



## **CONCLUSIONES DE LAS JORNADAS DE FISCALES ESPECIALISTAS DE LAS SECCIONES DE ATENCIÓN A PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y MAYORES, celebradas en Valencia los días 22 y 23 de noviembre de 2022**

Las presentes conclusiones se centran en aquellos aspectos que suscitaron mayor debate o interés en las jornadas y que merecen un pronunciamiento, siquiera provisional, que en nada empece al más exhaustivo que se adopte en la Circular que se halla en proceso de elaboración. Por tanto, esa selección de contenidos no desmerece la importancia de otras cuestiones que también fueron abordadas en las jornadas, tales como la accesibilidad, los apoyos voluntarios al ejercicio de la capacidad jurídica, la salud mental o la problemática de las personas mayores.

### **1. Secciones civiles y de discapacidad. Conclusiones en el orden orgánico**

-De forma generalizada se transmite por los Sres./as fiscales delegados/as y coordinadores/as la necesidad de reforzar las secciones civiles y de discapacidad por las importantes funciones de coordinación/visado/supervisión de la intervención en los dictámenes, comparecencias y vistas por parte de los fiscales.

-Este refuerzo se hace necesario a la luz de la Ley 8/21, que ha modificado radicalmente el principio al que obedece la intervención del Ministerio Fiscal, que muta de la precedente búsqueda de la protección, el interés o beneficio de la persona con discapacidad, a la salvaguarda de la voluntad, deseos y preferencias de la persona (art. 749.1 LEC). Este importante cambio determina que el/la fiscal no formule una postura procesal en torno a los apoyos que pueda precisar una persona, hasta tanto no se realice la entrevista -a su presencia-, y se celebre la vista o comparecencia con el desarrollo de las pruebas en torno a su necesidad y proporcionalidad.



-Por otra parte, el tiempo transcurrido desde la creación de las secciones en la Instrucción 4/2009 junto con la civil, la formación especializada de los/as fiscales que atienden este servicio y la creación de la Fiscalía de Sala de atención a Personas con Discapacidad y Mayores, con la convocatoria anual de los/as fiscales coordinadores provinciales de discapacidad y mayores, han determinado que la especialidad de Discapacidad y Mayores haya cobrado entidad propia.

-La publicación del Reglamento del Ministerio Fiscal (RD 305/22) prevé en su art.62.2 una denominación y procedimiento único de selección para el/la fiscal que ejerce funciones de coordinación provincial de una especialidad: la de fiscales delegados especialistas.

En consecuencia, por los/as Sres./as fiscales se considera que:

. Procede entender, reinterpretando Instrucciones de FGE 4/2009 y 4/2016, que la coordinación de las secciones en materia de discapacidad y personas mayores se refiere a la Fiscalía de Sala de atención a Personas con Discapacidad y Mayores.

. En aquellos casos en que se ejerzan dichas funciones de coordinación de forma separada de la sección civil, a tenor de lo dispuesto en el art 62.2 del Reglamento del Ministerio Fiscal, procede revisar y en su caso realizar las oportunas propuestas de designación de fiscales delegados provinciales de la especialidad de discapacidad y mayores.

. Para hacer efectivas las exigencias de coordinación/visado y unificación de criterios tras el dictado de la Ley 8/21, se entiende imprescindible que por parte de las jefaturas territoriales se constituya una coordinación o sección específica adecuada y proporcionalmente dotada, para poder abarcar esta materia.

## **2. Elaboración y firma de protocolos o convenios de colaboración.**



Mientras no se remitan otras directrices, se recuerdan las pautas dictadas desde la Unidad de Apoyo en fecha 19/7/10, sobre la tramitación de los convenios o protocolos que se pretendan suscribir por las fiscalías territoriales con las Comunidades autónomas u otras Instituciones públicas o privadas para la coordinación de actuaciones en el ámbito de la salud mental o la discapacidad. Por tanto,

. Todo convenio o protocolo debe encauzarse a través del/la fiscal superior de la comunidad autónoma, para autorización del Fiscal General del Estado mediante Decreto.

. En el marco de esta especialidad, el/la fiscal superior remitirá el borrador a la Fiscal de Sala. Puede ser útil que se remita información desde el primer momento de su elaboración a fin de permitir la participación de la Unidad Coordinadora, de manera que cuando sea remitido por el/la fiscal superior a la FGE (Unidad de Apoyo), cuente con el informe favorable del/la Fiscal de Sala especialista. A su vez la Unidad de Apoyo dará el preceptivo traslado a la Secretaría Técnica.

. La simple ejecución de un convenio o protocolo marco no precisa la firma de nuevos convenios.

### **3. Protección de datos. Ámbito de intercambio información sensible dentro del ejercicio de las funciones del MF.**

El Reglamento (UE) 2016/679 define en su artículo 1.2 el «tratamiento» de datos como *«cualquier operación o conjunto de operaciones realizadas sobre datos personales o conjuntos de datos personales, ya sea por procedimientos automatizados o no, como la recogida, registro, organización, estructuración, conservación, adaptación o modificación, extracción, consulta, utilización,*



*comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma de habilitación de acceso, cotejo o interconexión, limitación, supresión o destrucción».*

A su vez, el artículo 6.1 del RGPD como supuestos de tratamiento lícito de datos establece, en su apartado c), el realizado por el responsable en «cumplimiento de una obligación legal» y, en su apartado e), aquel llevado a cabo *«para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos».*

El artículo 8.2 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, que adapta el Reglamento de la Unión Europea, establece que el tratamiento solo podrá considerarse fundado en el cumplimiento de una obligación legal exigible al responsable en los términos previstos en artículo 6.1 c) RGPD cuando así lo prevea una norma de Derecho de la UE o una norma con rango de ley y solo podrá considerarse fundado en el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable, en los términos previstos en el artículo 6.1 e) RGPD cuando derive de una competencia atribuida por una norma con rango de ley.

En el caso de las diligencias pre procesales relacionadas con las funciones que la ley atribuye al Ministerio Fiscal en materia de discapacidad, la competencia atribuida por una norma con rango de ley se encuentra en el artículo 5.3, último inciso, de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal en cuanto establece que *«podrá el Fiscal incoar diligencias pre procesales encaminadas a facilitar el ejercicio de las demás funciones que el ordenamiento jurídico le atribuye»* en relación con los artículos 42 bis a) 3 de la LJV, 757.2 y 762 de la LEC y demás concordantes en relación con la legitimación del Ministerio Fiscal en procedimientos relativos a medidas de apoyo de personas con discapacidad.



El concreto régimen jurídico del tratamiento de estos datos por el Ministerio Fiscal será el de la propia Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales en los términos que esta norma establece en su artículo 2.5 en cuanto refiere que *«el tratamiento de datos llevado a cabo con ocasión de la tramitación por el Ministerio Fiscal de los procesos de los que sea competente, así como el realizado con esos fines dentro de la gestión de la Oficina Fiscal, se regirán por lo dispuesto en el Reglamento (UE) 2016/679 y la presente Ley Orgánica, sin perjuicio de las disposiciones de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, reguladora del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y de las normas procesales que le sean aplicables»*.

En el caso de investigaciones de carácter penal que pudieran derivarse de las actuaciones anteriormente referidas, la cobertura legal del tratamiento de datos se encuentra en el artículo 4.2 en relación con el art. 1 de la Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales.

En conclusión, el tratamiento —comprensivo de todas las actividades incluidas en la definición de tratamiento anteriormente indicada— de datos personales en las diligencias pre procesales en materia de discapacidad realizado por el Ministerio Fiscal y en las actuaciones derivadas de las mismas se encuentra suficientemente amparado con cobertura legal en las disposiciones anteriormente mencionadas.

#### **4. Medidas de apoyo constituidas en sede judicial: La Curatela.**

##### **4.1. Naturaleza subsidiaria de la curatela judicial y de la atribución a la misma de funciones representativas.**



-La constitución judicial de la curatela solamente procede en aquellos casos en los que, frente a una necesidad de soporte continuado para el ejercicio de la capacidad jurídica de una persona, no reste ninguna otra alternativa disponible, al constatarse la inexistencia o la insuficiente eficacia de los medios de apoyo constituidos de manera voluntaria o existentes en su medio social o familiar.

-A su vez, la atribución de facultades representativas al curador solamente procede en caso de imposibilidad o graves dificultades para apoyar a la persona con discapacidad con una mera asistencia. En tal caso estas deben quedar limitadas a aquellos aspectos personales o patrimoniales estrictamente necesarios y acompañarse de las salvaguardas en su ejercicio congruentes con el alcance de las facultades atribuidas al curador.

-La atribución de funciones representativas al curador no obsta a la obligación de compatibilizar su actuación, en toda la medida posible, a los deseos y preferencias de la persona con discapacidad, actuales o inferidos de su trayectoria vital.

#### **4.2. Participación de la persona con discapacidad en la constitución judicial del apoyo.**

-El diseño de la curatela judicial parte de la previa indagación de los deseos, voluntad y preferencias de la persona con discapacidad —directamente expresados en la entrevista personal y / o racionalmente deducidos de su trayectoria vital— en relación con, entre otros, los siguientes aspectos: la necesidad del establecimiento del apoyo judicial; el alcance y ámbito de actuación del apoyo; la persona que haya de desempeñarlo; la eventual atribución al curador de facultades representativas; las condiciones del ejercicio de las funciones encomendadas al curador; finalmente, la forma en que dicho ejercicio haya de ser salvaguardado.



-La entrevista requiere la previa y suficiente información a la persona con discapacidad acerca de la naturaleza, objeto y alcance del trámite, así como de la condición y función de los demás sujetos intervinientes en el acto. Igualmente exige la disposición de los ajustes necesarios para facilitar su comprensión y su expresión y participación efectiva en el procedimiento en condiciones de igualdad, incluyendo el derecho a ser acompañada por alguien de su elección y confianza. La intervención de los y las fiscales —que asegurarán su disponibilidad para actuar en la entrevista presencialmente— comprende velar por el cumplimiento de las referidas garantías.

#### **4.3. Diseño de la curatela: finalidad y delimitación de su alcance.**

-La curatela se desarrolla a partir del diseño de un soporte concreto, útil y eficaz en relación con las necesidades de apoyo de la persona con discapacidad.

-El diseño del apoyo judicial y su alcance —tanto en su vertiente asistencial como en el caso de contar con funciones representativas—, queda ceñido a la finalidad legal del mismo, a saber, la facilitación del ejercicio de la propia capacidad jurídica de la persona con discapacidad en condiciones de igualdad. En consecuencia, no debiera haber confusión de concepto entre la asistencia como medida de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica y el cuidado o asistencia personal propio de servicios prestacionales o de los cuidados personales originados en vínculos familiares o afectivos que de hecho pudieran o no concurrir en el caso.

-El diseño del apoyo que se interesa lo será en la forma más compatible posible con los deseos y preferencias de la persona con discapacidad. Solo se exceptuaría dicha acomodación a la voluntad de la persona con discapacidad cuando se apreciara que sus preferencias concurren con circunstancias que ponen en riesgo grave y actual la garantía de los derechos fundamentales y de la dignidad y libre desarrollo de la personalidad de la persona con discapacidad.



-La resolución que acuerda el apoyo judicializado no debiera limitarse al establecimiento de la curatela con mera atribución de funciones o facultades genéricas. En consecuencia, los/las fiscales procurarán interesar que la resolución judicial delimite en su fallo el alcance de la curatela de forma precisa y ajustada a las circunstancias del caso, a modo de *traje a medida*. A tal efecto, la resolución habría de precisar el alcance de las funciones asistenciales y, en su caso, representativas, del curador, en relación con concretos ámbitos de actuación personal o patrimonial de la persona con discapacidad. El diseño del apoyo debiera tener, no obstante, la suficiente flexibilidad, a fin de asegurar su eficacia en el periodo de tiempo para el cual se concibe, hasta la siguiente revisión judicial, considerando, a tal fin, la posibilidad de establecer autorizaciones marco de actuación del curador.

#### **4.4. Salvaguardas en el ejercicio de la curatela en relación con el seguimiento ordinario de su desenvolvimiento.**

-Las salvaguardas en el ejercicio de la curatela se establecen en consideración a las circunstancias de la persona con discapacidad, el pronóstico y objetivos de progreso en su autonomía personal, las circunstancias de su patrimonio, así como en relación con la intensidad de las atribuciones conferidas al curador y el alcance, en su caso, de las funciones representativas que se le hubieran encomendado. Con carácter general consistirán en la presentación de informes de situación personal y patrimonial con la periodicidad que en cada caso se considere necesaria, sin perjuicio de otros requerimientos de informe y dación de cuentas específicos que pudieran entenderse oportunos.

-Cuando las circunstancias del caso lo hagan aconsejable —en particular en caso de curatela a cargo de institución especializada—, podrá interesarse de la resolución judicial que establezca la obligación, a cargo del curador, de implementar un Plan de Apoyo personalizado, como salvaguarda adicional del adecuado ejercicio de la curatela. El Plan de Apoyo —presentado al inicio de la curatela y actualizado con ocasión de los informes y rendiciones de cuentas del



curador—, debería contener la valoración de la evolución de las necesidades de la persona con discapacidad, el establecimiento de los objetivos de progreso en su autonomía personal con la máxima adecuación a su voluntad, deseos y preferencias, así como la programación necesaria para la implementación de los medios de apoyo a desarrollar.

-El ejercicio y desarrollo del apoyo judicializado y, en su caso, la implementación del Plan de Apoyo, se deberá realizar contando, en todos los aspectos referidos, con la participación efectiva de la persona con discapacidad.

**5. La Instrucción 1/22, de 19 de enero, de la Fiscalía General del Estado, sobre el uso de medios de contención mecánicos o farmacológicos en unidades psiquiátricas o de salud mental y centros residenciales y/o sociosanitarios de personas mayores y/o con discapacidad.**

**5.1 Coordinación interinstitucional a nivel autonómico e informes anuales de los/as fiscales delegados/as autonómicos/as**

La Resolución de 28 de julio de 2022, de la Secretaría de Estado de Derechos Sociales, por la que se publica el Acuerdo del Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, sobre criterios comunes de la acreditación y calidad de los centros y servicios del sistema para la autonomía y atención a la dependencia es de aplicación a todos centros y servicios del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (en adelante, SAAD). Esta resolución aborda compromisos concretos en la materia de contenciones que han de ser cumplidos por las consejerías del ramo competente, con quienes se ha de mantener la debida interlocución por los y las fiscales delegados autonómicos, bajo la supervisión de los/as fiscales superiores.

Por su parte, la Instrucción FGE 1/2022, en su conclusión octava dispuso que *«los/as Sres./as. Fiscales Delegados/as autonómicos/as (...) informarán*



*anualmente a los Fiscales Superiores y al/a la Fiscal de Sala Coordinador/a de los servicios de protección de las personas con discapacidad y mayores sobre el uso de contenciones en los ámbitos sanitario y social en el respectivo territorio».*

Ahora bien, la diversidad de modelos de administración territorial en las diferentes comunidades autónomas, da lugar a un mapa muy diverso de dinámicas y calendarios de interlocución de las fiscalías con las respectivas administraciones que aconsejaron, en el redactado de la Instrucción, dejar sin determinar el periodo o fecha concreta del informe anual a realizar por el/la fiscal delegado/a autonómico/a.

Por lo expuesto anteriormente se concluye que el informe anual al que se refiere la conclusión octava de la Instrucción 1/2022 deberá elaborarse y remitirse al respectivo fiscal superior en el periodo que a tal fin sea determinado por este, teniendo en cuenta el cronograma de la actividad supervisora previamente acordado en el servicio especializado respectivo y de común acuerdo con la Fiscalía de Sala, con el fin de incardinarlo de forma eficaz en la interlocución ordinaria entre la fiscalía superior y la administración autonómica correspondiente.

Asimismo, se constata la importancia de impulsar en el marco de dicha interlocución, el desarrollo normativo autonómico y de protocolos de conformidad con el Acuerdo de la Comisión interterritorial de 28/7/22.

## **5.2 Sobre el contenido de la función inspectora.**

El apartado 5.3 de la instrucción contempla la coordinación y cooperación interinstitucional de los/as fiscales con las administraciones con competencia en la materia -y específicamente con los servicios de inspección de centros-, para desarrollar un control eficaz en los ámbitos social y sanitario.



Particularmente, desde algunas fiscalías se ha detectado en las visitas a estos centros una falta de formación del personal en materia de contenciones. Sin duda, el éxito de cualquier reforma que supone la incorporación a la práctica de nuevos principios o criterios, precisa de formación adecuada y suficiente. El Acuerdo del Consejo Territorial citado dedica un apartado específico a la formación continua del personal de cuidados (Título II, apartado Noveno).

Por ello, con ocasión de las visitas que se efectúen a los centros residenciales, sociosanitarios y unidades psiquiátricas se consideran idóneas actuaciones como:

- Interesarse sobre los planes de formación, a fin de que sus consideraciones puedan ser trasladadas, de conformidad con la conclusión 8ª de la Instrucción 1/2022.

- Suministrar información sobre la Instrucción, particularmente la que pudiera demandarse desde la dirección del centro y el personal de atención directa de segundo nivel, (letra d] apartado decimoctavo, título IV del Acuerdo).

- Ahondar en la concreción del contenido de los protocolos vigentes, pues se han constatado formatos demasiado genéricos, cuando es el detalle el que permite al personal de cuidados ir profundizando en el nuevo modelo y su efectiva aplicación.

- Trasladar a los centros que han implementado un modelo libre de contenciones la necesidad de incorporar en sus protocolos medidas de transición para los nuevos usuarios procedentes de otros centros, en los que sí se les han aplicado contenciones. Este cambio es tan significativo para la persona que exige un proceso y no puede ser aplicado un sistema o el contrario de manera automática e inmediata, sino gradual y supervisada convenientemente. Todo ello, será especialmente necesario mientras cohabiten los dos modelos.



- En los casos que se planteen dudas a los/las fiscales sobre el uso de contenciones, se sugiere la consulta a los servicios administrativos de inspección de centros, particularmente si las mismas se suscitan sobre la valoración de la contención farmacológica. Como indica la Instrucción 1/2022, no corresponde al Ministerio Fiscal un control exhaustivo sobre la *lex artis*, en cada caso y con respecto a cada sujeto por exceder de sus recursos, formación y funciones.

## 6. Patrimonios protegidos.

La Ley 8/2021 ha tenido un gran impacto normativo, pues ha propiciado la reforma de numerosos textos legales, siendo uno de ellos la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad (en adelante, LPP). En concreto, ha afectado a todos sus artículos, a excepción del sexto.

### 6.1 Concepto

La LPP no da un concepto del patrimonio protegido, pero se extrae con facilidad de la propia Exposición de Motivos, por lo que puede definirse como una masa de bienes y derechos sin personalidad jurídica propia, que queda inmediata y directamente vinculada a la satisfacción de las necesidades vitales de su titular.

-Las aportaciones serán de bienes y derechos a título gratuito (art. 1.1), adecuados y suficientes (art.3.2) no sometidos a término (art. 4.2). Así, pueden ser aportados: dinero, productos financieros (depósitos a plazo fijo, cuentas de ahorro u otros que ofrezcan una rentabilidad), seguros, fincas rústicas o urbanas, títulos, acciones, objetos valiosos, etc.

-Desde una concepción social de la discapacidad, debe entenderse superada cualquier asimilación de las necesidades vitales con el sustento, la educación o lo socio-sanitario. Ello implica que se pueda asegurar con recursos económicos diferenciados la participación de la persona con discapacidad en actividades



culturales, deportivas, recreativas, etc., y cualesquiera otras que repercuten en su bienestar individual y en su calidad de vida.

## **6.2. Supervisión por el Ministerio Fiscal (art. 7 LPP)**

-La supervisión institucional del Ministerio Fiscal puede tener un carácter general, a través de la fórmula de la rendición anual de cuentas, o un carácter particular, por medio de controles específicos y esporádicos, siempre que se entienda procedente.

-El fundamento de la función supervisora del Ministerio Fiscal (general o esporádica) se encuentra en procurar salvaguardias adecuadas y efectivas que impidan abusos a las personas que precisan de apoyos al ejercicio de la capacidad jurídica. De manera que, a estos efectos, puede hacerse una asimilación entre el concepto de discapacidad de la Disposición Adicional Cuarta del Código Civil y el de discapacidad psíquica de la LPP.

-Con arreglo a dicho fundamento, corresponde al Ministerio Fiscal la supervisión del patrimonio protegido de personas con discapacidad intelectual o del desarrollo, personas mayores con deterioro cognitivo, o con problemas de salud mental.

- Cuando el beneficiario es una persona con discapacidad física o sensorial que puede ejercer un control directo de su patrimonio, no resulta justificada la supervisión ni control del Ministerio Fiscal.

-En todo caso, conforme al art. 12 de la Convención, la salvaguardia legal que constituye la previsión del art. 7 LPP referida al Ministerio Fiscal debe garantizar el respeto a su voluntad y preferencias de la persona, procurando la mayor implicación posible de esta.



- Es aconsejable que, para permitir la mayor intervención de la persona con discapacidad en las cuestiones económicas que le conciernen (art. 12 Convención), el/la fiscal pueda pedir del administrador la información relevante transmitida a la persona, especialmente cuando esta no precise de apoyos intensos en el ejercicio de la capacidad jurídica, así como cuando la gestión patrimonial no comporte dificultades significativas.

-Conviene recordar que el párrafo tercero del art. 5.2 LPP permite los actos de disposición de dinero y consumo de bienes fungibles integrados en el patrimonio protegido siempre que se hagan para atender las necesidades vitales de la persona beneficiaria.

-No corresponde al Ministerio Fiscal valorar «partida a partida» cada acto de disposición de bienes fungibles o dinero (permitidos conforme al párrafo tercero del art. 5.2 LPP para la atención de las necesidades vitales de la persona), sino controlar que, a través de los actos realizados, no se desatienda ni la finalidad última indicada ni el objeto de su constitución (art. 1 LPP), evitando la despatrimonialización, analizada con respecto al ejercicio/s precedente/s.

Otro control no resulta posible sin entrar en conflicto con la interpretación realizada por la Dirección General de Tributos sobre los conceptos de actos de disposición y necesidades vitales, en relación con el art. 54, 4 y 5 Ley 35/2006 del IRPF, dentro del ámbito de sus competencias supervisoras.

### **6.3. Competencia territorial del Ministerio Fiscal**

-La competencia del Ministerio Fiscal en relación con la rendición de cuentas viene determinada por el domicilio de la persona beneficiaria. Esta regla no está explícitamente reflejada en la LPP, pero es la que mejor permite que el Ministerio Fiscal pueda realizar la tarea supervisora con criterios de proximidad a la



persona para garantizar el debido respeto a su voluntad, lo que puede exigir la necesidad de oírle, trasladarle información, etc. Se entiende, asimismo, justificada por la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo en el marco de acercar el proceso al afectado particularmente en asuntos donde es precisa la interlocución directa con ella (*vid.* autos Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, sec. civil, de 26 de febrero, 11 de junio y 22 de octubre de 2019).

-Producido un cambio de domicilio respecto del inicialmente reflejado en el acto constitutivo, la supervisión corresponderá al órgano fiscal de la nueva demarcación.

-Si el cambio de domicilio se produce una vez iniciado el proceso de revisión de las cuentas, por economía de medios, parece prudente que se conserve dicha competencia, advirtiendo a la parte interesada cuál es la fiscalía territorialmente competente en lo sucesivo.

-Se debe recordar al administrador la obligación de informar sobre el cambio de domicilio de la persona beneficiaria.

- Es oportuno que, ante cualquier situación que comporte dudas sobre la competencia territorial, se someta previamente a valoración de la Fiscal de Sala de la Unidad Coordinadora.

#### **6.4. De la rendición de cuentas**

- Se sugiere la utilización de los modelos que ha facilitado la Unidad Coordinadora a las fiscalías para que los trasladen a los administradores del patrimonio protegido en orden a homogeneizar y facilitar la rendición de cuentas.

-El Ministerio Fiscal precisará auxilio pericial para valorar la rendición presentada cuando revista complejidad, ya sea por el abultado patrimonio o por su naturaleza, ya sea por las operaciones practicadas.



- Dada la naturaleza del patrimonio protegido, no podrá hacerse un cargo en el mismo al tratarse de unos bienes y derechos que se deben destinar a la satisfacción de las necesidades vitales de la persona, so pretexto de una aplicación analógica de lo dispuesto en el art. 51 LJV. Dicho precepto remite a la posibilidad de que el juez de oficio y costa del patrimonio de la persona afectada pueda pedir una pericial contable si la rendición de cuentas describe operaciones complejas o que requieren justificación técnica.
- Efectuada la rendición de cuentas, no le corresponde al Ministerio Fiscal dictar decreto alguno de aprobación de las cuentas presentadas, sino que, cuando considere completa la información suministrada por la parte, ya sea por su propia iniciativa, ya sea a requerimiento del/la fiscal, las/los Sras./es fiscales dictarán decreto teniendo por cumplida la obligación legal de presentación de rendición de cuentas relativa al ejercicio, archivando el expediente incoado.
- Producida la extinción de un patrimonio protegido, en los supuestos del art. 8 LPP, no se pedirá una rendición final de cuentas al administrador, al no existir previsión legal al respecto, entendiéndose cumplida la supervisión a través de las rendiciones anuales de cuentas y las específicas que pudieran haberse solicitado.

#### **6.5. El administrador como sujeto obligado a la rendición de cuentas al Ministerio Fiscal**

El art. 7.2 LPP contempla el supuesto de exención de la obligación del administrador de rendir de cuentas: *«Cuando no sea la propia persona con discapacidad beneficiaria del patrimonio, el administrador del patrimonio protegido deberá rendir cuentas de su gestión al Ministerio Fiscal cuando lo determine este y, en todo caso, anualmente, mediante la remisión de una*



*relación de su gestión y un inventario de bienes y derechos que lo formen, todo ello justificado documentalmente».*

- A quien se exime de esta obligación es a la persona con discapacidad constituyente-beneficiaria del patrimonio protegido.

- La anterior redacción del art. 7.2 LPP excluía, además del supuesto citado, a los padres. La novedad más significativa de la reforma, en relación con la rendición de cuentas, es la que se refiere a la obligación de rendir cuentas por parte de los progenitores.

-No obstante lo anterior, debe respetarse la voluntad de la persona con discapacidad mayor de edad, utilizando los medios de apoyo que resulten precisos, en el acto constitutivo, exprese su voluntad, no solo de participar en el control de su patrimonio tanto como le sea posible -como es su derecho-, sino de eximir de la rendición anual de cuentas a sus progenitores, (habituales constituyentes de patrimonios protegidos).

Imponer en estos casos una supervisión del Ministerio Fiscal a una persona que puede decidir, aunque sea con apoyos, se concilia mal con los postulados del art. 12 de la Convención, incluso, los conculca.

-Esto no es óbice para que en estos casos de exención las/los fiscales puedan solicitar al administrador la relación de su gestión y el inventario de los bienes y derechos que formen el patrimonio protegido cuando así lo determine procedente, de conformidad con el art. 7. 2 LPP, ya por propia iniciativa, ya por ser excitada por «cualquier persona» (art. 7.1 LPP).

## **6.6 Consideraciones finales**



-Resulta necesaria una reforma normativa que impregne la regulación del patrimonio protegido de los postulados de la Ley 8/2021, que son los de la Convención, que precise conceptos, aclare contradicciones y concrete de manera realista y práctica las funciones de la Comisión de Protección Patrimonial de Personas con Discapacidad, pues no puede obviarse que la actual composición de la Comisión de Patrimonio Protegido no parece prevista para el apoyo puntual y concreto que pueda demandarse desde las distintas fiscalías territoriales, tal y como podría desprenderse del tenor literal del art. 7.3 LPP. La reforma, en consecuencia, debería dotar de herramientas eficaces para el examen de la rendición de cuentas por parte del Ministerio Fiscal.

## **7. La guarda de hecho como medida de apoyo informal. Su desenvolvimiento actual.**

La novedad que supuso la reforma en el reconocimiento legal de la guarda de hecho como verdadera medida de apoyo obligó a un primer análisis en las conclusiones de fiscales especialistas del año pasado. Dichas conclusiones se mantienen, permitiendo el tiempo transcurrido concretar algunas cuestiones que ya se atisbaron como problemáticas y que la práctica ha permitido ir concretando, por lo cual se entiende oportuno profundizar en aquel análisis.

### **7.1 La guarda de hecho como medida de apoyo asistencial y excepcionalmente representativa**

- La guarda de hecho puede tener carácter asistencial o representativo, como se desprende de conjugar lo dispuesto en el art. 264.3 CC con lo establecido en el art. 287 CC.

-La guarda puede desempeñarse en la esfera patrimonial, en la personal del afectado o en ambas.



-En la guarda asistencial, es la propia persona con discapacidad quien actúa con el soporte que le brinda el guardador.

- En la guarda representativa, las decisiones las adoptará el guardador. Ahora bien, en su actuación deberá ajustarse a los principios generales de actuación de cualquier prestador de apoyos, lo que comporta posibilitar la mayor participación de la persona. Asimismo, conlleva un ejercicio conforme con la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, sistema de creencias y valores o su trayectoria vital.

## **7.2 Actuaciones del guardador de hecho que no precisan autorización judicial**

- La guarda es un apoyo con vocación general, como muestra la variedad de actos y campos de actuación posibles. Concretaba el apartado 3.1 de las conclusiones del año 2021 algunos de los actos que puede desarrollar el guardador de hecho sin necesidad de autorización judicial que evidencian dicho carácter: peticiones de recursos sociales, pensiones, plazas residenciales, centros de día, ayuda a domicilio, matriculaciones en centros de educación o formación profesional, entre otras, solicitudes a los bancos, etc.

- El guardador de hecho puede realizar actos sobre bienes de escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar. El precepto introduce un matiz subjetivo que solo puede ser expresado, con los apoyos que precise, por la propia persona interesada.

-Estas actuaciones del guardador conllevan capacidad de disposición, pues solo con ella se pueden realizar actos de relevancia económica- aunque sea escasa-



- Se entiende implícita una capacidad de administración, siquiera mínima, para la efectividad de la guarda: pago de suministros, servicios, tratamientos rehabilitadores, etc.
- Se entenderá que el guardador puede realizar por sí mismo aquellos actos que requiera proveer las necesidades ordinarias y cotidianas de la persona con discapacidad -de acuerdo con su nivel de vida-, entre los que se encontraría el manejo de la cantidad económica necesaria; ello conduce a tomar en cuenta e intentar mantener su nivel de vida.

### **7.3 La constatación de la guarda de hecho en un procedimiento judicial. Buenas prácticas**

-La judicialización de supuestos en los que la persona con discapacidad cuenta *de facto* con una guarda de hecho suficiente y adecuada resultan todavía frecuentes. Esta es la realidad judicial, ya sea por las dificultades que el desenvolvimiento normal de la guarda está encontrando en el entorno, ya por permanecer anclados los conceptos e instituciones de apoyo tradicionales entre los afectados directamente.

-Para ayudar a un mejor entendimiento y funcionamiento de la guarda de hecho, las/los fiscales deberán asegurarse de que en la comparecencia en el expediente de jurisdicción voluntaria queden definidas y especificadas las necesidades concretas de decisión y actuación que precisa la persona y que no puede desarrollar por sí misma, así como las dificultades halladas para atenderlas con apoyo del guardador.

-Confirmada la necesidad de apoyos, así como que la persona cuenta con un guardador de hecho, el informe del/la fiscal no se limitará a exponer que queda constatada dicha circunstancia, sino que deberá incluir una valoración sobre su



suficiencia para la actuación concreta que precisa hacer el guardador por la persona. Para hacerlo, se basará en la valoración del carácter ordinario de la actuación, conforme a los parámetros de frecuencia y trascendencia personal o patrimonial del acto, de acuerdo con lo anteriormente expresado.

-De este modo, se pretende provocar una resolución judicial que se pronuncie sobre dichos aspectos. Esta resolución judicial, por tanto, habrá logrado una especificación que permitirá al guardador utilizarla como título acreditativo bastante para la necesidad/es de apoyo/s planteada/s.

- De la misma manera, deberá el Ministerio Fiscal ser explícito en el decreto de archivo dictado en diligencias preprocesales, concretando las funciones que pueden ser desarrolladas en el caso concreto por ese guardador de hecho dentro del ámbito del art 264 CC.

#### **8.- Régimen transitorio de la Ley 8/2021, de 2 de junio. Interpretación de la disposición transitoria segunda en relación con la disposición transitoria quinta respecto de las medidas de apoyo acordadas por autoridad judicial**

-El régimen transitorio establecido en la DT 2ª de la Ley 8 /2021 para los apoyos constituidos judicialmente con arreglo a la legislación anterior se extiende, desde su entrada en vigor, sin solución de continuidad, hasta el momento en que las medidas anteriormente acordadas sean sustituidas o dejadas sin efecto en virtud de la revisión judicial del caso realizada de conformidad con lo dispuesto en la DT 5ª del mismo texto legal. La vigencia de dicho régimen transitorio hasta la efectiva revisión del caso, con independencia del momento en que esta se produzca, deriva directamente del tenor literal de la DT 2ª. Esta conclusión, no se ve alterada por el «plazo máximo de tres años» establecido en la DT5ª para la revisión de dichos expedientes. La interpretación lógica y sistemática de ambas disposiciones conduce a concluir que la revisión extemporánea, más allá de dicho plazo de tres años, no solo es posible, sino que será en todo caso



debida, a fin de garantizar la efectiva tutela judicial de los derechos de las personas con discapacidad.

-En tanto no se produzca la revisión del caso, la garantía de los derechos de la persona con discapacidad exige, necesariamente, la continuidad de los mecanismos de apoyo sin saltos temporales en su aplicación y en consecuencia:

-Las tutelas existentes a la entrada en vigor de la ley, seguirán siendo eficaces por todo el tiempo que transcurra hasta su sustitución por otras medidas de apoyo o, en su caso, su supresión, tras su efectiva revisión. Entretanto, les serán de aplicación las nuevas disposiciones relativas a la curatela representativa y los tutores deberán de acomodar su actuación a la nueva legislación.

-Las curatelas anteriores a la nueva legislación seguirán siendo eficaces por todo el tiempo que transcurra hasta que sean efectivamente revisadas o suprimidas tras su procedimiento de revisión. Entretanto, el curador deberá acomodar su actuación a los principios de la nueva regulación legal.

-Respecto de las curatelas acordadas anteriormente en situaciones de prodigalidad y respecto de la patria potestad prorrogada o rehabilitada, el tenor literal de la DT2ª establece que seguirán ejerciéndose con arreglo a la legislación anterior, es decir, continuarán siendo eficaces por todo el tiempo que transcurra hasta su sustitución por otras medidas de apoyo (o su supresión definitiva tras su efectiva revisión). Una interpretación sistemática y teleológica conduce a que dicho ejercicio transitorio de sus funciones deba necesariamente adaptarse a los principios esenciales de la nueva regulación.