

EL IMPACTO DE LA REFORMA DEL DERECHO CIVIL

#sujetosyNObjetos
#DerechossonHechos

PREGUNTAS
BÁSICAS

1



Fundación ONCE
para la cooperación e integración social
de personas con discapacidad



EL IMPACTO DE LA REFORMA DEL DERECHO CIVIL

#sujetosNOobjetos
#DerechossonHechos

1

PREGUNTAS BÁSICAS



Fundación ONCE
para la cooperación e integración social
de personas con discapacidad



FUNDACIÓN CERMI MUJERES



COMITÉ ESPAÑOL
DE REPRESENTANTES
DE PERSONAS
CON DISCAPACIDAD



¿Cuáles son las principales novedades de la reforma y qué significa desde un punto de vista práctico el cambio legislativo?

La reforma recientemente aprobada por nuestras cámaras legislativas supone, mediante el cambio que introduce en numerosas leyes, la asunción de los principios inspiradores de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Ello significa que la consideración de las personas con discapacidad cambia radicalmente. Hasta ahora, cuando una persona necesitaba asistencia o ayuda para celebrar un negocio o actuar con trascendencia jurídica había que acudir a un procedimiento judicial de incapacitación o modificación de su capacidad que conllevaba la pérdida o restricción de su capacidad. Ello suponía que se designaba una persona que en adelante la sustituiría cuando hubiera que tomar una decisión que la afectara. Era esa persona, su representante legal, quien decidía cuando, cómo y con qué contenido se celebraba un negocio jurídico como una compraventa, herencia, donación.

Tras esta reforma el sistema cambia radicalmente y cuando una persona necesite ayuda para celebrar un negocio jurídico, en vez de designar una persona que la sustituya, se designa y diseña, con su intervención, un mecanismo de apoyo que la asiste en su toma de decisiones y en la formalización del negocio jurídico en el que esté interesada.

De ese principio derivan una serie de consecuencias que van a suponer un cambio sustancial.

Para empezar, se elimina la incapacitación o modificación de la capacidad como forma de protección, desapareciendo la tutela de las personas con discapacidad. Además, salvos supuestos excepcionales en que la persona no pueda exteriorizar su voluntad, nadie podrá sustituir en su toma de decisiones a la persona, que podrá valerse, tanto ante los juzgados como en notarías y otras instituciones públicas, de los ajustes que sean precisos para formar y exteriorizar su voluntad. Así, será exigible que se ponga a su disposición todos los medios técnicos y humanos que faciliten esa intercomunicación con las instituciones públicas.

Por otro lado, las disposiciones de la persona con discapacidad son preferentes a las establecidas por el juzgado, reservándose su intervención y la del ministerio fiscal a aquellos supuestos en que las disposiciones voluntarias sean ineficaces, no existan o se ejerciten de manera inadecuada.

¿Cuál es la situación en la que quedan las personas que con anterioridad habían sido incapacitadas, generalmente sujetos a tutela? Los cambios que se aproximan ¿se aplicarán automáticamente a las personas con discapacidad previamente incapacitadas o habrá que solicitarlo? ¿Quiénes pueden presentar esa solicitud?

Respecto de las personas incapacitadas o cuya capacidad hubiera sido judicialmente modificada con anterioridad, si estaban sometidos a tutela, el tutor designado seguirá ejerciendo su cargo, pero a partir de la entrada en vigor de la reforma deberá hacerlo con sujeción a las reglas que la nueva redacción establece para los curadores representativos. Es decir, de manera muy similar a la que se han desarrollado hasta ahora, aunque en todas sus actuaciones habrán de atender al nuevo espíritu de la ley, interviniendo con la persona con discapacidad y teniendo en cuenta sus deseos, voluntades y preferencias.

Si se trata de personas no sometidas a tutela pero sí a patria potestad prorrogada o rehabilitada, seguirán en esa situación hasta que se revise su situación con arreglo a lo que después veremos. Es decir, los padres seguirán desempeñando esa función con arreglo a la legislación anterior en tanto no se produzca la revisión judicial que prevé la propia ley de reforma.

En cualquier caso, la persona sometida a tutela, los progenitores que ostenten la patria potestad rehabilitada o prorrogada, los tutores, los curadores, los defensores judiciales y los apoderados preventivos de las personas con discapacidad, 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 nueva regulación, para adaptarlas a esta. Se establece un plazo máximo de un año desde que se presente dicha solicitud para que las medidas de apoyo anteriores sean revisadas. Dicha revisión para adaptar su necesidad de apoyos a la nueva legislación sólo puede solicitarse por vía judicial, que habrá, no obstante, de tener en cuenta su voluntad y preferencias.

Aun a falta de solicitud de las personas anteriores, dicha revisión habrá de realizarse de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal que tenga conocimiento de esa situación en un plazo máximo de tres años.

Respecto de las personas con discapacidad mayores de edad que no hubieran sido incapacitadas, ¿qué salidas se le ofrecen con arreglo a la nueva legislación?

Conforme a la nueva regulación del Código Civil, cualquier persona mayor de edad o menor emancipada, concurra en ella o no una discapacidad que pueda dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica, podrá prever o acordar en escritura pública medidas de apoyo relativas a su persona o bienes.

Esas medidas de apoyo, las llamadas por el Código civil “voluntarias” suponen la posibilidad de delimitar libremente el sistema de apoyos de que se ha de valer la persona para tomar sus decisiones y podrá delimitar tanto el régimen de su actuación, el alcance de las facultades de la persona o personas que le hayan de prestar apoyo, 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, incluidos plazos de revisión de las medidas de apoyo, con el fin de garantizar el respeto de su voluntad, deseos y preferencias. Lógicamente, esas medidas de apoyo no tienen por qué limitarse a optar por alguno de los modelos “típicos” de apoyo que prevé el Código, sino que pueden ser diseñadas por la propia persona.

Necesariamente ese diseño debe realizarse mediante escritura pública, porque será el notario, como autoridad e institución imparcial, quien se encargará de escuchar a la persona, indagar su voluntad, adecuarla a las disposiciones legales, informarle sobre el alcance de las mismas y dotar por tanto de seguridad al sistema.

La finalidad de este sistema es, no debemos olvidarlo, permitir el desarrollo pleno de su personalidad y el desenvolvimiento jurídico de la persona con discapacidad y deberán siempre estar inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de su derecho a decidir.

Uno de las novedades que incorpora la reforma es que las medidas de apoyo o asistencia de origen legal o judicial sólo se aplicarán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate. Es decir, sólo cuando la persona afectada no pueda o no haya expresado y diseñado su modelo de asistencia y acreditando que sea necesario, podrá hacerlo la autoridad judicial.

Eso sí, 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 los criterios de respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona que las requiera, o las necesarias para evitar injerencias o influencias indebidas. Es decir, si tales medidas son insuficientes o se ejercen indebidamente. Podrán solicitar la adopción de dichas medidas, además de la persona afectada, el cónyuge no separado de hecho o legalmente o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, su descendiente, ascendiente o hermano.

El notario que autorice la escritura que contenga la formalización del apoyo, comunicará de oficio el documento público que contenga las medidas de apoyo al Registro Civil para su constancia en el registro individual del otorgante. La finalidad de esta obligación es asegurar que la autoridad judicial ante la que se inicie, en su caso, un procedimiento para la constitución de un sistema de apoyo o asistencia, conozca de esas disposiciones voluntarias y actúe en consecuencia, puesto que como vimos, solo en defecto o por insuficiencia de estas medidas de naturaleza voluntaria, y a falta de guarda de hecho que suponga apoyo suficiente, podrá la autoridad judicial adoptar otras supletorias o complementarias.

Y si hay disposiciones de la persona con discapacidad y se promueve por otras personas en el juzgado otras formas de apoyo, ¿cuáles de ellas prevalecen? ¿podría el juez modificarlas o anularlas?

En principio la ley deja claro que las medidas que la propia ley denomina “voluntarias”, tienen preferencia sobre las judiciales. Por tanto, si el Juzgado comprueba que la persona ha adoptado tales medidas y que estas son viables, debe respetarlas y no aceptar la tramitación de otras medidas judiciales que hubiesen sido instadas por otras personas. Puede ocurrir, no obstante, que el juez considere que las medidas voluntarias no sean válidas, bien porque se refieran o se designan para que presten apoyos a personas que no pueden realizarlo o porque no se adecuen a lo dispuesto en la ley (supuesto que sería excepcional porque, como vimos, deben estar documentadas por un notario). En tal caso, el juez debe oír a la propia persona con discapacidad, y proponerle la modificación de las medidas voluntarias que considere imprescindibles.



Al parecer desaparece la patria potestad prorrogada o rehabilitada. ¿Qué podemos hacer las familias cuando nuestros hijos necesiten apoyos importantes para evitar que queden desamparados?

Uno de los extremos de la reforma que más inquietud plantea a las familias en relación con las personas con discapacidad que necesiten apoyo en su toma de decisiones es precisamente éste. Instituciones de sustitución como la patria potestad prorrogada o rehabilitada son contrarias al espíritu y principios de la Convención y de nuestro ordenamiento en cuanto suponen que, en vez de la persona afectada, las decisiones para celebrar un negocio jurídico y para delimitar su contenido sean asumidas por una persona distinta que tome las decisiones. Además, la equiparación de las personas con necesidad de apoyo a los menores de edad venía a contradecir las mínimas exigencias de respeto a su dignidad y al reconocimiento de su capacidad que la Convención establece.

No hemos de olvidar que las personas menores de edad, a pesar de los cambios normativos, quedan sujetos a la patria potestad y, en su caso, cuando fuere necesario, a la tutela, instituciones que en adelante necesariamente se extinguen cuando alcanzan la mayoría de edad. A partir de ese momento es de aplicación el principio general que subyace en nuestro Código Civil, que cualquier persona mayor de edad o menor emancipada puede prever y acordar en escritura pública medidas de apoyo y asistencia relativas a su persona y bienes, el alcance de las facultades de la persona o personas que le hayan de prestar apoyo, forma de ejercicio del apoyo e incluso las medidas, órganos de control o salvaguardas que estime oportuno. Además, como en cualquier otro caso, solo en defecto o por insuficiencia de estas medidas de naturaleza voluntaria podrá la autoridad judicial adoptar otras supletorias o complementarias.

La especialidad con relación a estas situaciones deriva del hecho de que durante los dos años anteriores a que alcancen la mayoría de edad si se prevé razonablemente que van a necesitar apoyo en el ejercicio de su capacidad puedan ellas mismas, sus progenitores, el tutor o el fiscal, solicitar de la autoridad judicial la adopción de medidas de apoyo para cuando alcance la mayoría de edad. En todo caso deberá atenderse a su voluntad, deseos y preferencias y sólo se adoptarán estas medidas cuando el mayor de dieciséis años no ha hecho ya sus propias previsiones.

Finalmente, y con carácter general, debemos tener en cuenta que el que disponga de bienes a título gratuito en favor de una persona necesitada de apoyo podrá establecer las reglas de administración y disposición de aquellos, así como designar la persona o personas a las que se encomienden dichas facultades, así como establecer los órganos de control o supervisión que se estimen convenientes para el ejercicio de las facultades conferidas. Esta previsión, no limitada a los menores de edad, podría igualmente solventar, siguiendo la voluntad de la persona donante o que disponga en testamento de bienes a favor de otra, esa necesidad de establecimiento de apoyos a la persona beneficiaria de los bienes en cuanto al régimen de administración, disposición y destino de estos.

En adelante si una persona con discapacidad pretende celebrar un acto jurídico y necesita asistencia, ¿a qué instituciones puede acudir?

La persona con discapacidad puede en adelante reconocerse en varias situaciones. Pueden ser personas que no necesiten apoyo alguno para celebrar un acto o negocio jurídico, en cuyo caso su situación se equipara al del resto de los ciudadanos. No necesitaría apoyo alguno y podrá celebrar por sí el negocio o el acto de que se trate.

Por el contrario, pueden ser personas que necesiten apoyo en la toma de decisiones. En este supuesto, si la propia persona con discapacidad hubiese delimitado su propio sistema de apoyos y establecido medidas de apoyo voluntarias, serán estas las que se usarán para realizar los actos jurídicos que lo requieren, en todo caso, acompañando, apoyando a la persona, no sustituyéndola, en cuyo caso, habrá que estar a lo que en la escritura que aquella haya otorgado al respecto se disponga.

Sólo para el caso en que la persona no haya delimitado o definido un sistema de apoyos y sea necesario, corresponderá acudir a la autoridad judicial que, en base a los principios de preferencia de voluntad de la persona y mínima intervención, será la que establezca ese sistema de apoyos, al que habrá que estar cuando pretenda celebrar el acto o negocio jurídico correspondiente.



¿Es verdad que a partir de ahora, las personas con discapacidad podrán por sí solas celebrar cualquier contrato o negocio jurídico?

Las personas con discapacidad gozan, con arreglo al nuevo sistema, de plena capacidad jurídica, y en igualdad de condiciones que los demás ciudadanos. Lo determinante a partir de ahora es que la persona, al igual que los demás ciudadanos, sea capaz de entender y percibir las consecuencias jurídicas, económicas y familiares de los actos o negocios en que interviene. En aquellos supuestos en que la persona con discapacidad necesite asistencia o apoyo para entender y celebrar un acto o negocio, podrá valerse de aquellos con arreglo, en primer lugar, a lo que ella haya previsto. Si es necesario y ella no ha previsto nada, ese apoyo y asistencia vendrá determinado por una resolución judicial.

Por tanto, en ocasiones, la persona con discapacidad podrá actuar por sí sola o, por el contrario, podrá valerse de esos apoyos o asistencia, pero en ningún caso podrá prescindirse de ella al celebrar el negocio jurídico de que se trate y, ante todo, no podrá verse excluida por razón de la discapacidad.

¿Qué papel desempeña el notario con arreglo a la nueva regulación? ¿Cuándo hay que acudir al juzgado para establecer los apoyos que necesite la persona con discapacidad?

Con arreglo a la legislación anterior, la protección de las personas que necesitaban asistencia en el ejercicio de su capacidad pasaba necesariamente por la privación de sus derechos y necesitaba de una resolución judicial que así lo estableciese. La decisión de celebrar un negocio jurídico, de delimitar su contenido e incluso la de intervenir en su conclusión, se atribuían a una persona que la sustituía, normalmente el tutor. La persona con discapacidad se veía privada de su capacidad y, como tal privación, requería como garantía que esta decisión fuese acordada por la autoridad judicial a través de un procedimiento denominado de incapacitación o modificación de la capacidad.

El régimen ha cambiado y se ha asumido un esquema novedoso que, en aras del respeto a la capacidad de las personas con discapacidad, permite que éstas tomen sus propias decisiones con arreglo a su voluntad y preferencias. Aun así, si la persona necesita apoyo en el ejercicio de su capacidad, lo que a partir de ahora se establece es un régimen de asistencia y apoyo que ella misma podrá delimitar con arreglo a su voluntad y de manera preferente a las que pudieran derivar de una disposición legal o judicial. El vehículo para hacer efectiva esa autonomía de la voluntad y el establecimiento de los apoyos que se consideren necesarios es la escritura pública, por lo que la función notarial adquiere una dimensión y responsabilidad novedosa y de enorme trascendencia. Hasta ahora, cuando una persona acudía al notario a celebrar cualquier negocio jurídico y se trataba de una persona necesitada de apoyo o asistencia, el propio notario no tenía otra opción que remitir a un procedimiento judicial de incapacitación. Ahora, con asistencia y asesoramiento del notario, que deberá valerse de los medios que necesita para poder entender las instrucciones y decisión de la persona con discapacidad, será la propia persona la que establezca ese sistema de apoyos con arreglo a su voluntad, que el notario, como cuando se trata de cualquier otro ciudadano, deberá indagar, interpretar y adecuar al ordenamiento jurídico.

En cuanto a la pregunta de cuándo habrá que acudir a la autoridad judicial, queda claro con arreglo al nuevo texto que solo en defecto o por insuficiencia de estas medidas de naturaleza voluntaria, y a falta de guarda de hecho que suponga apoyo suficiente, podrá la autoridad judicial adoptar otras supletorias o complementarias. En otras ocasiones dispone el código, refiriéndose a las medidas de apoyo, que las de origen legal o judicial solo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate.

Por tanto, la persona que necesita apoyo o asistencia no ve necesariamente judicializada su vida, y sólo necesitará recurrir a un procedimiento judicial en aquellos casos excepcionales en los que, como cualquier otra persona, vea conculcado sus derechos, no se haya establecido, siendo necesario, un sistema de apoyos voluntarios o el ejercicio de estos sea inadecuado.



Si no es necesario acudir al juzgado para designar los apoyos de una persona con discapacidad, ¿no supondrá eso desamparo o inseguridad para esas personas?

La persona con discapacidad que esté necesitada de apoyos en su toma de decisiones, como venimos viendo, puede establecer mediante escritura pública el régimen de asistencia que le sea de aplicación, ya se trate de un acto concreto o para que le sea de aplicación siempre que en adelante le sea necesario. Ese sistema, en cuanto voluntario, podrá ser modificado por la persona con discapacidad en cualquier momento posterior, de modo que ella misma podrá tomar las disposiciones que sean adecuadas si esos apoyos no se ejercitan de manera adecuada.

Además, ello no es obstáculo para que en caso de que el ejercicio de esas funciones sea inadecuado, las mismas personas legitimadas para solicitar judicialmente el establecimiento de apoyos, es decir, su cónyuge no separado de hecho o legalmente o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, su descendiente, ascendiente o hermano o el ministerio fiscal, puedan solicitar por esa misma vía su modificación. Será un caso excepcional, pues las disposiciones voluntarias de la persona son siempre de aplicación preferente, pero de ese modo queda abierta la protección que, como a cualquier ciudadano, ha de prestar la administración de justicia a través del Ministerio Fiscal y de la autoridad judicial.

Este sistema supone que la persona con discapacidad no sufra desamparo, pero que tampoco, como sucedía antes, se vea obligada a acudir desde un primer momento a un procedimiento judicial costoso, dilatado en el tiempo y al que quedaba sometida de por vida, y que, en cualquier caso, se respete su voluntad y preferencias, evitando, al mismo tiempo cualquier manipulación o conflicto de intereses.

¿Qué podría hacer la persona con discapacidad que sufre abusos en el ejercicio de las funciones de curatela o cualquier otra forma de apoyo?

Evidentemente, puede haber supuestos en que la persona o institución que desempeñe las funciones de apoyo, ya sea este voluntario o judicial, se conduzca mal en el ejercicio de esas funciones. Ya hemos visto que en primer lugar, la persona sujeta a ese régimen de apoyos y asistencia, como su cónyuge no separado de hecho o legalmente, quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, su descendiente, ascendiente o hermano o el Ministerio Fiscal, puedan solicitar judicialmente la modificación del régimen de ejercicio e incluso la extinción del poder preventivo.

Ello se entiende, además, sin perjuicio de la responsabilidad que podría reclamarse a las personas o instituciones de que se trate. Hemos de partir de que la persona que presta el apoyo deberá actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera, procurando que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias. Y, desde luego, debe evitar participar en decisiones de la persona con discapacidad en la que exista conflicto de intereses con esta, o realizarles ningún tipo de influencias indebidas para que adopte una decisión. Y todo ello, independientemente de lo intenso del apoyo que sea necesario, ya se trate de un sistema voluntario, guarda de hecho, defensor judicial o curatela.

Además de las cautelas que ordena la propia persona asistida, la autoridad judicial podrá dictar las salvaguardias que estime oportunas a fin de asegurar que el ejercicio de las medidas de apoyo se ajuste a los criterios resultantes de esos mismos principios, procurando siempre evitar situaciones en las que, al prestar apoyos se puedan generar conflicto de intereses o influencias indebidas.

Estos mismos principios inspiran la regulación que de cada una de las instituciones de apoyo, voluntarias o judiciales, regula nuestro Código Civil, a saber poderes preventivos, guarda de hecho, curatela o defensor judicial.

Si la persona con discapacidad puede regular el apoyo de que ha de servirse en el ejercicio de su capacidad, ¿debe optar necesariamente por algunas de las figuras de apoyo que establece el Código civil?

Como venimos viendo, nuestro Código Civil establece un sistema en el que son de aplicación preferente las disposiciones que la persona haya establecido como apoyo y asistencia en la toma de sus decisiones. Esta



configuración del régimen de apoyos y asistencia se realiza en escritura pública y sólo cuando esta falta, será la autoridad judicial la que delimitará, acudiendo a las figuras que recoge el Código Civil, ese sistema. Después veremos qué figuras delimita nuestro Código Civil para regular ese sistema de apoyo y asistencia, pero es importante tener en cuenta que la libertad de la persona no se limita a optar por uno u otro de esos sistemas, sino que puede innovar y crear uno a medida según sus necesidades.

¿Cuáles son esas instituciones?

Las medidas de apoyo que reconoce el Código Civil son, además de las de carácter voluntario, la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial. La finalidad de todas ellas es el apoyo y la asistencia de la persona y el necesario respeto a su voluntad, deseos y preferencias.

¿Cuándo procede cada una de ellas?

El Código Civil delimita la guarda de hecho como un medio “informal” de apoyo, de carácter subsidiario cuando no haya otras formas de apoyo voluntario o judicial que se estén aplicando eficazmente. No obstante, se trata de una institución sólo informal a medias, pues el propio Código prevé que se formalice cuando el guardador pretenda ejercer facultades representativas, es decir, cuando actúe en nombre y representación de la persona con discapacidad. La guarda de hecho se reconoce como un sistema de apoyo derivado de la práctica cuando una persona asiste a otra sin un título formal que la legitima para ello, sin necesitar de un nombramiento “formal”. Además, se trata de una institución que se desarrolla aún antes de su reconocimiento formal, pero tampoco es ajena a la voluntad de la persona que, como poco, ha venido consintiendo esa situación con habitualidad y previamente a ese reconocimiento.

En cuanto a la curatela, se concibe como una medida formal de apoyo que se aplicará a quienes necesiten apoyo de modo continuado. Es la medida de apoyo más intensa que reconoce la reforma y se deriva necesariamente de una resolución judicial. Ello no es obstáculo para que mediante la denominada “autocuratela” (documento notarial) por el cual la persona se anticipa y dispone quién debe ejercerla y unas normas reguladoras de su actuación.

El defensor judicial también se configura como una institución “formal” de origen judicial en caso de que la persona necesite de un apoyo puntual aunque sea recurrente. Aunque no se recoja expresamente, tampoco encontramos obstáculo en que sea la persona afectada la que, en previsión de que haya de designarse un defensor judicial, pueda, con arreglo a los principios derivados de la reforma, designar a quien ejercerá ese cargo cuando proceda o su régimen de funcionamiento.

Hemos de recordar una vez más, que estas formas de apoyo son subsidiarias de las voluntarias, es decir, sólo se aplicarán en defecto de disposiciones voluntarias de la persona afectada.

Al parecer la curatela ha de constituirse judicialmente, ¿qué papel juega en esos casos la voluntad de la persona afectada? ¿Cómo puede hacerla valer?

Dispone el Código Civil bajo la denominación de la “autocuratela” que cualquier persona mayor de edad o menor emancipada puede establecer en escritura pública el nombramiento o exclusión de una o varias personas para el caso en que por razón de los apoyos que necesite, en el futuro haya de quedar sometido a curatela.

Esa facultad comprende no sólo la designación de la persona, sino también establecer disposiciones sobre el funcionamiento y contenido de la curatela, reglas de administración y disposición de los bienes, retribución del curador, obligación de hacer inventario o su dispensa y establecer medidas de vigilancia y control.

Por tanto, esa facultad comprende la de establecer un régimen completo de asistencia y apoyo, que vincularán al juez al constituir la curatela. La autoridad judicial sólo podrá prescindir de ellas mediante resolución motivada si existen circunstancias graves que así lo aconsejen y no fueran conocidas de la persona que las estableció, o que haya habido una alteración grave de las circunstancias que presumiblemente tuvo en cuenta al ordenar sus disposiciones.

También en el caso de que sea el Juzgado el que designe a un curador, para hacerlo el juez debe oír a la persona y respetar su propuesta en tal sentido, salvo que la persona, física o jurídica propuesta, no sea adecuada por concurrir alguno de los motivos que la propia establece de forma precisa.



¿En qué consiste la guarda de hecho? ¿Es verdad que cualquiera puede asumir esa función? ¿Qué alcance tiene? En caso de que fuese preciso, ¿se podría documentar para acreditarla? ¿Cómo?

La guarda de hecho es una de las formas y modalidades de asistencia y apoyo que nuestro Código Civil denomina como “informal”. Ello no quiere decir más que en este caso no existe un nombramiento o asunción documental de obligaciones por parte de quien presta su asistencia a otra persona. No obstante, siempre ha sido y sigue siendo la forma de asistencia más frecuente en la práctica. La persona con discapacidad y quien la asiste y atiende nunca ha necesitado para el ejercicio de esas funciones forma documental alguna.

Tradicionalmente ha sido vista con cierto disfavor por la doctrina y jurisprudencia, que en casos entendió que era una situación necesariamente transitoria en tanto no se procedía a la incapacitación de la persona y nombramiento de un tutor.

Esa situación ha cambiado con la nueva regulación del Código Civil, que siguiendo una orientación distinta, configura la guarda de hecho como una institución de apoyo independiente y que incluso puede coexistir con otras formas de apoyo si éstas no se aplican de manera adecuada.

La existencia del guardador de hecho, cuando para actuar necesitara un título documental para ello, se ha venido haciendo mediante dos vías, la judicial y la notarial. La primera se reconoce expresamente en el Código Civil y se trata de un expediente de jurisdicción voluntaria y la segunda, la denominada acta de notoriedad que se tramita por vía notarial. Una y otra tienen por objeto acreditar la situación de la guarda de hecho que venía dándose con anterioridad.

La nueva ley establece que el guardador de hecho puede desempeñar los apoyos de cuestiones que podríamos llamar de administración inmediata: solicitar pensiones o ayudas para la persona con discapacidad y, en beneficio de esta, realizar operaciones económicas de poca entidad para atender a gastos y necesidades normales.

No obstante, el guardador de hecho necesita autorización judicial en todos aquellos casos en que actúa en representación, es decir, en los supuestos excepcionales en que sustituya a la persona con discapacidad, así como también para todos aquellos actos en que el curador requeriría autorización judicial con arreglo al artículo 287.

A pesar de ello, la autoridad judicial podrá en cualquier momento requerir al guardador para que rinda cuentas de su actuación, establecer las salvaguardas que considere oportunas e incluso decretar su extinción cuando lo considere conveniente.

¿Qué significa exactamente que las personas con discapacidad son apoyadas pero no representadas por la persona que la asiste y la apoya?

La legislación anterior reconocía como única respuesta a las personas que necesitaban apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica el denominado procedimiento de incapacitación, posteriormente denominado de modificación de la capacidad. En base a ese procedimiento la persona afectada se veía privada de su capacidad de actuar y por ella lo hacía un representante designado judicialmente, el tutor.

De ese modo la persona con discapacidad no intervenía ni en la decisión de celebrar el negocio, ni en delimitar su contenido ni en establecer sus condiciones. Era su tutor, o sus padres con patria potestad prorrogada o rehabilitada, quienes la sustituían y decidían por ella. Eso supone el régimen de sustitución, incompatible con el respeto a la dignidad y voluntad de la persona y con los principios de la Convención. A partir de la reforma de nuestra legislación la persona con discapacidad será la que, con los apoyos y asistencia que necesite, decida sobre celebrar o no un negocio, con quién y cuál será su contenido. Sólo cuando sea imposible indagar su voluntad, y de manera excepcional, se sustituirá a la persona, pero siempre actuando con arreglo a lo que previsiblemente hubiera sido su voluntad y preferencia o con arreglo a la voluntad que antes de llegar a esa situación podría haber manifestado a través de un poder preventivo o de la denominada autocuratela. Estos no son sino instrumentos para asegurar que, aún cuando la persona después no pueda manifestar su voluntad, las cosas se hagan con arreglo a lo que ella ha dispuesto en previsión de esa situación.



Si pretendo hacer una donación o dejar en testamento bienes a mis hijos u otra persona con discapacidad, ¿cómo puedo asegurarme de que hará buen uso de ello?

Una de las novedades que incorpora la nueva legislación es reconocer que la persona que dona algún bien o derecho, o dispone de ellos en testamento a favor de otra persona, pueda establecer el régimen a que estos bienes o derechos quedarán sometidos cuando el donatario o heredero los reciba.

De este modo, el que disponga de bienes a título gratuito en favor de una persona necesitada de apoyo podrá establecer las reglas de administración y disposición de aquellos, así como designar la persona o personas a las que se encomienden dichas facultades. Si no ha hecho uso de esta facultad, será el beneficiario de los bienes el que asuma tales funciones. Las facultades no conferidas al administrador corresponderán al favorecido por la disposición de los bienes, que las ejercerá, en su caso, con el apoyo que proceda.

Resaltar que para que sea de aplicación este sistema, las personas que reciban los bienes han de ser personas necesitadas de apoyo, de modo que no será necesario siquiera que tengan la consideración de personas con discapacidad con arreglo a la correspondiente resolución administrativa.

¿Y si quiero asegurarme de que al menos disponga de una vivienda mientras viva?

Existen algunas instituciones en el Código Civil cuya finalidad primordial es asegurar que las personas con discapacidad tengan sus necesidades mínimas cubiertas posibilitando a los padres favorecerlos atribuyéndoles bienes o derechos concretos. Una de ellas es el reconocimiento a favor de las personas con discapacidad del derecho de habitación sobre la vivienda habitual.

Venía a recogerlo ya con anterioridad el Código Civil en el artículo 822, en virtud del cual la donación o legado hecho a favor de un legitimario del derecho de habitación sobre la vivienda habitual no se computará para el cálculo de las legítimas.

El derecho de habitación consiste en el derecho de habitar la vivienda mientras viva, y se establece la especialidad de que el valor de este derecho no disminuirá la parte que en la herencia corresponda al beneficiario, es decir, no habrá de compensar a los demás legitimarios. A estos efectos son requisitos que el beneficiario del derecho sea legitimario, se entiende que hijo o, habiendo fallecido el hijo, uno de los descendientes intermedios. Se requiere además que el beneficiario sea persona con discapacidad, es decir, que tenga declarada una discapacidad en los términos de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad (afectado por una discapacidad psíquica igual o superior al 33 por 100 o los afectados por una discapacidad física o sensorial igual o superior al 65 por 100 reconocida administrativamente) y que se trate de la vivienda donde convivían antes de su fallecimiento el disponente y el beneficiario.

Este mismo derecho se atribuye sin necesidad de establecerlo expresamente si concurren esas circunstancias si el beneficiario lo necesita y siempre que el testador no hubiera dispuesto otra cosa, aunque en este caso no se podrá impedir que sigan conviviendo en el domicilio los demás legitimarios.

Es de señalar que el derecho de habitación es uno de los denominados en nuestro ordenamiento como derechos personalísimos, es decir, no comprende la facultad de arrendar o ceder el uso de la vivienda, que habrá, por tanto, de ser utilizada por el beneficiario.

También caben otras soluciones para esa necesidad, pero estarán en función de cada situación precisa.

¿Qué pasa si las necesidades especiales de un hijo con discapacidad exigen que invierta en el más que en los demás?

Otra de las instituciones que ya reconocía con anterioridad el Código civil es la dispensa de colación en caso de hijos o descendientes con discapacidad. Para entendernos, en circunstancias normales, cuando uno de los hijos o descendientes recibe en vida bienes, derechos o dinero de sus padres o ascendientes, los demás que concurren con él a la herencia podrán exigir que el beneficiado tome de menos en la herencia lo que recibió en vida. De este modo, si los padres donan a un hijo una casa, una finca o dinero para que monte un negocio, al heredar tomará de menos lo que ya hubiere recibido en vida.



En esto consiste la figura de la colación, que en virtud de lo dispuesto en el artículo 1041 se exceptúa en los casos en que se trate de gastos realizados por los progenitores y ascendientes para cubrir las necesidades especiales de sus hijos o descendientes con discapacidad.

Por tanto, tratándose de un hijo o descendiente con discapacidad (afectado por una discapacidad psíquica igual o superior al 33 % o los afectados por una discapacidad física o sensorial igual o superior al 65 % reconocida administrativamente), los demás hijos o descendientes que concurren con él a la herencia no podrán exigir que tome de menos lo que hubiera recibido para cubrir sus necesidades especiales.

¿Y puedo dejarle más que a los demás hermanos en mi testamento? ¿Cómo podría hacerlo y bajo qué condiciones?

Aun cuando no entendamos de derecho, todos sabemos en qué consisten la “legítima”. Es la porción de bienes que el testador ha de dejar a unos familiares determinados. Supone la principal limitación a la libertad del testador y, como consecuencia, uno de los impedimentos que desde siempre se han reconocido para beneficiar en el testamento a un hijo o descendiente con discapacidad. Además, en cuanto que en España existen diferentes derechos especiales dependiendo del territorio de que se trate, unos padres aragoneses o catalanes pueden llegar a disponer de manera más libre de esos bienes a favor de uno cualquiera de los hijos. Como ahora veremos, progresivamente ese sistema de legítimas se ha ido suavizando en caso de que uno de los hijos o descendientes fuese una persona con discapacidad.

También la reforma ha afectado a esta regulación en los supuestos en que se trate de hijos o descendientes con discapacidad (afectado por una discapacidad psíquica igual o superior al 33 % o los afectados por una discapacidad física o sensorial igual o superior al 65 % reconocida administrativamente). De este modo, en adelante, cuando se trate de un hijo o descendiente en esa situación, en testamento podrá atribuírsele la legítima estricta, es decir, la parte que forzosamente hubiera correspondido a los demás. Por tanto, el hijo o descendiente con discapacidad puede recibir su legítima, la parte de mejora y la parte de libre disposición, es decir, la totalidad de los bienes y derechos.

Salvo que otra cosa haya dispuesto el testador, el que haya recibido tales bienes y derechos, quedará sujeto a lo que los juristas llamamos una sustitución fideicomisaria de residuo, es decir, no podrá disponer a título gratuito de dichos bienes ni disponer de ellos en testamento, de modo que salvo que los consuma para satisfacer sus necesidades, pasarán cuando el fallezca a los demás hermanos. Ahora bien, el testador, si esa es su voluntad, puede disponer lo contrario, de modo que, estableciéndolo en su testamento, los bienes y derechos que reciba no estarán sujetos a esa limitación.

Por lo que hemos oído, en adelante habrá que revisar la situación de la persona con discapacidad de tiempo en tiempo. ¿Es aplicable esa disposición a todos los sistemas de apoyo? ¿Qué carga supondría para las familias?

Una de las críticas más frecuentes al régimen anterior se fundamentaba en que cuando se establecía la incapacitación y la persona quedaba sometida a un régimen de sustitución, por mucho que después su situación evolucionara de una manera u otra, esa situación se perpetuaba en el tiempo por no realizarse una revisión posterior o porque las revisiones eran puntuales, sobre todo en materia de gestión económica, es decir las “rendiciones anuales de cuentas” que habían efectuar el tutor.

Eso se trata de evitar en la actualidad estableciendo que las medidas de apoyo establecidas judicialmente deben ser revisadas periódicamente en un plazo no superior a tres años que la autoridad judicial, de manera excepcional y motivada, podrá ampliar hasta los seis años. La finalidad primordial de esta norma es asegurar la adecuación y proporcionalidad de la intensidad de la asistencia a la evolución y situación cambiante de la persona con discapacidad, y cumplir al mismo tiempo las exigencias derivadas de la Convención.

Este régimen se establece con carácter obligatorio para las medidas tomadas por la autoridad judicial y no a las voluntarias. La razón es bien sencilla, pues tratándose de las medidas voluntarias, estas pueden ser modificadas o actualizadas por la propia persona con discapacidad en cualquier momento, por lo que será ella misma quien valore su adecuación a la situación en que se encuentre en cada momento.



Como todos los procedimientos judiciales de provisión de apoyos, esta revisión se sustanciará en un procedimiento de jurisdicción voluntaria, por lo que no debe suponer un gravamen importante ni para las personas con discapacidad ni sus familias.

¿Sigue habiendo actos o contratos para los que se requiera la aprobación judicial? ¿Cuáles son?

En principio, si las medidas de apoyo derivan de la voluntad de la persona, será ella la que establezca en cada caso las cautelas y salvaguardas que considere oportunas. No obstante, en aquellos casos en que el régimen de apoyo es una de los que establece el Código Civil, encontramos supuestos en los que será necesaria la autorización judicial.

Por ejemplo, en el caso de poder preventivo, cuando sobrevenga la necesidad de apoyo del poderdante y el poder comprenda todos los negocios del poderdante, este necesitará, salvo que el poder establezca otra cosa, autorización judicial para los mismos actos y negocios que necesite el curador y que veremos a continuación.

El guardador de hecho necesitará autorización judicial cuando actúe representando a la persona necesitada de apoyo y cuando se trate de actuaciones en que lo necesite el curador.

Hemos de recordar que la curatela en nuestro Código supone con carácter general y preferente la asistencia, pero no la representación de la persona con discapacidad. Pues bien, en los casos excepcionales de curatela representativa, el curador que ejerza funciones de representación, necesitará autorización judicial para todos aquellos actos que establezca la resolución judicial en la que se le nombre y, además, los recogidos en el artículo 287, es decir:

- 1.º Realizar actos de trascendencia personal o familiar cuando la persona afectada no pueda hacerlo por sí misma, todo ello a salvo lo dispuesto legalmente en materia de internamiento, consentimiento informado en el ámbito de la salud o en otras leyes especiales.
- 2.º Enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, bienes o derechos de especial significado personal o familiar, bienes muebles de extraordinario valor, objetos preciosos, y valores mobiliarios no cotizados en mercados oficiales de la persona con medidas de apoyo, dar inmuebles en arrendamiento por término inicial que exceda de seis años, 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. La enajenación de los bienes mencionados en este párrafo se realizará mediante venta directa salvo que el Tribunal considere que es necesaria la enajenación en subasta judicial para mejor y plena garantía de los derechos e intereses de su titular.
- 3.º Disponer a título gratuito de bienes o derechos de la persona con medidas de apoyo, salvo los que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar.
- 4.º Renunciar derechos, así como transigir o someter a arbitraje cuestiones relativas a los intereses de la persona cuya curatela ostenta, salvo que sean de escasa relevancia económica. No se precisará la autorización judicial para el arbitraje de consumo.
- 5.º Aceptar sin beneficio de inventario cualquier herencia o repudiar ésta o las liberalidades.
- 6.º Hacer gastos extraordinarios en los bienes de la persona a la que presta apoyo.
- 7.º Interponer demanda en nombre de la persona a la que presta apoyo, salvo en los asuntos urgentes o de escasa cuantía. No será precisa la autorización judicial cuando la persona con discapacidad inste la revisión de la resolución judicial en que previamente se le hubiesen determinado los apoyos.
- 8.º Dar y tomar dinero a préstamo y prestar aval o fianza.
- 9.º Celebrar contratos de seguro de vida, renta vitalicia y otros análogos, cuando estos requieran de inversiones o aportaciones de cuantía extraordinaria.



Y si la persona con discapacidad tiene que hacer periódicamente actos de administración de su patrimonio, ¿habrá que acudir cada vez al juzgado para obtener autorización?

Dependiendo de la composición y exigencias de administración del patrimonio de la persona con discapacidad que necesite apoyo, hay veces en que gestionar adecuadamente sus intereses exige que algunos de los actos que requieren autorización judicial habrá de realizarse de manera periódica. Pensemos, por ejemplo, en la venta de cosechas agrícolas, arrendamiento de bienes inmuebles o la gestión de recursos ganaderos. Para estos casos y otros similares, el código prevé que la autorización judicial comprenda no sólo un acto puntual, sino varios vinculados entre sí que hayan de realizarse de modo reiterado. Evidentemente habrán de señalarse unas condiciones mínimas de dichos actos.

Así, respecto de la curatela se dispone que “la autoridad judicial, cuando lo considere adecuado para garantizar la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, podrá autorizar al curador la realización de una pluralidad de actos de la misma naturaleza o referidos a la misma actividad económica, especificando las circunstancias y características fundamentales de dichos actos.” Es decir, en aquellos casos en que la persona con discapacidad tenga intereses en elementos patrimoniales múltiples (varios bienes inmuebles, acciones, títulos, imposiciones a plazos, inversiones) cuya adecuada administración requiera la adopción de decisiones periódicas.

También contiene una norma análoga respecto del defensor judicial cuando establece que “el nombramiento de defensor judicial como medida formal de apoyo procederá cuando la necesidad de apoyo se precise de forma ocasional, aunque sea recurrente.”

Lógicamente, en las demás medidas de apoyo, al derivar de la voluntad de la persona, será ella la que en previsión de dicha circunstancia pueda establecer las medidas y previsiones que considere oportunas.

¿Y qué pasa a partir de ahora con los procedimientos de incapacitación o modificación de la capacidad que ya están en marcha?

Hay que distinguir que la ley no entra en vigor hasta septiembre próximo, por lo que durante los meses que sigan a su publicación en el BOE, es decir, junio a agosto, la tramitación se ha de seguir conforme a la legislación vigente, y cuando se produzca la entrada en vigor de la reforma, la tramitación deberá adecuarse a lo que establece la nueva regulación.

¿Será necesario para los padres hacer nuevo testamento ahora que ha cambiado la legislación?

No resulta preciso u obligado, de acuerdo con la nueva ley, salvo que se quiera adaptar los términos contenidos a lo que ésta establece.

Otra implicación valiosa de la reforma es la posibilidad de que sea la propia persona con discapacidad quien realice disposiciones testamentarias por sí sola.

Y respecto a los patrimonios protegidos: ¿Cambia su régimen a partir de ahora? ¿Sería aconsejable modificar algunas de sus disposiciones?

La ley introduce algunos cambios en la regulación previa de los patrimonios protegidos, pero no son sustanciales. De todas formas, habría que en ver en cada caso, lo que pueda convenir.

¿Qué sucede con las fundaciones tutelares, será su papel el mismo a partir de ahora?

Las fundaciones tutelares, ya sean públicas o privadas, van a seguir desarrollando una función trascendental, aunque su forma de actuar habrá de adecuarse a la nueva situación. Recordemos que la ley establece que las funciones de apoyo pueden ser desempeñadas tanto por personas físicas como jurídicas siempre que estas últimas reúnan los requisitos que para ello establece (tener esta entre sus finalidades, y carecer de ánimo de



lucro). Respecto de las personas mayores de edad con discapacidad sus funciones ya no son de sustitución, es decir, no actuarán en representación de las personas, sino apoyándolas y ayudándolas en su toma de decisiones. Todo ello con arreglo a la voluntad de la persona asistida y, sólo en defecto de esa voluntad, conforme a la disposición judicial.

Esa adaptación supondrá, para todas las que no lo hayan hecho ya, un cambio no sólo de denominación, sino que en adelante deberán orientarse a potenciar la toma de decisiones por la propia persona con discapacidad, cuyo desarrollo deberán potenciar asumiendo un régimen de mínima intervención.

Muchas personas con discapacidad más que problemas en la toma de decisiones tiene problemas en expresarse, ¿qué obligaciones se impone a los organismos judiciales y autoridades para facilitar su comprensión?

Sabemos que la discapacidad es una realidad tan variada como la propia persona, de modo que cada una de ellas requerirá unos determinados apoyos o ajustes razonables, el tantas veces demandado “traje a medida”, que ahora es aún más versátil puesto que los apoyos han de adaptarse a las necesidades cada persona y al tipo de decisión de que se trate.

Cuando una persona no necesita ayuda en la formación de su voluntad o toma de decisiones, sino en la intercomunicación con los demás y exteriorización de esa voluntad, la reforma trata de asegurarse de evitar que ello suponga un problema imponiendo lo que la Convención de los derechos de las personas con discapacidad llama “ajustes razonables”. No son otra cosa que medios a través de los cuales se eliminan esos obstáculos y se facilita la comprensión y comunicación de la persona con discapacidad.

Las modificaciones incorporadas al texto del Código Civil, de la Ley Orgánica del Notariado, la Ley de Jurisdicción voluntaria y de la Ley de Enjuiciamiento Civil exigen, cada una en su ámbito respectivo, esas necesarias adaptaciones, y el dotar a todos los procedimientos en que intervengan personas con necesidades especiales de los medios humanos y técnicos necesarios para hacer posible su comprensión.

Se enumeran sistemas aumentativos y alternativos, braille, lectura fácil, pictogramas, dispositivos multimedia de fácil acceso, intérpretes, sistemas de apoyos a la comunicación oral, lengua de signos, lenguaje dactilológico, sistemas de comunicación táctil y otros dispositivos que permitan la comunicación, así como cualquier otro que resulte preciso, lectura fácil o intervención de facilitadores. Dichas adaptaciones y ajustes se realizarán a petición de cualquiera de las partes o del Ministerio Fiscal, e incluso están obligados a hacerlas de oficio por el propio Tribunal o el notario, y en todas las fases y actuaciones procesales en las que resulte necesario, incluyendo los actos de comunicación.

Y cuando para esas personas es absolutamente imposible manifestar su voluntad, enfermos con patología muy avanzada, con pérdida de consciencia. ¿Qué soluciones le proporciona la ley?

Como hemos visto, el principio inspirador de la reforma y que adelante regirá nuestro ordenamiento es el de que el diseño de los sistemas de apoyo y asistencia por la propia persona con discapacidad. Existiendo estas disposiciones voluntarias son preferentes a las judiciales o legales.

No obstante, con carácter excepcional, cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona, entrarán en juego las medidas de apoyo judiciales, que podrán incluir funciones representativas. Por tanto, se trata de una excepción referida a aquellos supuestos en que la persona está imposibilitada para manifestar su voluntad. Aun 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.

No debemos olvidar que también hay medios para que la persona, en previsión de que en el futuro se dé esta situación, pueda hacer valer su voluntad. Nos referimos a los poderes preventivos y la ahora denominada autotutela, a través de las cuales la persona puede diseñar un sistema propio de apoyos y asistencia para el caso de que en el futuro se vea en una situación que le impida manifestar su voluntad. Ambas se perfeccionan en sede notarial y asumen, al igual que el resto de estas instituciones, el principio de preferencia de la voluntad de la persona.



Cuando una persona quiere establecer disposiciones para el caso de que en futuro necesite de asistencia o apoyo, ¿con qué medios cuenta para ello? ¿Qué alcance tendrán esas disposiciones si en el futuro alguien pretende que sea el juzgado quien regule esa situación?

Toda persona mayor de edad o menor emancipado puede acudir a la escritura pública para regular la situación que pudiera derivar de una futura discapacidad estableciendo un sistema de apoyos con arreglo a su voluntad. El Código Civil prevé expresamente los poderes preventivos o la autotutela, pero ahí no se agota el contenido de esas previsiones, que podrán contener y regular un sistema propio y específico con arreglo a su voluntad y preferencias.

El poder preventivo es aquel que una persona otorga para el caso de que en futuro se vea afectado de una patología discapacitante y ordenar que subsista a pesar de esa discapacidad. Será la persona afectada la que determinará quién puede ejercer o quién debe quedar excluido de prestar ese apoyo, la forma en que este se desempeñará, si por una o varias personas o si se hará en un orden predeterminado, estableciendo incluso las garantías que considere oportuno.

La denominada autotutela tiene una finalidad similar, pero se concibe en previsión de que la persona que la configura haya de quedar sometida en el futuro a una curatela. En ese documento notarial podrá servirse y utilizar las mismas previsiones que antes vimos para los poderes preventivos.

El alcance de ambas instituciones es similar, en cuanto que tratándose de disposiciones voluntarias prevalecerán frente a las legales o judiciales, incluso llegado el caso de que sea la autoridad judicial quien haya de establecer un régimen de apoyo.

¿Y los que se han otorgado antes, conservan su validez en los mismos términos en que antes se reconocía?

Los documentos de autotutela otorgados antes de la entrada en vigor de la reforma se entenderán referidos a la autotutela y se registrarán por el texto recogido en la nueva norma, mientras que los poderes y mandatos preventivos otorgados con anterioridad a la entrada en vigor de la ley quedarán sujetos a la regulación que de esta institución se hace tras la reforma. No obstante, cuando se trate de poderes generales que se otorgaron para que subsistan a pesar de la discapacidad, quedarán sujetas a las normas que regulan en la nueva ley la institución de la curatela, aunque no se aplicarán al apoderado reglas como la obligatoriedad de prestar fianza, formalización de inventario, necesidad de autorización judicial en los términos que se establecen para el curador.

Ello no es obstáculo para que la persona otorgante quiera modificarlos o completarlos, en cuyo caso, el notario, en el cumplimiento de sus funciones, si fuera necesario, habrá de procurar que aquélla desarrolle su propio proceso de toma de decisiones ayudándole en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar su voluntad, deseos y preferencias.

En caso de indefensión o si se conoce que alguna persona con discapacidad es objeto de abusos o manipulación, ¿qué recursos existen para acabar con esa situación?

La ley establece reiteradas veces que la propia persona con discapacidad puede dirigirse al Juzgado para recabar que se le presten los apoyos precisos, y al mismo tiempo, que se establezcan las medidas de garantía necesarias. En defecto de disposiciones voluntarias de la persona con discapacidad, también sus familiares, guardador de hecho o el Ministerio Fiscal podrán solicitar judicialmente la adopción de las medidas que sean procedentes.

¿A partir de ahora pueden las personas con discapacidad hacer disposiciones testamentarias?, Y en el caso de que tengan problemas de comunicación, ¿cómo solucionarlo para que expresen su voluntad?

Como ya avanzábamos, las personas con discapacidad pueden también otorgar disposiciones testamentarias



rias, directamente, ante el Notario, siempre que cuenten la mínima autonomía suficiente para adoptar tales decisiones. El notario estará obligado a usar y disponer de los medios precisos para conocer y documentar la voluntad que exprese la persona con discapacidad para con sus bienes y derechos para cuando él falleciese.

¿Se mantiene en la reforma la responsabilidad que antes tenían los tutores sobre los actos que pudieran hacer los tutelados? ¿Si la persona con discapacidad a la que se presta apoyo, realizase algún daño, responde de estos daños el curador o la persona que le preste los apoyos?

Una cuestión que preocupa claramente a las personas que ejercen funciones de apoyo y asistencia es el de la responsabilidad en que podrían incurrir por razón de los actos dañinos que ocasione esa persona. Evidentemente, quien desempeñe la prestación de servicios de apoyo y asistencia será responsable de los perjuicios causados por su culpa o negligencia a la persona asistida. Respecto del curador lo establece claramente el artículo 294 “el curador responderá de los daños que hubiese causado por su culpa o negligencia a la persona a que preste apoyo” y creo es un principio de aplicación con carácter general en cualquier forma de apoyo o asistencia.

Distinto es el caso de responsabilidad por daños causados por la propia persona sometida al apoyo. A ello se refiere el Código Civil respecto del curador con funciones representativas cuando establece en su artículo 1903 “los curadores con facultades de representación plenas lo son de los perjuicios causados por la persona a quien preste apoyo, siempre que convivan con ella”. Viene a sustituir la referencia que antes de la reforma hacía al tutor por la del curador con facultades de representación plenas y queda limitada a este supuesto excepcional, curador representativo con alcance general.

Podría derivarse algún problema de la remisión que el Código hace al régimen de la curatela en el caso de poderes preventivos generales con cláusula de subsistencia, en cuyo caso el artículo 259 establece que el apoderado “quedará sujeto a las reglas aplicables a la curatela en todo aquello no previsto en el poder, salvo que el poderdante haya establecido otra cosa”.

En cuanto a la responsabilidad en que pudiese incurrir la propia persona con discapacidad, ésta responderá de los daños causados a otros, sin perjuicio de lo establecido en materia de responsabilidad extracontractual respecto de otros posibles responsables (artículo 299).

Los padres que desempeñaban la patria potestad prorrogada, ¿tendrán ahora que hacer informes periódicos sobre la situación de su hijo con discapacidad?

Como dejamos adelantado, la patria potestad, prorrogada o rehabilitada, desaparece, y será sustituida por la determinación de los apoyos que en cada caso proceda. Esta modificación habrá de realizarse en el plazo que la ley establece para la revisión de las antiguas resoluciones judiciales dictadas en esta materia y en adelante quedarán sometidas al régimen concreto de la institución de que se trate, ya sea que derive de la disposición voluntaria de la propia persona con discapacidad o de la resolución judicial de que se trate.

¿Qué habría que hacer en caso de que sea preciso vender la vivienda de los padres cuando ellos hayan fallecido, y uno de sus dueños sea una persona con discapacidad que precise apoyos?

Dentro del abanico de apoyos que la ley establece, parece que la figura más adecuada sería la del nombramiento de Defensor Judicial, para que apoye en esa decisión y esta pueda llevarse a cabo debidamente.

Si una persona con discapacidad que tenga autonomía suficiente, realizase un documento notarial en el que haya designado a otros para que le presten apoyos, ¿será suficiente para realizar negocios en su nombre?

Depende lo que la persona haya establecido en ese documento como dejamos indicado, las medidas de apoyo voluntarias son establecidas por la misma persona, y esta decidirá cómo se llevarán a efecto, si será suficiente el apoyo de esa persona o será necesario cumplir otro trámite o formalidad.



¿La entidad o el centro en el que pueda recibir servicios una persona con discapacidad, puede ser también la que le preste apoyos para tomar decisiones en su patrimonio o en su vida?

Una sustancial novedad que la ley establece es la incompatibilidad entre el desempeño de las figuras de apoyo, y la prestación de un servicio contractual o análogo, a la propia persona con discapacidad. Se trata de evitar que existan influencias indebidas, intentos de manipulación de la voluntad o conflicto de intereses. Por tanto, los centros de atención, o las entidades titulares de estos, que presten servicios contractuales o análogos, no podrán desempeñar las figuras de curador, defensor judicial o guarda de hecho.

En caso de que fuese necesario dirigirse al juzgado para que el juez establezca los apoyos que precisa una persona con discapacidad, ¿se tiene que hacer, como hasta ahora, poniendo una demanda y tramitando un juicio?

La ley establece ahora que cuando la provisión de apoyos requiera dirigirse al Juzgado, se seguirán los trámites de la Jurisdicción voluntaria, y estos son menos formales y rigurosos y no suponen un “juicio, un pleito” contradictorio contra la persona, como antes ocurría.

No obstante, para garantizar plenamente los derechos de la persona con discapacidad, en caso de que esta se oponga a que se le arbitren o establezcan medidas de apoyo, y cuando estas sean realmente complejas, el procedimiento será el regulado en la ley de Enjuiciamiento Civil.



Fundación ONCE
para la cooperación e integración social
de personas con discapacidad

