141. ¿Quién puede ordenarlo?

El ingreso involuntario es una decisión médica o medico social. En cuanto al internamiento involuntario urgente, quien lo decide en primera instancia es el facultativo, que tiene la "obligación", tras el correspondiente juicio clínico, de adoptar la medida. En relación con el internamiento involuntario ordinario, quien lo autoriza previamente es el juez del lugar donde reside el enfermo a petición o impulso de la familia o de los servicios sociales. Puede darse, incluso, el caso de que posteriormente el especialista del centro rechace el internamiento al no considerarlo indicado. El juez, por ello, en el campo civil no ordena el internamiento (sí lo hace en el penal). Lo que el juez hace es valorar la necesidad del internamiento en beneficio de la persona afectada y, si así lo ve, sustituye su consentimiento al no poder ella hacerlo. El juez no ordena, solo sustituye y autoriza. Nuestra ley prevé dos procedimientos de control judicial de los ingresos involuntarios, según sea urgente el ingreso o no.

142. Control judicial posterior cuando el ingreso sea urgente.

Esto ocurrirá cuando las circunstancias del caso desaconsejen demorarlo en beneficio de la persona que se encuentra en una situación crítica de desamparo o en descompensación psiquiátrica. Para ello:

1. El trabajador social deberá elaborar un informe social con todos los datos que obren en su poder, expresivo de las circunstancias en que la persona se desenvuelve en su vida.
2. Con dicho informe deberá el trabajador social dirigirse al médico a quien corresponda (normalmente el de su centro de salud o el médico de salud mental si fuera su paciente, etc.) solicitándole una intervención sanitaria, limitada en principio, al examen y reconocimiento de la persona.
3. El médico tiene el deber de atender este requerimiento y llevar a cabo la intervención sanitaria en un plazo de tiempo razonable. La negativa injustificada del médico a atender el requerimiento y realizar la intervención sanitaria cuando de ello se derive un grave riesgo para la salud de las personas podría ser constitutiva de un delito de omisión del deber de prestar asistencia sanitaria. El médico deberá examinar a la persona en el lugar en que esta se encuentre y dar respuesta a cuatro preguntas:
 - Primera: si padece algún trastorno psíquico.
 - Segunda: si la solución más aconsejable para su atención y tratamiento, dadas las circunstancias en que desenvuelve su vida, es un ingreso asistencial o bien precisa de un previo ingreso hospitalario.
 - Tercera: si la persona (aunque manifieste abiertamente su oposición) está o no en condiciones de decidir por sí misma sobre el ingreso.
 - Cuarta: si la situación requiere una actuación urgente.

En caso de que el médico aprecie de esa manera la necesidad y urgencia del ingreso, deberá extender un documento en el que exprese la necesidad de proceder al ingreso de modo urgente y facilitar los medios para ello (p. ej., ambulancia) por las razones anteriormente señaladas.

4. Una vez en posesión de ese documento el trabajador social deberá proceder, en su caso, al previo ingreso hospitalario y a poner los hechos en conocimiento de la Delegación Territorial competente en materia de asuntos sociales, por el medio más rápido, solicitando que con carácter prioritario y urgente se facilite una plaza asistencial adecuada al perfil de la persona.
5. Una vez concedida la plaza se procederá a recoger a la persona en el lugar en que se encuentre y a trasladarla, si fuera necesario, con el auxilio de las fuerzas del orden público, hasta el recurso concedido.
6. Una vez realizado el traslado e ingreso, el director de la residencia, a la mayor brevedad y, en todo caso, en un plazo no superior a 24 horas, deberá comunicar el ingreso al Juzgado de 1ª Instancia de guardia que corresponda a la localidad en que se encuentra el recurso.
7. Una vez que el juzgado tiene conocimiento del ingreso, se incoa un expediente de aprobación de internamiento urgente en el que, como mínimo han de practicarse las siguientes pruebas:
 - a) Examen de la persona por un médico distinto de aquel que indicó el ingreso (normalmente el médico forense del juzgado).
 - b) Reconocimiento personal por el juez.
 - c) Informe del fiscal.
8. Una vez concluidas las pruebas, el juez dictará una resolución que puede tener el siguiente contenido:
 - a) Aprobar el ingreso realizado por estimar que estaba justificado. La ratificación no es para siempre y la continuidad de la medida habrá de ser prorrogada, y así controlada, por resoluciones judiciales periódicas.
 - b) Declarar que la persona tiene capacidad suficiente para decidir por sí misma y que, en consecuencia, se proceda según su voluntad.
 - c) No aprobar el ingreso por estimar que no se encuentra justificado.

143. ¿Y si el afectado no consiente el internamiento?

Puede ocurrir que la persona se encuentre en su domicilio y no quiera abrir la puerta o presente alguna oposición al traslado. Normalmente el dispositivo sanitario encargado de realizar el traslado podrá solventar por sí mismo la situación siempre desgarradora de sacar a una persona de su domicilio. En estos casos, si todas las iniciativas de persuasión fracasan, se puede solicitar el auxilio de las fuerzas de seguridad y de los bomberos para entrar en el domicilio aun sin contar todavía con la orden judicial de ingreso involuntario. Las fuerzas de seguridad, en estos casos, no actúan en su faceta de prevención o persecución de delitos sino en el de su obligación de prestar su auxilio y colaboración a los ciudadanos en supuestos de grave necesidad. Si se negaren injustificadamente a hacerlo, señalando que carecen de autorización judicial, que la persona no ha cometido ningún delito, o cualquier otra objeción carente de respaldo legal, podrán incurrir en un delito de denegación de auxilio previsto en el Código Penal..

144. Cuando no se requiera una actuación urgente.

Cuando no es urgente, también está sujeto a control judicial, pero este será previo al internamiento. Un ingreso no será urgente cuando las circunstancias del caso permitan demorarlo sin que suponga un perjuicio grave para la persona. En estos supuestos la actuación es semejante en su inicio al caso de internamiento urgente:

1. Al trabajador social corresponde:

- a) La elaboración del informe social.
- b) La solicitud al médico para que examine a la persona y extienda el correspondiente informe.
- c) Solicitud de plaza a la delegación competente en materia de asuntos sociales.

2. Con esta documentación, el trabajador social puede hacer dos cosas:

- a) Remitirla directamente al juzgado competente solicitando autorización judicial para el ingreso.
- b) Remitirla a Fiscalía, a la Sección de protección de personas con discapacidad y apoyos, quien solicitará al juzgado la autorización judicial del ingreso previo cumplimiento de los trámites previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil (en sus siglas, LEC). Esta es una vía más lenta que debe reservarse para los casos más complejos o dudosos ya que la Fiscalía, antes de actuar, necesita realizar las correspondientes diligencias preliminares para tomar la correspondiente decisión.

3. Recibida la petición en el juzgado, se incoa un expediente de autorización de internamiento involuntario ordinario (no urgente) y se procede a la práctica de las diligencias de prueba.

- a) Examen de la persona por el médico forense del juzgado.
- b) Reconocimiento personal por el juez.

En caso de que la persona mayor no pueda acudir o ser trasladada a la clínica forense o al juzgado, la comisión judicial se trasladará al lugar en el que aquella se encuentre.

- c) Informe del fiscal.

4. Una vez concluidas las pruebas, el juez dictará una resolución que puede tener el siguiente contenido:

- a) Autorizar el ingreso por estimar que está justificado y establecer la necesidad de informes periódicos por parte del recurso asistencial y advertencia sobre la posible colaboración de las fuerzas de seguridad.

- b) No autorizar el ingreso por estimar que no se encuentra justificado.
- c) Declarar que la persona tiene capacidad suficiente para decidir por sí misma y que, en consecuencia, se proceda según su voluntad.

145. ¿Qué establecerá la resolución judicial?

La resolución judicial (en forma de auto) no tiene por qué indicar el centro asistencial u hospital concreto en que la persona vaya a ser ingresada, pues esta es una decisión que corresponde a los organismos sociosanitarios competentes.

En todo momento hay que tener presente que no se trate de un ingreso urgente de carácter psiquiátrico, porque entonces será responsabilidad del médico del lugar, sino de un ingreso de carácter asistencial pero que al ser igualmente involuntario se rige por los mismos preceptos para obtener la persona con discapacidad las mismas garantías.

Los trabajadores sociales necesitan autorización, pues la pretensión es limitar un derecho fundamental (la libertad de una persona), aunque sea en su beneficio. De hecho, no estamos ante un internamiento judicial sino ante el control judicial de un internamiento. Es más, se tratará de una autorización y no de una orden, pero con ella, además del ingreso, podremos obtener también la ayuda de las fuerzas de seguridad y orden público para el traslado.

Esta práctica es común en casos muy graves de desamparo donde es ya la única medida posible y la última, pues se han agotado todas las intervenciones familiares y comunitarias posibles.

Los trabajadores sociales obtienen esas resoluciones (autos) no porque estén legitimados a solicitarla y ni siquiera por analogía porque estuvieran comprendidos dentro de los que tienen legitimación activa para promover una modificación que como figura de protección se le podría asemejar, sino que estarán facultados porque cualquier persona puede poner en conocimiento del juzgado y/o fiscal una situación de desamparo y, conociéndola, estos habrán de actuar protegiendo.

Es evidente que la petición debe ir acompañada de un informe social y de un informe médico, así como, a ser posible, de la identificación del centro donde la persona vaya a ser ingresada si es plaza privada o, al menos, el perfil del recurso asistencial que presumiblemente vaya a conceder la administración autonómica.

Ya sea por un camino u otro, solo un juez puede autorizar una medida y solo un fiscal puede oponerse a ella, pero es el trabajador social quien mejor conoce los recursos y los procedimientos en ámbito social y sanitario, por lo cual es importante ofrecer al jurista cuantos datos sean necesarios y suficientes para dictar una resolución adecuada al caso.

Como no es imprescindible hacerlo a través del Ministerio Fiscal, ya que eso retrasa la resolución, la remisión al fiscal debe reservarse para los casos más complejos o dudosos, en los que no esté clara la concurrencia de causas suficientes para el ingreso involuntario. Por otra parte, los juristas no pueden olvidar que los trabajadores sociales siempre deberían recibir una respuesta por escrito sea cual sea el sentido de la resolución.

146. El internamiento como medida cautelar.

El internamiento involuntario también puede ser realizado como una medida cautelar dentro del procedimiento de dotación de apoyos en la que, si llega al juez o al fiscal el conocimiento de una situación de desamparo, estos habrán de actuar protegiendo.

Es evidente que la petición debe ir acompañada de un informe social y de un informe médico, así como, a ser posible, la identificación del centro donde va a ser ingresado si es plaza privada o, al menos, el perfil del recurso asistencial que presumiblemente le vayan a conceder.

En realidad, más que ante medidas cautelares propiamente dichas, estamos ante medidas de protección, que se basan en los principios de flexibilidad y diversificación de respuestas, ya que las medidas que pueden adoptarse son innominadas y poseen una notoria amplitud siendo cualquiera necesaria para la adecuada protección de la persona con discapacidad o de su patrimonio.

El motivo principal que debe llevar al juez a la adopción de estas medidas es la situación de amenaza y desvalimiento de la persona con discapacidad. Por ello, no son aplicables aquí del todo las teorías clásicas de que las medidas cautelares están preordenadas a la futura ejecución de la sentencia, o la más abierta de que sirven para asegurar la efectividad de la sentencia. Nos encontramos más ante unas medidas provisionales de protección que ante unas medidas propiamente cautelares.

147. ¿Qué duración tienen las medidas cautelares?

Adoptadas las medidas cautelares con carácter previo al procedimiento de modificación de la capacidad, se discute si las mismas dejan de tener vigor en el plazo de veinte días, si no se presentara la correspondiente demanda. Nosotros entendemos que este precepto no resulta de aplicación al caso que analizamos, ya que la norma que lo justifica tiene carácter especial y prima sobre el régimen general de las medidas cautelares. Si las medidas se han adoptado en beneficio de la persona con discapacidad, no pueden perder vigencia en tanto no quede acreditado que han desaparecido las causas que motivaron su establecimiento. Añadamos, además, que no es obligatorio seguir el procedimiento de provisión de apoyos por haberse adoptado las medidas cautelares. Puede ocurrir, y solo a título de ejemplo, que la medida determine que no procede una medida formalizada de apoyo (lo que puede ocurrir a través del internamiento involuntario) o que la acción protectora se haya agotado con la medida adoptada (autorización para intervención quirúrgica) sin que sea precisa ninguna otra.

Ahora bien, lo que no es posible es el mantener *sine die* la medida protectora por esta vía previa por lo que entendemos precisa la fijación de un plazo limitado para la revisión de la medida, de forma análoga a los seis meses que establece la Ley de Enjuiciamiento Civil para el internamiento.

148. ¿Cómo se actúa en casos de tratamiento médicos y personas con discapacidad?

La Ley 41/2002, de 14 de noviembre, norma básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica expresa que todos los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la misma. Además, toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada. La información, que como regla general se proporcionará verbalmente dejando constancia en la historia clínica, comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias.

También serán informadas las personas vinculadas al paciente, por razones familiares o de relación de hecho, en la medida que lo permita de manera expresa o tácita. El paciente será informado, incluso en caso de estar necesitado de apoyos, de modo adecuado a sus posibilidades de comprensión, cumpliendo con el deber de informar también a su representante (titular de medidas representativas si existe).

A través del consentimiento informado, el paciente manifiesta su conformidad de manera libre, voluntaria y consciente para la realización en su persona de un procedimiento diagnóstico o un tratamiento terapéutico que comportan riesgos inevitables de importancia. El paciente debe recibir previamente información precisa sobre el procedimiento, los riesgos que comporta, las posibles alternativas terapéuticas y asistenciales y las consecuencias que se derivan del mismo.

En el caso de que, a criterio del médico, la persona carezca de capacidad natural para prestar ese consentimiento, entra en juego el llamado consentimiento por representación. El consentimiento por representación es el que presta persona diferente de aquella sobre cuyo ámbito de salud se va a actuar y se recabará en los casos de que el paciente no sea capaz de tomar decisiones a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación, cuando el paciente esté sujeto a apoyos, o si es menor de edad o no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención.

En el mismo sentido expuesto respecto al consentimiento informado otorgado por representación, la persona dotada de apoyos puede no firmar por sí su alta voluntaria como paciente, requiriéndose la firma de su representante, o si el juez le dotó de apoyo para los temas médicos en que debe ser asistido por este apoyo. Es necesario en cualquier caso que la solicitud de alta médica voluntaria sea interesada por el paciente en pleno uso de sus facultades, con plena capacidad, requiriéndose para ello que la persona tenga discernimiento suficiente para decidir.

En el caso de no aceptarse el tratamiento prescrito, la Ley 41/2002 de autonomía del paciente permite que se pueda proponer al paciente o usuario la firma del alta voluntaria. Si no la firmara, la dirección del centro sanitario, a propuesta del médico responsable, podrá disponer el alta forzosa. El hecho de no aceptar el tratamiento prescrito no dará lugar al alta forzosa cuando existan tratamientos alternativos, aunque tengan carácter paliativo, siempre que los preste el centro sanitario y el paciente acepte recibirlos. Estas circunstancias quedarán debidamente documentadas.

En el caso de que el paciente no acepte el alta, la dirección del centro, previa comprobación del informe clínico correspondiente oír al paciente y, si persiste en su negativa, lo pondrá en conocimiento del juez para que confirme o revoque la decisión.

149. ¿Cómo se puede actuar ante la negativa a un tratamiento médico?

Si la persona dotada de apoyos se niega a recibir un tratamiento médico incluso en contra de la opinión de su apoyo con atribuciones para asistirle en estas materias, la validez va a depender de lo que determine el documento de establecimientos de apoyos. En el caso de que no se especifique nada a este respecto, pasará a depender del criterio médico respecto a la capacidad natural de la persona con discapacidad, entendida como capacidad de juicio y discernimiento suficientes para entender lo que supone el tratamiento médico. Estamos ante actos que afectan a derechos de la personalidad y, por ello, no pueden sustraerse de su voluntad.

Si el documento de apoyos no dice nada y el médico no aprecia la falta de capacidad natural suficiente para entender lo que supone el tratamiento médico, habrá de respetarse la voluntad de la persona con discapacidad.

Si el documento no dice nada, pero el médico duda de la capacidad natural del afectado para entender el tratamiento médico, entonces parece razonable que decida el juez a iniciativa directa del sujeto afectado por las medidas de apoyo, del médico o del Ministerio Fiscal. Si el documento no dice nada y el médico aprecia sin género de duda la carencia de capacidad natural en la persona con discapacidad para poder entender lo que supone el tratamiento médico entonces, entra en juego lo establecido en la Ley de autonomía del paciente que dispone «cuando el paciente, según el criterio del médico que le asiste, carezca de capacidad para entender la información a causa de su estado físico o psíquico, la información se pondrá en conocimiento de las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho». Aquí se permite el consentimiento otorgado por representación de la persona sin facultades de tomar la decisión por sí misma.

En caso de oposición de la persona que le dote de apoyos con facultades en la materia (que actúan, no en representación de la persona con discapacidad, sino en cumplimiento de la obligación de velar por ella) a tratamientos necesarios o imposibles de retrasar por parte de los representantes legales, será entonces el médico quien informe a la autoridad judicial para que esta decida, con excepción de los casos de urgencia vital o de afectación grave a la salud en los que el médico deberá actuar conforme a su leal saber y entender.

En el caso de que la persona susceptible de apoyos carezca de alguien que pueda prestar el consentimiento al tratamiento médico con la necesaria celeridad, los médicos deberían actuar conforme a lo dispuesto en el Código de Ética y Deontología Médica que dispone que si el enfermo no estuviese en condiciones de dar su consentimiento por ser menor de edad, tener necesidad de apoyos o por la urgencia de la situación, y resultase imposible obtenerlo de su familia o apoyo dotado de dicha atribución, el médico deberá prestar los cuidados que le dicte su conciencia profesional.

LEY DE DEPENDENCIA

VIII LEY DE DEPENDENCIA

150. ¿Para qué sirve la Ley de Dependencia?

En España la ley esencial sobre "dependencia" es la "Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia" (en adelante, LA-PAD).

Esta ley regula los derechos a servicios y prestaciones de las personas que pueden ser beneficiarias con la finalidad de conseguir una mejor calidad de vida y autonomía personal, con independencia del lugar del territorio del Estado español donde se resida

151. ¿Quién puede solicitar la dependencia?

Podrán solicitarla todas aquellas personas que cumplan los requisitos establecidos en el art. 5 de la Ley, que se exponen a continuación de forma resumida: encontrarse en situación de dependencia en alguno de los grados previstos, residir en España y haberlo hecho durante cinco años, de los cuales dos deberán ser inmediatamente anteriores a la fecha de presentación de la solicitud (para los menores de cinco años el periodo de residencia se exigirá a quien ejerza su guarda y custodia).

La solicitud la puede registrar tanto la persona que pueda estar afectada por algún grado de dependencia como quien ostente su representación. Es muy importante tener presente que debe registrarse ante la concreta Administración autonómica correspondiente a la residencia de la persona solicitante (la resolución tendrá validez en toda España, aunque en el caso de cambio de residencia, la comunidad autónoma de destino determinará, en función de su red de servicios y prestaciones, los que correspondan a la persona en situación de dependencia).

152. ¿Qué servicios otorga?

En resumen, los servicios tienen carácter prioritario y se prestarán a través de la oferta pública de la red de servicios sociales por las respectivas comunidades autónomas mediante centros y servicios públicos o privados concertados debidamente acreditados y, si no es posible la atención mediante alguno de estos servicios, se incorporará la prestación económica vinculada (de carácter personal) que estará, en todo caso, vinculada a la adquisición de un servicio. Excepcionalmente, la persona beneficiaria puede recibir una prestación económica para ser atendida por cuidadores no profesionales, pero siempre que se den condiciones adecuadas de convivencia y de habitabilidad de la vivienda y así lo establezca su Programa Individual de Atención (PIA).

Además, existe la prestación económica de asistencia personal que tiene como finalidad la promoción de la autonomía de las personas en situación de dependencia, en cualquiera de sus grados. Su objetivo es contribuir a la contratación de una asistencia personal, durante un número de horas, que facilite al beneficiario el acceso a la educación y al trabajo, así como una vida más autónoma en el ejercicio de las actividades básicas de la vida diaria.

Las prestaciones económicas establecidas en la LAPAD son inembargables (salvo para el supuesto previsto en el artículo 608 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre obligaciones de alimentos reconocidas en sentencia, y en los de separación o divorcio, o en los convenios reguladores).

153. ¿Cotiza directamente el IMSERSO a la Seguridad Social por las personas cuidadoras no profesionales de las personas en situación de dependencia?

Actualmente, desde el 1 de abril de 2019, tienen derecho a solicitar ante la Tesorería General de la Seguridad Social la suscripción de un convenio especial en el Sistema de la Seguridad Social (Régimen General de la Seguridad Social y en situación asimilada al alta), y las cuotas a la Seguridad Social y por Formación Profesional establecidas cada año serán abonadas conjunta y directamente por el Instituto de Mayores y Servicios Sociales (IMSERSO) a la Tesorería General de la Seguridad Social. No se precisa la acreditación de periodo de cotización previo.

La acción protectora es a efectos de las prestaciones de jubilación y de incapacidad permanente, así como de muerte y supervivencia, derivadas de accidente, cualquiera que sea su carácter, o de enfermedad, con independencia de su naturaleza.

154. ¿Cómo se valora la dependencia?

El art. 27 de la LAPAD establece que los grados de dependencia, a efectos de su valoración, se determinarán mediante la aplicación de un baremo que actualmente es el Real Decreto 174/2011, de 11 de febrero, por el que se aprueba el baremo de valoración de la situación de dependencia –BVD– (vigente desde el 18/02/2012).

El baremo valora la capacidad de la persona para llevar a cabo por sí misma las actividades básicas de la vida diaria, así como la necesidad de apoyo y supervisión para su realización por personas con discapacidad intelectual o con enfermedad mental.

155. ¿Qué grados tiene?

La situación de dependencia se clasifica en los grados: I "Dependencia moderada"; grado II "Dependencia severa" y grado III "Gran dependencia".

El significado que determina la ley es el siguiente:

a) Grado I. Dependencia moderada: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria, al menos una vez al día, o tiene necesidades de apoyo intermitente o limitado para su autonomía personal.

b) Grado II. Dependencia severa: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria dos o tres veces al día, pero no quiere el apoyo permanente de un cuidador o tiene necesidades de apoyo extenso para su autonomía personal.

c) Grado III. Gran dependencia: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria varias veces al día y, por su pérdida total de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, necesita el apoyo indispensable y continuo de otra persona o tiene necesidades de apoyo generalizado para su autonomía personal.

156. ¿Se identifica con la discapacidad?

La legislación sobre dependencia se fija en las ayudas que puede necesitar una persona para las actividades de su vida ordinaria, como se ve en la pregunta anterior. Estará causada por una discapacidad.

Los apoyos que una persona necesite desde el punto de vista de la realización de actos jurídicos dependerán de su grado de discernimiento, y es independiente de lo anterior. Una persona con un alto grado de dependencia puede, no obstante, no necesitar ningún apoyo para conformar su voluntad en este tipo de actos.

Veamos el siguiente ejemplo: el Sr. Stephen Hawking tenía necesidad de apoyos para su vida ordinaria, prestados por personas, máquinas y programas informáticos. Entra dentro de los grados de dependencia. Ahora bien, ¿necesitaba que se le prestaran apoyos para contratar con quien publicaba sus libros, organizaba sus conferencias, su contratación en la universidad y demás actuaciones económico-jurídicas? Es evidente que no, lo hacía bien él solo, con apoyos no jurídicos. Una alta dependencia no significa ni implica la necesidad de otros para sus actos jurídico-económicos. Si delega en otros para esos aspectos, es con la base de su capacidad (con poderes), pero no por la falta de ella.

157. ¿Es revisable?

El grado de dependencia será revisable, a instancia del interesado, de sus representantes e incluso de oficio por las Administraciones públicas competentes, por causas de mejoría o empeoramiento de la situación de dependencia o por error de diagnóstico o en la aplicación del correspondiente baremo.

El programa individual de atención (PIA) será revisado a instancia del interesado y de sus representantes legales. Y, también de oficio, en la forma que determine y con la periodicidad que prevea la normativa de las comunidades autónomas o con motivo del cambio de residencia a otra comunidad autónoma.

158. Si un familiar se queda parte de la prestación de la dependencia y no la destina al bienestar de la persona con dependencia ¿sería un delito castigado en el Código Penal?

A partir del 01/07/2015, ya se puede registrar, en todo caso, una denuncia o querrela por un delito de apropiación indebida, administración desleal, o estafa, contra dicho familiar; y si se prueba que se abusó de la vulnerabilidad de la víctima, ya sea por razón de edad o por tratarse de una persona con discapacidad (art.268.1 del Código Penal) podría ser castigado penalmente (además de ser condenado a indemnizar con la devolución con intereses de las cantidades ilícitamente apropiadas vía responsabilidad civil).

RESPONSABILIDAD CIVIL Y PENAL

IX RESPONSABILIDAD CIVIL Y PENAL

159. ¿Qué significa responsabilidad civil?

La responsabilidad civil hace referencia a la obligación de indemnizar económicamente por haber causado un daño o perjuicio a otra persona o a su patrimonio.

Esta responsabilidad puede ser:

- Por hechos propios: los que son realizados por la propia persona; o bien
- Por hechos ajenos: cuando respondemos por los daños o perjuicios ocasionados por otra persona. Por ejemplo, cuando la persona necesitada de apoyo causa un daño a otra persona o a sus bienes, y la persona que le presta apoyo (guardador, padres, curador ..) no ha realizado sus funciones de manera diligente, o bien las ha omitido, responde en este caso por el daño causado por la persona con discapacidad.

160. Las personas mayores de edad con discapacidad ¿son responsables civilmente?

Sí, la persona con discapacidad responderá por los daños causados a otros porque son personas con capacidad jurídica y, por tanto, responderán civilmente por los perjuicios derivados de sus actos, debiendo valorar en el caso concreto si son responsables únicos (responsabilidad por hecho propio) o repararán el daño junto con otros responsables (curador, guardador, padres...).

En consecuencia, resultará responsable civil porque tiene capacidad y, como cualquier persona mayor de edad responderá siempre que haya mediado culpa o negligencia en su conducta. Sin embargo, habrá que valorar en cada caso las consecuencias derivadas de sus acciones, que pueden venir asistidas por una persona de apoyo, a quien le será exigible su deber de diligencia en la prestación de la asistencia, así como en la vigilancia y cuidado de las personas necesitadas de apoyo, respondiendo en tal caso solidariamente.

161. Si la persona con discapacidad es menor de edad, ¿responden los padres o tutores de los daños que sufra el menor? Y de los daños que causen los menores con discapacidad a terceros, ¿también son responsables?

Sí, los padres y tutores responderán de los daños que hubiesen causado al menor por su culpa o negligencia.

Y frente a terceros, de manera general, podemos decir que la responsabilidad civil de los menores y sus padres o tutores es solidaria, lo que lleva aparejado que los progenitores sean (a falta de recursos patrimoniales del menor) los obligados al pago de las indemnizaciones por daños y perjuicios que se fijen en la sentencia civil o penal a favor de los perjudicados y/o víctimas.

162. ¿Es posible que padres o tutores queden exonerados de responsabilidad civil por los daños causados por las personas con discapacidad bajo su guarda?

Con carácter general padres o tutores no quedan exonerados ni siquiera probando ausencia de culpa y negligencia en su labor de guarda (esta labor conlleva responsabilidad subjetiva objetivada, es decir, responsabilidad por una culpa que se presume (*culpa in vigilando, in educando, in instruendo o in custodiendo*), y en consecuencia, responden por hecho ajeno solidariamente con la persona con discapacidad por el daño causado por esta.

Si bien hay una diferencia entre padres y tutores, porque a diferencia de la responsabilidad civil extracontractual de los padres por los hechos de sus hijos, la de los tutores o curadores exige la convivencia con el tutelado, convirtiendo así la convivencia en un requisito para hacer surgir la responsabilidad civil por el hecho dañoso ajeno.

163. ¿Es posible la moderación de la responsabilidad civil de los padres o tutores?

Sí, los tribunales pueden moderar la responsabilidad civil de los padres o tutores cuando el juzgado aprecie que no hubieren favorecido la conducta de aquel con dolo o negligencia grave.

164. ¿Son responsables los centros educativos de los daños que se causen los estudiantes? ¿Y los que causen a otras personas o a su patrimonio?

Sí, los centros educativos tienen obligación de formar a los estudiantes, así como de cuidarlos y vigilarlos, siendo responsables no solo de los daños que sufran durante el tiempo que permanecen en el centro, sino que también se les considera responsables por hechos ajenos por los actos cometidos por sus estudiantes durante el horario escolar que causen daño o perjuicio a otras personas o a sus bienes.

165. ¿Son responsables los centros de internamiento o de terapia ocupacional de los daños que se causen los internos o usuarios a sí mismos?

El centro va a responder siempre que no haya adoptado las medidas adecuadas destinadas a evitar el daño, el accidente o la fuga (vigilancia y seguridad compatibles con la dignidad de la persona y su libre desarrollo de la personalidad) y, en consecuencia, como guardador de hecho será responsable civilmente de los perjuicios que se causen al mismo aunque procedan de su actuar basándose en la culpa in vigilando, sin que pueda alegar la falta de medios para la custodia de la persona con discapacidad.

166. Los curadores con facultades asistenciales, ¿de qué responden?

Responden solidariamente junto a la persona con discapacidad cuando esta es responsable del acto necesitado de apoyo asistencial, por su deber de vigilar y/o de cuidar, así como de su obligación de asistir a la persona con discapacidad respetando sus preferencias y gustos.

Recordemos que el curador es la principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad cuya función es la asistencia, apoyo y ayuda, realizada atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, de tal manera, que si incumple este deber y causa daño a la persona necesitada del apoyo o a terceros responderá individualmente por el perjuicio causado.

167. Los curadores con facultades representativas ¿de qué responden?

En los casos en los que sea preciso, y solo de manera excepcional, la ley contempla la posibilidad de atribuir al curador funciones representativas que el juez debe fijar en sentencia judicial especificando los supuestos en los que el curador tiene tales facultades.

En estos casos, el curador con facultades representativas responde individualmente de los actos en los que el curador ha prestado u omitido el consentimiento referido a los contratos que la persona protegida no puede celebrar por sí sola, que son solo aquellos en los que el curador tiene asignadas las funciones de representación determinadas en sentencia judicial. Asimismo, será imputable como responsable civil de aquellos actos de hacer, dar o no hacer cuyo cumplimiento le fuera asignado por el juez bajo función representativa y que hayan causado daño o perjuicio a la persona o bienes del curatelado o de terceros.

168. ¿Debe responder el guardador de la administración frente a la persona protegida? ¿Cuándo prescribe la acción?

Sí, al término de la patria potestad o curatela, los hijos o las personas sometidas a curatela podrán exigir la rendición de cuentas de la administración que se ejerció sobre sus bienes hasta entonces, y el guardador deberá responder de los daños que hubiese causado por su culpa o negligencia a la persona a la que preste apoyo.

La acción para exigir el cumplimiento de esta obligación prescribirá a los tres años.

169. ¿Es responsable el defensor judicial de los actos que no realice en interés de la persona con discapacidad?

Sí, el defensor judicial es nombrado por el juez cuando en algún asunto exista conflicto de intereses entre la persona con discapacidad y sus representantes legales, y en tales actos tiene obligación de decidir siempre atendiendo al interés de la persona con discapacidad, de manera que el incumplimiento de esta obligación genera responsabilidad civil y obligación de reparar el daño causado a quien reciba su apoyo.

170. ¿Cómo afecta la discapacidad a la responsabilidad penal?

La responsabilidad penal es consecuencia jurídica (otra es la civil) de la realización de una infracción criminal. Es importante destacar que el Código Penal establece que a efectos penales se entiende por discapacidad aquella situación en que se encuentra una persona con deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales de carácter permanente que, al interactuar con diversas barreras, puedan limitar o impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás.

Asimismo, a los efectos de este Código, se entenderá por persona con discapacidad necesitada de especial protección aquella persona con discapacidad que, esté o no dotada de apoyos judiciales, requiera de asistencia o apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica y para la toma de decisiones respecto de su persona, de sus derechos o intereses a causa de sus deficiencias intelectuales o mentales de carácter permanente.

En principio la comisión de una infracción penal conlleva siempre la imposición de una pena a su autor. Ahora bien, lo que el juzgador habrá de determinar es si esa persona comprende la ilegalidad de la infracción o si es consciente de tal ilegalidad porque si determina que la persona no ha podido controlar ni evitar la comisión de la infracción, dicha persona carecerá de responsabilidad penal o esta se atenúa según el grado de afección padecido.

En este sentido se tiene en cuenta el concepto de inimputabilidad, es decir ha de determinarse si el sujeto es incapaz de conocer el significado antijurídico de su comportamiento o de poder orientar su conducta conforme a ese conocimiento; en este caso estamos ante la ausencia de culpabilidad, esto es, ante la falta de la capacidad para ser culpable de la infracción criminal.

171. ¿Qué se puede hacer ante comportamientos antijurídicos de estas personas inimputables?

En estos casos, el juez puede acordar la aplicación de una medida de seguridad. En atención a la intensidad de los efectos psicológicos de la alteración psíquica, el Código Penal dispone de distintas consecuencias:

- Exención total de responsabilidad en caso de falta total de capacidad, casos de falta total de comprensión de que algo es ilícito o de tener alterada la conciencia de la realidad, por motivos de una anomalía o alteración psíquica o alteraciones en la percepción desde el nacimiento o la infancia.
- Atenuación de la responsabilidad penal, si no concurren todos los requisitos anteriores.

Ello conlleva distintos efectos a la hora de imposición o no de pena y medida de seguridad: exención de pena y posibilidad de medida de seguridad en el primer caso; atenuación privilegiada de pena y posibilidad de medida de seguridad en el segundo

172. ¿Serían responsables civilmente?

Los actos ilícitos penales llevan consigo responsabilidad civil, en este caso frente a la víctima. Esta consistirá en la restitución a la situación anterior, la reparación del daño y la indemnización de los perjuicios causados.

La falta de responsabilidad penal motivada por una exención no comprende la falta de responsabilidad civil. En los casos afectantes a personas con discapacidad, como los casos que hemos visto, estas responden civilmente. Sin perjuicio de ello, es decir, además, el Código Penal declara responsables a quienes ejerzan su apoyo legal o de hecho, siempre que haya mediado culpa o negligencia por su parte. Y, en defecto del que cometió el delito, se añade la responsabilidad civil de los curadores con facultades de representación plena que convivan con la persona a quien prestan apoyo, siempre que haya por su parte culpa o negligencia.

173. ¿Qué tipo de medidas de seguridad hay?

Las medidas de seguridad pueden ser de dos tipos: 1. Medidas de seguridad privativas de libertad, como el internamiento para tratamiento médico o educación especial en un establecimiento adecuado a la enfermedad padecida. 2. Medidas de seguridad no privativas de libertad. El Código Penal contempla un amplio abanico de estas medidas, entre las que destacan la sumisión a tratamiento médico externo en centros médicos o establecimientos de carácter sociosanitario, la obligación de residir en un lugar determinado, el sometimiento a custodia familiar, la prohibición de acudir a determinados lugares o visitar establecimientos de bebidas alcohólicas, sometimiento a programas de tipo formativo, de educación sexual, etc. La duración de las medidas es variable, ya que, durante la ejecución de estas, el juez, mediante un procedimiento contradictorio en el que se valorarán los informes de los facultativos y demás profesionales que asisten al sometido a la medida, podrá:

- Sustituir la medida acordada por otra que estime más adecuada.
- Dejar en suspenso la ejecución de la medida en atención al resultado ya obtenido, si bien la suspensión quedará condicionada a que no vuelva a delinquir.
- Acordar el cese de la medida de seguridad impuesta en cuanto desaparezca la peligrosidad criminal de la persona sometida a la misma.

En el caso de la medida de internamiento, como medida privativa de libertad, se establece legalmente la limitación de que la misma no puede exceder de la extensión máxima que pudiera haberse impuesto de prisión, en caso de no haberse aplicado la eximente.

174. ¿Y la persona con discapacidad como víctima?

En el caso de la persona con discapacidad víctima de un delito, el Código Penal crea agravantes específicas como la de cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, razones de género, la enfermedad que padezca o su discapacidad.

Por último, hay algunos tipos penales específicos que contemplan la discapacidad y, que hacen referencia, al abandono de la persona con discapacidad o a cometer otros delitos aprovechando la situación de vulnerabilidad de la persona con discapacidad.

DISPOSICIONES EN RELACIÓN CON LA LEGISLACIÓN ANTERIOR

X DISPOSICIONES EN RELACIÓN CON LA LEGISLACIÓN ANTERIOR

Un cambio de ley provoca normalmente conflictos con las situaciones reguladas con una anterior que regulara las mismas situaciones. La Ley 8/2021 ha establecido una serie de normas complementarias, que se aplican adicional o transitoriamente (no de forma permanente). Veamos algunas:

175. Formación en medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica

Se asegurará una formación general y específica, en medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica, en los cursos de formación de jueces y magistrados, fiscales, letrados de la Administración de Justicia, fuerzas y cuerpos de seguridad, médicos forenses, personal al servicio de la Administración de Justicia y, en su caso, funcionarios de la Administración General del Estado, de las comunidades autónomas o de las entidades locales que desempeñen funciones en esta materia

176. Colaboración entre la Administración de Justicia y las entidades del Tercer Sector de Acción Social

El Ministerio de Justicia o las comunidades autónomas que tengan transferidos los servicios en materia de administración de justicia podrán reconocer como entidades del Tercer Sector de Acción Social colaboradoras de la Administración de Justicia a determinadas organizaciones o entidades, para desempeñar las siguientes actuaciones:

1. Informar, auxiliar, asistir, aportar conocimiento experto y, en general, cooperar con la Administración de Justicia.
2. Actuar como interlocutores ante el departamento ministerial o autonómico responsable de la justicia a través de sus órganos de participación y consulta.
3. Colaborar con la Administración de Justicia en el diseño, desarrollo y aplicación de todo tipo de iniciativas, programas, medidas y acciones que redunden en la mejora del servicio público de la justicia.

177. ¿Qué pasa con las privaciones de derechos actualmente existentes?

Quedarán sin efecto las privaciones de derechos impuestas en sentencias judiciales dictadas antes de entrar en vigor la ley (por ej., prohibiciones para hacer testamento, para obtener o mantener el permiso de circulación o de armas, etc.)

178. ¿Cuál es la situación de los anteriores tutores, curadores, padres con la patria potestad prorrogada o rehabilitada?

Los que vengán ejerciendo cargos de protección o apoyo (tutores, curadores...), seguirán ejerciéndolos conforme a las nuevas disposiciones, si bien:

- A los tutores se les aplicarán las normas de curadores representativos
- Los ejercientes de la patria potestad prorrogada o rehabilitada seguirán ejerciéndola hasta que la sentencia sea revisada

179. ¿Qué pasa con las sentencias de incapacitación o modificación de la capacidad que ya existían?

Las personas con capacidad modificada judicialmente, los progenitores que ostenten la patria potestad prorrogada o rehabilitada, los tutores, los curadores y los defensores judiciales podrán solicitar al juez la revisión de las sentencias para que se adapten a la nueva ley:

- La revisión deberá efectuarse en el plazo máximo de 1 año desde la solicitud por los interesados.
- Cuando no exista esa solicitud, la revisión se hará de oficio por el Juez, o a instancias del Ministerio Fiscal, en un plazo máximo de 3 años desde que entró en vigor la ley (tres de septiembre de dos mil veintiuno).

180. ¿Y los poderes preventivos anteriores a la ley?

Los poderes preventivos ya existentes al dictarse la ley mantienen su vigencia. Como entonces no estaba previsto que se sujetara a las normas de la curatela por lo que el poderdante no tenía ocasión de liberarse de esta obligación, como ocurre en los poderes preventivos actuales, le ley ha distinguido: se aplicarán algunas, pero las referentes a prestar fianza, hacer inventario y las autorizaciones judiciales para determinados actos no se aplicarán.

Junto a estos poderes preventivos estaban aquellos que, por no haberse previsto la situación de discapacidad, se anularían si se incapacitaba al poderdante. Ya no hay esta incapacitación, por lo que esos poderes ya no se anularán, aunque quedan al margen del sistema de medidas de apoyo al que sí que pertenecen los preventivos.

