



## **CONCLUSIONES DE LAS JORNADAS DE FISCALES ESPECIALISTAS DE LAS SECCIONES DE ATENCIÓN A PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y MAYORES, celebradas en Madrid los días 27 y 28 de septiembre de 2021**

Las cuestiones abordadas en las jornadas de especialistas del mes de septiembre de 2021 tuvieron un contenido más extenso que el que se refleja en este escrito de conclusiones. La razón fundamental de no incluir otros aspectos, también de indudable interés, es que se entiende preciso acometer su estudio en profundidad por medio de instrumentos más idóneos como son una nueva Instrucción y Circular en la materia. Tampoco hay que olvidar la necesidad de acomodar anteriores Instrucciones y Circulares y demás instrumentos de la FGE a la nueva legislación que exigen, además, un imperioso cambio de terminología.

### **1. El deber de información al público**

- Se recuerda a las/los Sras./es fiscales que se encuentran vigentes las disposiciones del *Manual de buenas prácticas del Ministerio Fiscal en la protección a las personas con discapacidad y apoyos*, en la aplicación de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, elaborado en septiembre 2010, en relación con el derecho a la información de las personas con discapacidad y sus familias en las dependencias de las fiscalías.

- Las secciones especializadas deben disponer de un sistema debidamente publicitado de atención a las visitas de particulares y profesionales, que permita que el fiscal sea accesible y cercano para la sociedad, las personas con discapacidad y sus allegados. Las/los Sras./es fiscales procurarán instruir a los funcionarios encargados del servicio de atención a las personas con



Fiscal de Sala

discapacidad sobre el alcance de la importante reforma en esta materia para que puedan atender y orientar adecuadamente a los usuarios del mismo, a fin de hacerles partícipes en la consecución de los objetivos de la reforma.

- Específicamente en relación con la persona con discapacidad, se atenderá a que la información sea clara y suficiente y con los ajustes que precise, conforme al art. 7 bis LJV, con particular atención a su derecho de defensa (cfr. sobre este particular, las menciones al respecto de los ANEXOS I y II).
- Se recuerda que, fruto del convenio de colaboración con la confederación Plena Inclusión, firmado por la FGE el 9 de septiembre de 2021, se encuentra a disposición de las secciones especializadas documentación informativa que puede serle proporcionada a las familias.
- Podrá asimismo informarse desde las oficinas de las fiscalías a los familiares con legitimación sobre la posibilidad de solicitar por sí mismos las medidas de apoyo que pretendan ejercer, mediante la utilización de formularios conforme al artículo art. 14.3 LJV.

## **2. Trascendencia de la reforma introducida por la Ley 8/21 en la tramitación de las diligencias preprocesales**

- Las diligencias preprocesales resultan idóneas para acometer el estudio individualizado sobre la procedencia de promover acciones tendentes a proveer los apoyos que pueda precisar una persona con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica, ya sea en el ámbito personal como el patrimonial. También es la herramienta apropiada para estudiar la revisión de las medidas acordadas conforme a la legislación anterior. Igualmente servirán para recabar información sobre el ejercicio de las medidas de apoyo legales o judiciales de que ya se disponga (párrafo segundo del art. 270 CC), así como para conocer de los obstáculos que el guardador de hecho pueda encontrar para el correcto desarrollo de sus funciones.



## 2.1 Tramitación y objeto de las diligencias preprocesales

- Aquellas diligencias preprocesales, ya sean de nueva incoación, ya se encuentren en tramitación, cuyo objeto sea la procedencia de promover acciones tendentes a proveer los apoyos que pueda precisar una persona con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica, deberán ir dirigidas a apreciar la necesidad de instituir un apoyo judicial con carácter estable, por insuficiencia o ineficacia del medio social y familiar para prestárselos de manera informal mediante una guarda de hecho. También deberán valorar la intensidad de los apoyos, dado que estos habrán de ser proporcionados y adaptados a las circunstancias de la persona, para lo cual se recabará información multidisciplinar.
- En el caso de las diligencias que se encuentren en tramitación, será necesario ampliar la información que hayan facilitado los parientes y allegados acerca de las razones por las que hayan acudido a la fiscalía para solicitar las concretas medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica de una persona. Para ello puede ser útil ofrecer la cumplimentación de un modelo facilitado por la propia fiscalía con cuantos datos sean imprescindibles para justificar la solicitud de medidas judiciales de apoyo.
- La promoción de la autonomía personal es un objetivo de la reforma legal por lo que el estudio de cómo llevar a cabo los apoyos de la persona o en qué facetas debemos consolidar o potenciar sus habilidades, requiere el concurso multidisciplinar en los términos de los arts. 759.1.3º LEC y 42 bis b)1 LJV.
- En el marco de estas diligencias, tal como se exige tras la entrada en vigor de la Ley 8/21, se deberán recabar informes de diferentes ámbitos:
- Los informes médicos podrán ser solicitados a los facultativos que atiendan ordinariamente a la persona.



Fiscal de Sala

- Los informes periciales se recabarán del médico forense o del Instituto de Medicina Legal y, especialmente, de los equipos multidisciplinares allí donde se vayan constituyendo. Sus objetivos principales serán:

a) La descripción de la discapacidad de carácter psíquico que le afecte. En ningún caso, el informe pericial incluirá un juicio sobre la capacidad de la persona, al haber sido suprimido el art. 200 CC, conforme al principio de igual capacidad jurídica consagrado en el art. 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.

b) La especificación de los ámbitos que resultan afectados por la discapacidad de la persona, que sugieren la necesidad de apoyo en relación con el acto/actos de que se trate para el ejercicio de su capacidad jurídica en condiciones de igualdad. Se acompaña modelo de oficio en ANEXO IV.

- La información sociofamiliar deberá ser recabada de la unidad de trabajo social, si se encuentra adscrita a la fiscalía, o perteneciente a los servicios autonómicos, provinciales o municipales competentes, o bien acudiendo a entidades del Tercer Sector debidamente acreditadas (DA 1ª Ley 8/21). En su defecto, o en caso de demoras previsibles, podrán los fiscales recabar estos datos de forma directa de los parientes próximos, allegados o podrán ser facilitados por los propios afectados. Dicha información puede ser inicialmente suficiente para adoptar la resolución que proceda en el seno de las diligencias preprocesales, aun cuando el art. 42 bis b) LJV exige aportar dicho informe social con el escrito de promoción del expediente de jurisdicción voluntaria (no así expresamente el art. 757 LEC). Esto, se hará sin perjuicio de aportar el informe sociofamiliar con posterioridad, pero siempre antes de la propia comparecencia o, en su defecto, mediante la oportuna citación de los trabajadores sociales. Se trata de evitar la dilación y los perjuicios a la persona con discapacidad que pudiera provenir de su demora.

- Es imprescindible que cada fiscalía, en su ámbito territorial, conozca cuales sean los recursos existentes para dirigir la solicitud a la unidad de trabajo social



Fiscal de Sala

que corresponda, ya se disponga como adscritos a fiscalía y juzgados, o pertenezcan a los servicios autonómicos, provinciales o municipales competentes, pudiendo acudir también a entidades del Tercer Sector debidamente acreditadas (DA 1ª Ley 8/21), evitando dilaciones o rechazos. La información interesada debe abarcar la que se especifica en ANEXO V.

## **2.2 Finalización y notificación de las diligencias preprocesales**

- Las diligencias finalizarán con el decreto de conclusión, en el que se acordará, bien la interposición de solicitud ante el juzgado competente, bien el archivo por no acreditarse la necesidad de medidas de apoyo (por extensión del contenido del art. 757.2 LEC sobre la postura del Ministerio Fiscal). El decreto deberá ser en todo caso motivado, acorde con las exigencias constitucionales de concreción en el fondo y claridad en la forma. En el caso de que se promuevan acciones judiciales se deberá poner especial cuidado en verificar cual sea el domicilio actual de la persona con discapacidad a fin de formular la pretensión oportuna ante el juzgado competente.

- a) La decisión de presentar acciones judiciales para proveer los apoyos a la capacidad jurídica que pueda precisar una persona deberá cumplir con la adecuada valoración de la exigencia legal de necesidad y proporcionalidad de los apoyos que se soliciten, con expresa concreción de los actos en los que se precisan dichos apoyos y su intensidad: si son de carácter asistencial o representativo y en qué facetas o ámbitos concretos se deberán producir.
- b) Cuando en las diligencias se tenga conocimiento de la necesidad de articular medidas de salvaguarda o control sobre una guarda de hecho, ya sea para prevenir posibles conflictos de intereses, ya sea para garantizar el debido respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona, se concluirán las diligencias y se instará el oportuno expediente de jurisdicción voluntaria (arts. 265 CC y 52 LJV).
- c) Las diligencias preprocesales (se hayan incoado o no con posterioridad a la fecha de entrada en vigor de la Ley 8/21) serán archivadas si de las



Fiscal de Sala

diligencias practicadas y/o de las circunstancias actuales se adviera la existencia de apoyo familiar y/o guardador de hecho que ejerzan los apoyos al ejercicio de la capacidad jurídica de la persona de forma adecuada.

- d) En el seno de estas diligencias también se podrá tomar conocimiento de los obstáculos que el guardador pueda encontrar para el correcto desarrollo de sus funciones de administración ordinaria, poniendo en marcha las iniciativas oportunas para facilitar dicho ejercicio. De este modo, una vía podría ser la de hacer constar en el decreto de archivo de las diligencias el carácter ordinario del acto obstaculizado, pudiendo el guardador hacer uso del mismo como entienda oportuno. Otra vía por explorar pudiera ser la de instar la incoación de un expediente de jurisdicción voluntaria (art. 265 CC) para propiciar una resolución judicial.
- e) En el caso de que en el transcurso de la tramitación de unas diligencias preprocesales sea procedente la presentación de una solicitud de revisión judicial respecto de las medidas acordadas conforme a la precedente legislación, se podrá utilizar el modelo que consta como ANEXO III a estas conclusiones.

- El decreto que ponga fin a las diligencias, debe ser notificado a aquellos que pusieron en conocimiento de la fiscalía los hechos que dieron lugar a su incoación, así como a la persona a quien se refiere la solicitud de medidas de apoyo o establecimiento de salvaguardas, objeto de las diligencias.

- Se procurará que el decreto de conclusión sea notificado a la persona con discapacidad en formato de "lectura fácil", sin perjuicio del resto de ajustes previstos en el art. 7 bis LJV, ya mencionado *supra*.

- El decreto de archivo deberá incorporar la información a los familiares con legitimación, de la posibilidad de solicitar por sí mismos las medidas de apoyo que consideren necesarias.



### **3. La nueva figura de la guarda de hecho en la reforma llevada a cabo por la Ley 8/21.**

- La ley dota a la guarda de hecho de su propio régimen jurídico, por lo que no precisa de investidura judicial formal. En consecuencia, no procede ni la incoación de diligencias preprocesales ni la solicitud de expediente de jurisdicción voluntaria para el nombramiento de guardador de hecho.

- También contiene un mandato de desjudicialización (artículo 255 CC *in fine*) “razonable” que pasa por asumir con naturalidad que las facultades de actuación no vienen dadas por una resolución judicial, sino directamente de la ley.

Igual que debemos alejarnos de una mimética sustitución de tutelas por curatelas representativas, también ha de evitarse una remisión generalizada hacia las guardas de hecho sin el debido estudio de la realidad sociofamiliar de cada persona con discapacidad. Ello nos permitirá hacer el balance necesario, atendiendo a la intensidad del apoyo que precisa, evaluando la suficiencia de la guarda de hecho para dar esa cobertura, sin sustraernos a la situación actual en cada población en la que resida la persona, y a la propia implementación social de la reforma.

#### **3.1 Actos del guardador de hecho que no precisan autorización judicial**

- No precisarán de ninguna autorización judicial aquellos actos para los que el guardador solicite una prestación económica a favor de la persona con discapacidad, siempre que esta no suponga un cambio significativo en la forma de vida de la persona, o realice actos jurídicos sobre bienes de esta que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar (art. 264.3 CC). La determinación de cuales sean estos actos dependerá del caso concreto, por lo que resulta necesario tener en cuenta el contexto personal, su modo de vida, ingresos (atender al “histórico bancario” puede resultar revelador a esos efectos), etc.



Fiscal de Sala

- Las posibles actuaciones en las que el guardador de hecho puede ejercer su función como medida de apoyo, pueden concretarse en otros numerosos contextos: 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.
- La función del guardador tiene reconocimiento en otros entornos. En el ámbito de la salud el guardador de hecho se encuentra asimilado al “cuidador principal”, “allegado” o “persona vinculada por razones familiares o de hecho” (arts. 5.3 y 9.2 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía personal y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, y ANEXO III. apartado 7.7 del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del sistema nacional de salud y el procedimiento para su actualización).
- .- Las peticiones de auxilio a las FFCCSE por parte de guardadores de hecho ante agitaciones, incidentes, altercados familiares de la persona con discapacidad o trastorno mental, tienen amparo en el marco del art. 11.1 LO 2/1986 de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado.

### **3.2 Acreditación de la guarda de hecho**

- Una de las cuestiones que puede resultar en ocasiones comprometida es la acreditación de ser el guardador de hecho, lo que puede hacerse por diferentes medios: mediante el libro de familia cuando de un familiar se trate, como a través de documentación “periférica” (sanitaria, asistencial, administrativa, doméstica, etc.) que refleje dicha condición. Los modelos de declaración responsable de guarda de hecho elaborados por la administración al efecto de cursar las peticiones de reconocimiento de la situación de dependencia, pueden ser un modelo a seguir.



Fiscal de Sala

En cualquier caso, resulta de extraordinaria relevancia el hecho de convivir con el guardado. La acreditación de este extremo podrá hacerse mediante las distintas pruebas documentales (certificado de empadronamiento u otros que acrediten la convivencia), testificales, etc.

La condición de vulnerabilidad de la persona que recibe el apoyo derivada de las limitaciones en el ejercicio de su capacidad jurídica, podrá hacerse mediante la exhibición de las correspondientes certificaciones administrativas, certificados médicos o informes sociales expresivos de la discapacidad intelectual o del desarrollo, o trastornos de salud mental que presente la persona, y su incidencia en la capacidad de decisión.

Otra posibilidad de acreditar ante organismos públicos y privados dicha relación, será la propia voluntad de la persona (siempre que pueda expresarla), manifestada ante notario reconociendo al guardador de hecho mediante un acta de notoriedad, u otorgándole poderes.

También se ha de tener en cuenta la eventualidad de que una guarda de hecho pueda ser objeto de anotación preventiva registral (art. 40 de la Ley 20/2011, de 21 de Julio, del Registro Civil). Aunque dicha anotación no tiene valor probatorio, puede ser de utilidad. La guarda de hecho que por alguna decisión judicial haya tenido acceso al Registro (por ejemplo, al establecer salvaguardias judiciales), informa de su existencia en un determinado momento.

En el mismo sentido, realizado un proceso de revisión de medida que concluya en el archivo de una tutela, curatela o patria potestad prorrogada o rehabilitada, acordadas con anterioridad a la reforma, por entenderse ahora suficiente y adecuada para la persona la guarda de hecho, dicha resolución constituirá un título acreditativo extraordinario sobre esta institución, así como la propia sentencia que en su día las constituyó.

- Es preciso un cambio de mentalidad y de actitudes, al que puede contribuir la fiscalía desde una posición activa y didáctica con las personas con



Fiscal de Sala

discapacidad y sus entornos, ante situaciones que dificulten el despegue de la institución de la guarda de hecho.

### **3.3 Actos que precisan autorización judicial y salvaguardas al ejercicio de la guarda de hecho**

- Ocasional y excepcionalmente, es posible que el guardador de hecho tenga que acudir al juzgado para solicitar una autorización judicial (supuestos previstos en el art. 287 CC), pero se tratará de un expediente que concluya sin dejar al guardador y guardado anclados al juzgado de modo permanente.

- Los supuestos de guardas de hecho que sugieran la necesidad de establecer salvaguardias, por percibirse cierta insuficiencia o posibilidad de generar en un futuro, más o menos inmediato, colisión de intereses, precisan intervención judicial. Esta es una necesidad que es trasunto del art. 13.4 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Ello supone generar una guarda de hecho que no se constituye, pero sí se reconoce y se le dota de cierta estabilidad mediante controles periódicos que, evidentemente conllevarán una continuidad del mismo juzgado en el seguimiento, conforme se desprende del art. 265 CC.

### **3.4. Interpretación del último párrafo del art. 250 CC**

La guarda de hecho también puede ser institucional; privada o pública y puede coexistir con una guarda de familiar o allegado. En ocasiones, sin embargo, falta ese mínimo apoyo externo personal.

Generalmente, la guarda institucional se produce cuando la persona necesitada se encuentra ingresada en un centro (residencia para personas con discapacidad, residencias para personas mayores, casas-hogar, etc). En estos centros, sean públicos o privados, es la dirección de los mismos la que asume la guarda de la persona y se convierte en garante de que se respeten sus derechos y se le presten los cuidados que le son debidos. Esta obligación surge, tanto del correspondiente contrato de servicios (formalizado



Fiscal de Sala

generalmente con el guardador de hecho con quien concurre), como de las disposiciones legales, tanto de ámbito estatal, como las específicas de la Comunidad Autónoma en que radique el centro. En caso de discrepancia sobre asuntos relevantes entre los guardadores personales y los guardadores institucionales, cuando coexisten habrá que acudir al juez para dirimir el conflicto (ex art. 265 CC).

En el caso de que no exista familiar o allegado que ejerza la guarda de hecho que concorra con la asistencia de la institución en la que esté ingresado o la persona contratada para asistirle en su faceta personal, se deberá tener en cuenta lo dispuesto en el último párrafo del art. 250 CC: “No podrán ejercer ninguna de las medidas de apoyo quienes, en virtud de una relación contractual, presten servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga a la persona que precisa el apoyo”. De comprobarse la existencia de una situación de hecho que contravenga lo dispuesto en el indicado art. 250 CC, deberán instituirse las salvaguardias necesarias o constituir el apoyo judicial que proceda. Por tanto, los/las Sres./as fiscales de las secciones especializadas actuarán para evitar la consolidación de situaciones que vulneren esta prohibición legal.

#### **4. Régimen transitorio de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica**

##### **4.1. Disposición transitoria 5ª de la Ley 8/2021. Revisión de las medidas ya acordadas**

Recoge dicha disposición que: “Las personas con capacidad modificada judicialmente, los declarados pródigos, los progenitores que ostenten la patria potestad prorrogada o rehabilitada, los tutores, los curadores, los defensores judiciales y los apoderados preventivos podrán solicitar en cualquier momento de la autoridad judicial la revisión de las medidas que se hubiesen establecido



Fiscal de Sala

con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley, para adaptarlas a esta. La revisión de las medidas deberá producirse en el plazo máximo de un año desde dicha solicitud.

Para aquellos casos donde no haya existido la solicitud mencionada en el párrafo anterior, la revisión se realizará por parte de la autoridad judicial de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal en un plazo máximo de tres años”.

#### **4.1.1 Legitimación y revisión de oficio**

- Prevé la disposición una doble legitimación y un doble plazo: i) caso de instarse por los particulares, el juzgador tiene un plazo de un año desde que se presente su solicitud para proceder a la revisión de las medidas, ii) si no existe solicitud de parte, corresponde la iniciativa a la autoridad judicial o al Ministerio Fiscal con expreso mandato de que se lleve a cabo en el plazo de tres años desde el día 3 de septiembre de 2021 (fecha de entrada en vigor de la citada ley).
- El carácter improrrogable del plazo de tres años afecta al Ministerio Fiscal y al juez, lo que obliga a realizar una tarea de identificación –preferiblemente conjunta- del número de procedimientos afectados a fin de evitar que queden situaciones sin haber sido revisadas en plazo.
- Es aconsejable aprovechar el traslado que nos dé el juzgado en cualquiera de los procedimientos afectados por la revisión, o pieza separada de los mismos (normalmente será en las rendiciones de cuentas anuales de tutores) para emitir el informe interesado e instar por otrosí que se proceda a incoar el correspondiente expediente de jurisdicción voluntaria para llevar a cabo la revisión de las medidas establecidas previamente en la resolución donde se modificó la capacidad de una persona con discapacidad (arts. 42 bis c] LJV). En ese mismo otrosí se indicarán los testimonios de aquellos otros procedimientos que sobre la persona se hayan tramitado y que sea de interés disponer de los mismos en el expediente de revisión.



Fiscal de Sala

- Debe atenderse a la naturaleza del traslado y a su necesidad o urgencia. Así, no deberán producirse retrasos en la resolución del algún expediente abierto que puedan perjudicar a la persona afectada, so pretexto de una revisión (por ejemplo, enajenación de un bien inmueble).

Otro momento de interés en el que se puede plantear, bien la necesidad de revisión de sentencia, bien la de interposición de recurso (apelación o casación, en su caso) es el que se refiere a la notificación de la sentencia.

#### **4.1.2. Competencia territorial**

- La ley es clara en la competencia territorial para la revisión de las medidas acordadas judicialmente en favor del domicilio actual de la persona con discapacidad (art. 42 bis c) 2 LJV). Por tanto, si constara que el domicilio de la persona con discapacidad se ha modificado y, en consecuencia, el juez que dictó la sentencia que se debería revisar, ha perdido la competencia conforme al criterio del art. 42 bis c) 2 LJV, se omitirá la emisión del informe interesado en la pieza de rendición de cuentas. Simultáneamente se interesará su remisión al juzgado competente por razón del nuevo domicilio de la persona con discapacidad, con testimonio del procedimiento principal y de aquellos otros imprescindibles para resolver.

#### **4.1.3. Tramitación de la revisión de las medidas vigentes**

- El procedimiento se sustanciará por los trámites del expediente de jurisdicción voluntaria regulado dentro del Tít. II, Cap. III bis, art. 42 bis c) LJV, tanto si la medida se ha dictado en sentencia, dentro del marco de un proceso contencioso (art. 761 LEC), como por auto en un expediente de jurisdicción voluntaria.

En el marco de dicho expediente se realizará conforme al art. 42 bis c) LJV: i) la petición o incorporación de dictamen pericial cuando el juez «lo considere necesario»; ii) la entrevista con la persona con discapacidad, iii) “aquellas otras actuaciones que considere necesarias”; iv) y finalmente nos remite al art. 42 bis



Fiscal de Sala

b) L.J.V para recabar informe de las entidades allí referidas. Sin embargo, parece aconsejable que, tratándose de la primera revisión en adecuación a la reforma legal, el Ministerio Fiscal aporte junto a su escrito instando la revisión, o cuando se le dé traslado para dictaminar sobre la misma, solicite que se incorporen los siguientes informes tales como:

- 1) Dictamen pericial de profesionales especializados en los ámbitos social y sanitario. La referencia amplia del art. 42 bis b).2 LJV sugiere la posibilidad de acudir al informe del facultativo que esté tratando a la persona cuyos apoyos se pretenden revisar, siendo probablemente esta la persona que nos pueda facilitar de forma más concreta los apoyos que precise actualmente la persona. En su defecto, se solicitará al médico forense.
- 2) El informe social, que podrá interesarse a los trabajadores sociales del lugar de residencia de la persona; al trabajador social de la institución sociosanitaria donde pueda estar residiendo, o a cualesquiera otros recursos que puedan realizar dicho informe, ya sean servicios autonómicos, provinciales o municipales, con el contenido reseñado en el ANEXO V, pudiendo también recurrir a las entidades del Tercer Sector de Acción Social (DA<sup>a</sup> 1<sup>a</sup>).
- 3) En el caso de que se pueda prever un apoyo menos intenso para la persona, podrá recabarse informe de la entidad pública o de entidad del Tercer Sector (DA<sup>a</sup> 1<sup>a</sup>), para que informen sobre las alternativas de apoyo existentes y que puedan ser aplicadas al caso a revisar. Esta diligencia se recoge como facultativa de la autoridad judicial (art. 42 bis c] 3 LJV).
- 4) Podrá interesarse la citación, para ser oídas, de las personas que puedan estar prestando los apoyos, así como la del cónyuge o pareja de hecho, en su caso, ascendientes, descendientes, hermanos o allegados de la persona con discapacidad, con la finalidad de conocer el día a día de ésta.

Esta actuación que se propone, resulta más exigente que la prevista en estrictos términos legales. Sin embargo, se trata de una actuación preparatoria



Fiscal de Sala

precisamente concebida para favorecer el acto más importante de la revisión: la entrevista.

#### **4.1.4 Intervención de la persona con discapacidad: entrevista y postulación**

La entrevista judicial de la persona con discapacidad constituye el acto central del expediente iniciado para la revisión de medidas de apoyo y supone una garantía para el afectado en cuanto que permite acceder a la voluntad, deseos y preferencias de la persona (art. 249 CC). Será idóneo que el/la fiscal esté presente y participe activamente en la misma.

Dicha participación permitirá igualmente velar porque se adopten las adaptaciones del procedimiento que dicha persona necesite conforme el mandato de los arts. 7 bis LEC y 7 bis LJV. De forma excepcional y en defecto de su activa presencia, el/la fiscal deberá disponer de la grabación de la entrevista judicial y dejará interesado por escrito, a modo de cuestionario previo, cuando se le notifique la citación para su práctica, aquellos aspectos sobre los que deban versar sus manifestaciones.

Es posible que antes de la revisión de la sentencia vigente, la persona con necesidad de medidas de apoyo se haya dirigido a un notario y establecido de forma voluntaria dichas medidas mediante el otorgamiento de un poder notarial o la constitución de una autocratela. En tal caso el procedimiento de revisión irá dirigido a verificar la suficiencia de dichos apoyos, o a constituirlos conforme a dicha voluntad expresada, o en su caso adoptar medidas supletorias o complementarias de acuerdo con lo previsto en los arts. 255 in fine y 272 CC, o prescindir de ellas y adoptar las que fueran necesarias (artículo 272 CC párrafo segundo). Se instará del LAJ, si no lo hubiere hecho, que pida certificación de las medidas de apoyo inscritas conforme a lo dispuesto (art. 42 bis b) 2 LJV).

Conviene recordar que la propia persona con discapacidad está legitimada para interesar la revisión de la medida. Para el supuesto de que la persona, debidamente informada, reclame un abogado, el/la fiscal podrá interesar el



Fiscal de Sala

reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita mediante resolución motivada (art. 5 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita y art. 1.2 de la Ley 51/2003 de 2 de diciembre, de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad). Esta solución no se predica solo de los procedimientos de revisión, sino que se extiende a otros incoados a instancia del Ministerio Fiscal. También conviene tener en cuenta las menciones contenidas en los modelos ANEXOS I y II, referidos a la postulación.

En todo caso, si se prevé que la persona con discapacidad no va actuar con su propia defensa y representación se pedirá que se le nombre defensor judicial, quien actuará por medio de abogado y procurador.

#### **4.1.5 Contenido de los Informes del fiscal en los procedimientos de revisión**

- La/el fiscal siempre solicitará en los expedientes de revisión que se deje sin efecto cualquier pronunciamiento sobre la modificación de la capacidad de la persona, exigiéndose para la cancelación de asientos registrales una decisión judicial que así lo ordene. Para ello deberá atenderse al contenido de las precedentes resoluciones judiciales.

- Otros posibles contenidos con ocasión de la revisión pueden ser:

- 1) Determinar la necesidad de constituir apoyos judiciales mediante una curatela. Se fijarán, en tal caso, los actos concretos para los que se precisa asistencia y aquellos en los que puede actuar el curador en representación de la persona con discapacidad, cuando excepcionalmente se precise.
- 2) Determinar, en su caso, la innecesariedad de apoyos judiciales por existir una guarda de hecho que atiende adecuadamente las necesidades de la persona con discapacidad.
- 3) Fijar los controles que deben llevarse a cabo y plazos para ello. Estos podrán ser distintos dependiendo de si el apoyo afecta solo al ámbito



Fiscal de Sala

personal o también patrimonial, en el que puede ser más adecuado un seguimiento más estrecho.

- 4) Fijar en qué plazo (como máximo 6 años) se debe llevar a cabo la nueva revisión de las medidas establecidas; en defecto del cual regirá el plazo de tres años dispuesto en el art. 268 CC.
- 5) Podrá interesarse el cambio de la persona encargada de prestar los apoyos, en relación con la que estaba nombrada como tutora o curadora. Así, cuando se acredite que otra persona está actuando de manera adecuada como guardador de hecho, o cuando se considere que otra persona, a tenor de los informes previos, va a prestar un mejor apoyo a la persona con discapacidad, podrá procederse a la nueva designación. No es preciso acudir a un segundo procedimiento, conforme a los arts. 44 y 45 LJV.
- 6) El fiscal, a la hora de proponer a alguien para que asuma el apoyo, deberá velar porque se atienda a la voluntad, deseos y preferencias de la persona.

## **5.2. Disposición transitoria 6ª de la Ley 8/2021. Procesos en tramitación**

Dice esta disposición que “Los procesos relativos a la capacidad de las personas que se estén tramitando a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán por lo dispuesto en ella, especialmente en lo que se refiere al contenido de la sentencia, conservando en todo caso su validez las actuaciones que se hubieran practicado hasta ese momento”.

- El Preámbulo de la ley señala que la reforma procesal es ambiciosa y “opta por el cauce de jurisdicción voluntaria de manera preferente (...) sin perjuicio de que el procedimiento se transforme en uno contradictorio”. Cabe plantearse si los procedimientos judiciales en curso deben seguir como contradictorios o continuar por los trámites de la jurisdicción voluntaria.

Argumentos que abogarían a favor de que se transformen en expedientes de jurisdicción voluntaria son: la subsidiariedad del procedimiento contradictorio, la



Fiscal de Sala

riqueza y sencillez de la jurisdicción voluntaria, o la dificultad de conciliar una posible falta de oposición con el carácter contradictorio del procedimiento verbal.

Sin embargo, el legislador no ha previsto expresamente el retorno desde el procedimiento contencioso a la jurisdicción voluntaria. La DT6ª se refiere a la necesidad de que la sentencia adecúe su contenido a lo dispuesto en la ley, con validez de lo actuado hasta el momento de su entrada en vigor, resolución judicial que no cabe en la jurisdicción voluntaria. También existe la previsión legal de que, en un procedimiento de nulidad, separación o divorcio, se pueda dictar sentencia sobre medidas de apoyo para hijos mayores de dieciséis años con arreglo a lo dispuesto en la LEC (art. 91 CC), por lo que no siempre tiene carácter preferente la jurisdicción voluntaria.

En base a todo ello, podemos concluir que los procedimientos verbales en curso deben mantenerse en el cauce procedimental abierto, pero enriqueciéndolos, para que puedan acoger el nuevo espíritu de la ley. Así, se deben incorporar todas las garantías para la participación efectiva de la persona con discapacidad que contiene el nuevo art. 7 bis LEC. Será preciso un complemento probatorio de acuerdo con el nuevo contenido que se exige a la sentencia de provisión judicial de apoyos. La autoridad judicial tiene a su disposición la posibilidad que le brinda el art. 752.1, inciso último LEC, para acordar de oficio las pruebas que estime pertinentes (facultad que el fiscal puede instar). El recurso a las diligencias finales del art. 435 LEC del procedimiento ordinario, puede permitir una interpretación extensiva al procedimiento verbal, habida cuenta el tenor de la DTª6ª.

- En la segunda instancia y toda vez que el art. 759.4 LEC determina que se deben practicar las pruebas recogidas en el art. 759.1 LEC, debemos solicitar traslado, si no lo hace la Sala de oficio, a fin de acomodar nuestra petición a la nueva legislación, tal y como se ha realizado en el caso de la sentencia 589/21 del Pleno de la Sala Civil, de fecha ocho de septiembre de 2021.



Fiscal de Sala

.- Se interesará el archivo, instando a la parte a ejercer su pretensión conforme a la nueva legislación, o incoando de oficio, en su caso, la revisión de la sentencia donde se modificó la capacidad de la persona, cuando el objeto del procedimiento sea:

1. Supuestos en los que se ha pedido privación de la patria potestad prorrogada o rehabilitada.
2. Supuestos en los que se ha solicitado la remoción del cargo de tutor.
3. Supuestos en los que se ha solicitado la excusa del tutor y nombramiento de un nuevo tutor.
4. Supuestos en los que se haya iniciado un procedimiento de jurisdicción voluntaria para el nombramiento de tutor por no haberse hecho dicho nombramiento en la sentencia.

Se adjuntan a las presentes conclusiones los ANEXOS que se relacionan a continuación, a fin de facilitar la función de los/las fiscales de la especialidad.

ANEXO I Modelo de demanda de curatela de jurisdicción voluntaria

ANEXO II Modelo de demanda de curatela de juicio verbal

ANEXO III Modelo de revisión de medidas de apoyo

ANEXO IV Modelo de contenido del informe facultativo

ANEXO V Modelo del trabajador social