

**GRUPO DE TRABAJO SOBRE EL NUEVO SISTEMA DE PROVISIÓN JUDICIAL DE  
APOYOS A PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y SU APLICACIÓN TRANSITORIA  
(Cód. EX2201)**

**Director: Juan Manuel Fernández Martínez**

**Expertos que han participado en el grupo de trabajo:**

**Avelina Alía Robles**

**Joaquín María Andrés Joven**

**Patricia Arrizabalaga Iturmendi**

**María Dolores Bellés Centelles**

**Patricia Gutiérrez Escobero**

**Inmaculada Palau Benlloch**

**Concha Ruíz Garcia**

**Ignacio Sancho Gargallo**

**María José Segarra Crespo**

**José Ramón Solís García del Pozo**

**María Luisa Zamora Segovia**

**Índice de las cuestiones examinadas**

- I. Guarda de hecho: cuestiones controvertidas suscitadas en la práctica judicial
- II. intervención de la persona con discapacidad: comunicación, postulación, defensor judicial y oposición
- III. Aspectos procesales de la provisión judicial de apoyos a personas con discapacidad. Medios de prueba. Entrevista. Informes.
- IV. Pautas para la revisión de los procedimientos prevista en la disposición transitoria 5ª de la ley 8/2021 de 2 de junio
- V. Cuestiones suscitadas por la disposición transitoria 6ª

## INDICE CONTENIDOS

I. Guarda de hecho: cuestiones controvertidas suscitadas en la práctica judicial.....	3
1. Configuración legal y contenido .....	3
2. Preferencia de la guarda de hecho a las medidas judiciales de apoyo.....	3
3. Concurrencia de la guarda de hecho con apoyos judiciales.....	4
4. Medios para acreditar la guarda de hecho .....	5
5. Adopción de salvaguardas en caso de guarda de hecho.....	6
6. Prohibiciones legales aplicables al guardador de hecho .....	7
7. Archivo del expediente de provisión judicial de apoyos ante la existencia de una guarda de hecho .....	7
8. Procedimiento para la autorización de venta de bienes al guardador de hecho.....	8
II. Intervención de la persona con discapacidad: comunicación, postulación, defensor judicial y oposición.....	9
1. Comunicación al interesado .....	9
2. Modelo de decreto de admisión en lectura fácil.....	10
3. Incomparecencia de la persona con discapacidad .....	10
4. Postulación.....	10
5. Defensor judicial.....	11
6. Oposición.....	13
III. Aspectos procesales de la provisión judicial de apoyos a personas con discapacidad. Medios de prueba. Entrevista. Informes.....	14
1. Procedimiento y competencia.....	14
2. Legitimación.....	14
3. Solicitud.....	15
4. Medios de prueba preceptivos.....	16
5. Medios de prueba preceptivos: la entrevista con la persona con discapacidad.....	16
6. Medios de prueba no preceptivos antes de la comparecencia .....	19
IV. Pautas para la revisión de los procedimientos prevista en la disposición transitoria 5ª de la ley 8/2021 de 2 de junio .....	20
V. Cuestiones suscitadas por la disposición transitoria 6ª.....	23
1. Disposición transitoria 6ª de la ley 8/2021, de 2 de junio.....	23

2. Aplicación de la DT6ª en primera instancia: implicaciones procesales .....	24
3. Aplicación de la DT6ª en primera instancia: implicaciones sustantivas .....	24
4. Aplicación de la DT6ª en apelación: revisión del contenido de las sentencias anteriores a la entrada en vigor de la Ley 8/2021. ....	25
5. Aplicación de la DT6ª en apelación: exigencias legales .....	26
6. Aplicación de la DT6ª en apelación: revisión de una sentencia desestimatoria .....	26
7. Aplicación de la DT6ª en apelación: revisión de las sentencias posteriores a la entrada en vigor de la Ley 8/2021 .....	27

## **I. Guarda de hecho: cuestiones controvertidas suscitadas en la práctica judicial**

### **1. Configuración legal y contenido**

La guarda de hecho se configura como una institución jurídica, una medida de apoyo informal, cuya habilitación para actuar proviene directamente de la ley, no de una declaración judicial.

La guarda de hecho puede ser asistencial y/o representativa. En el primer caso cuando, además de asistir a la persona con discapacidad en aquellas actividades en las que precisa de una ayuda, se le acompaña en su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento, y facilitando que pueda expresar sus preferencias (art. 249.2 CC), sin sustituir su voluntad.

El guardador es la persona que presta su apoyo habitual en la vida de la persona con discapacidad. En la exposición de motivos de la nueva Ley, se describe así:

«la realidad demuestra que en muchos supuestos la persona con discapacidad está adecuadamente asistida o apoyada en la toma de decisiones y el ejercicio de su capacidad jurídica por un guardador de hecho-generalmente un familiar, pues la familia sigue siendo en nuestra sociedad el grupo básico de solidaridad y apoyo entre las personas que la componen, especialmente en lo que atañe a sus miembros más vulnerables-que no precisa de una investidura judicial formal que la persona con discapacidad tampoco desea».

### **2. Preferencia de la guarda de hecho a las medidas judiciales de apoyo**

Conforme al párrafo primero del art. 250 CC, «las medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas que lo precisen son, además de las de naturaleza voluntaria, la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial». Estas dos últimas, la curatela y el defensor judicial, son medidas de apoyo de provisión judicial.

En todo caso, el orden de prelación de las medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad será el siguiente.

- En primer lugar, hay que atender a las medidas voluntarias establecidas por el propio interesado.
- En segundo lugar, a falta de medidas voluntarias, a la guarda de hecho.
- Y, en tercer lugar, cuando no existan medidas voluntarias o las existentes sean insuficientes, y siempre que no haya una guarda de hecho que cubra las necesidades de la persona con discapacidad, procederá la provisión judicial de apoyos.

En este sentido se pronuncia el último párrafo del art. 255 CC:

«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».

Además, conviene no perder de vista que «quien viniera ejerciendo adecuadamente la guarda de hecho de una persona con discapacidad continuara en el desempeño de su función incluso si existen medidas de apoyo de naturaleza voluntaria o judicial, siempre que estas no se estén aplicando eficazmente».

También que el guardador de hecho, según el art. 264 CC, requiere de autorización judicial previa para actuar en representación de la persona con discapacidad. Entre los actos para los que se precisa esta autorización se encuentran los enumerados en el art. 287 CC.

No obstante, el propio art. 264 CC establece algunas excepciones a esta regla general, cuando dispone 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». Esta previsión legal implica una autorización derivada de la propia Ley para que el guardador lleve a cabo los actos necesarios para proveer las necesidades ordinarias de la persona con discapacidad, entre los que se encontraría el manejo de la cantidad económica necesaria.

### **3. Concurrencia de la guarda de hecho con apoyos judiciales**

Bajo esta lógica legal, cuando exista una guarda de hecho que en la práctica se desarrolle de forma adecuada y suficiente, no se adoptaran medidas de apoyo judiciales.

Sin perjuicio de que la guarda de hecho puede coexistir con una medida de apoyo judicial cuanto esta última sea necesaria para algún acto o esfera en la que no es suficiente o adecuada la guarda de hecho.

Para tomar esa decisión judicial, es preciso valorar la situación concreta, esto es, estudiar

la realidad socio-familiar de la persona con discapacidad; atender a la situación actual en cada población y la implementación social de la reforma. No obstante, con carácter general y a modo de aproximación, podemos hacer las siguientes consideraciones:

- La guarda de hecho se podrá entender «no adecuada» cuando existan conflictos de intereses reiterados, conflictos de índole personal, abusos del guardador de hecho o influencia indebida del mismo sobre la persona con discapacidad.
- La guarda de hecho se podrá entender «no suficiente» cuando, por las circunstancias de la persona con discapacidad, se advierta que va a ser necesaria la solicitud de autorizaciones judiciales por el guardador, para actuar en representación de la persona con discapacidad de forma reiterada, y por ello deberá acudir de modo reiterado al juzgado (p. e. en caso de patrimonio que por su entidad o cantidad implica una administración superior a la entendida ordinaria).
- A los supuestos anteriores habrá que añadir aquellos casos en que, por la existencia de conflictos alrededor de la guarda de hecho, por ejemplo, que varios familiares se irroguen de forma continua la guarda de hecho en detrimento del resto, o bien que los familiares no guardadores de hecho se opongan a los actos del que sí actúa como tal, se constate que se está perjudicando o dificultando el desenvolvimiento de la vida de la persona con discapacidad.

Por tanto, la autoridad judicial en cada caso deberá constatar, en primer lugar, si existe una guarda de hecho, y en el caso de que así sea habrá de valorar: si procede respetar dicha guarda por ser adecuada y suficiente, sin perjuicio de acordar en su caso salvaguardas que garanticen su adecuación y suficiente; o bien complementarla con una medida judicial de apoyo para alguna esfera concreta en la que la guarda de hecho no viene actuando o no es suficiente o adecuada; o si se sustituye totalmente por una medida judicial de apoyo.

#### **4. Medios para acreditar la guarda de hecho**

Cuando el guardador de hecho acuda al órgano judicial para solicitar autorización para actuar en representación de la persona con discapacidad en uno o varios actos concretos, deberá acreditar su condición de guardador de hecho.

Los medios de acreditación pueden ser muy variados:

- Si son familiares cercanos, libro de familia.
- Informes sociales, sanitarios, administrativos, modelos de declaración responsable de guarda de hecho elaborados por la Administración para cursar peticiones de reconocimiento de situaciones de dependencia.
- Empadronamiento.
- Informes policiales.
- Si la persona se encuentra ingresada en una residencia, mediante informe residencial

- Informes vecinales.
- Testificales
- En algunos supuestos, mediante acta de notoriedad.
- En algunos casos también podrá desprenderse la existencia de una guarda de hecho del decreto del Ministerio Fiscal de archivo de unas diligencias pre procesales.
- Resoluciones de archivo en procedimientos de revisión de la DT5ª, por entender adecuada y suficiente la guarda de hecho.

En todo caso en la entrevista con la persona con discapacidad se le puede preguntar por este extremo si, en atención a sus circunstancias, se aprecia oportuno y de la forma más adecuada.

Por otra parte, conviene tener en cuenta que, conforme al art. 263 CC, «quien viniera ejerciendo adecuadamente la guarda de hecho de una persona con discapacidad continuara en el desempeño de su función incluso si existen medidas de apoyo de naturaleza voluntaria o judicial, siempre que estas no se estén aplicando eficazmente».

Si en el expediente instado por el guardador de hecho para solicitar una autorización judicial para un acto concreto (art. 52.3 LJV), existen dudas sobre la realidad de la guarda de hecho o su adecuación y suficiencia, o se detectan conflictos familiares con ocasión del ejercicio de esa guarda de hecho, habría que archivar el expediente y remitir testimonio al Ministerio Fiscal para el ejercicio de las acciones legales pertinentes.

## **5. Adopción de salvaguardas en caso de guarda de hecho.**

La ley establece unas medidas legales que tratan de evitar que quienes por una relación contractual prestan asistencia a una persona con discapacidad, pueda irrogarse la condición de guardador de hecho o ejercer un apoyo.

Así lo expresa 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».

Por otra parte, el ejercicio de una guarda de hecho respecto a una persona que vive en un centro residencial puede precisar salvaguardas si esa persona no tiene otra medida de apoyo (por ejemplo, otro guardador de hecho personal que complementa). En estos casos será necesaria la adopción de salvaguardas y el control del ejercicio de la guarda de hecho. Si es necesario realizar un acto jurídico para el que la persona con discapacidad (en residencia o centro asimilado) precisa de apoyo, debe ser prestado por un defensor judicial con amparo en el art. 295.5º del Código Civil.

Este precepto prevé lo siguiente:

«Se nombrará un defensor judicial de las personas con discapacidad en los casos siguientes:

[...]

» 5.º Cuando la persona con discapacidad requiera el establecimiento de medidas de apoyo de carácter ocasional, aunque sea recurrente».

Si llega a conocimiento del juzgado una situación encuadrable en dicho párrafo, sería conveniente la adopción de alguna salvaguarda.

- Con carácter general deberá valorarse cada caso de guarda de hecho del que se tenga conocimiento judicial. Si se aprecian insuficiencias en su ejercicio (que no lleguen a motivar un complemento o sustitución), o conflictos generados en torno al ejercicio de la guarda (que no afecten o perjudiquen al desenvolvimiento diario de la vida de la persona con discapacidad que hagan necesaria la sustitución de la guarda de hecho), podría ser conveniente la adopción de salvaguardas para asegurar que se respetan la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad.
- Cuando se conceda una autorización al guardador de hecho para que actúe en representación de la persona con discapacidad, también sería conveniente establecer salvaguardas para comprobar la correcta realización del acto y su destino al interés de la persona con discapacidad.

## 6. Prohibiciones legales aplicables al guardador de hecho

A la guarda de hecho, como medida de apoyo que es, **resultan de aplicación las salvaguardas legales que, a modo de prohibiciones, prevé el art. 251 CC. Y así, conforme a este precepto**, el guardador de hecho no podrá:

- recibir liberalidades de la persona que precisa el apoyo o de sus causahabientes, mientras no se haya aprobado definitivamente su gestión, salvo que se trate de regalos de costumbre o bienes de escaso valor.
- prestar medidas de apoyo cuando en el mismo acto intervenga en nombre propio o de un tercero y existiera conflicto de intereses.
- adquirir a título oneroso bienes de la persona que precisa el apoyo o transmitirle por su parte bienes por igual título.

## 7. Archivo del expediente de provisión judicial de apoyos ante la existencia de una guarda de hecho

Cuando en el expediente de Jurisdicción voluntaria incoado por la solicitud de provisión judicial de medidas de apoyo, tras la entrevista con la persona con discapacidad y la

práctica de las pruebas consideradas necesarias, se advierta que existe una guarda de hecho adecuada y suficiente, procedería dictar un auto de archivo del expediente sin adoptar las medidas de apoyo judicial solicitadas.

Es recomendable que ese mismo auto deje constancia de la existencia de una guarda de hecho ejercida por NN en relación a la persona de NN, y reseñar las funciones que el Código Civil atribuye al guardador de hecho.

Si en ese expediente se pone de manifiesto que, conforme al art. 264 CC; el guardador precisa una autorización judicial para actuar en representación de la persona con discapacidad en un acto o actos concretos, el juez deducirá testimonio de todo lo practicado e incoará expediente de jurisdicción voluntaria para decidir sobre esta solicitud de autorización judicial conforme a los trámites legales propios.

Aunque si en el expediente inicial constan aportados todos los documentos necesarios para decidir sobre la autorización concreta y fuera de escasa complejidad, podría resultar adecuado resolver sobre la autorización en el mismo Auto de archivo de la adopción de medidas de apoyo, para evitar dilaciones.

Si en el expediente existen dudas sobre la realidad o ejercicio de la guarda de hecho, posibles conflictos familiares o de otra índole, se seguirá el expediente para resolver sobre los apoyos que sean pertinentes.

## **8. Procedimiento para la autorización de venta de bienes al guardador de hecho**

Cuando el guardador de hecho solicite una autorización para representar a la persona con discapacidad en la enajenación de bienes inmuebles, se seguirá el procedimiento previsto en los arts. 61 y ss. LJV, por ser el más específico para este acto, y no el general del art. 52.3 LJV.

Aunque el art. 52.3 LJV establece un procedimiento general para las autorizaciones judiciales a favor del guardador de hecho, parece más específico el procedimiento regulado en los arts. 61 y ss. LJV para la autorización de enajenación de bienes de la persona con discapacidad. Así se infiere del art. 62.3 LJV, que se refiere a la enajenación de bienes en supuestos concretos y no descarta que sea aplicable al guardador de hecho.

El procedimiento del art. 62.3 prevé la celebración de comparecencia, pero si por las circunstancias del caso se considera que no sería necesaria, se podría prescindir de su práctica conforme al art. 17 LJV.

## **9. Competencia judicial**

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 43.2 de la LJV, el órgano judicial que conozca de cualquier cuestión relacionada con la guarda de hecho atraerá la competencia para conocer de cualquier otra cuestión que con posterioridad pueda volver a plantearse respecto de esa

guarda de hecho, o de adopción de medidas de apoyo judicial.

## **II. Intervención de la persona con discapacidad: comunicación, postulación, defensor judicial y oposición**

### **1. Comunicación al interesado**

El derecho de la persona con discapacidad a participar en los procedimientos judiciales que le afecten y a entender el contenido y objeto del expediente para la provisión de medidas judiciales de apoyo y a las posibilidades de actuación en el mismo, exige un cumplimiento esmerado de lo regulado en los artículos. 7 bis LJV y 7 bis LEC.

Su contenido abarca la necesidad de ajustes y adaptaciones procedimentales para garantizar la participación en condiciones de igualdad. Las adaptaciones pueden hacerse, de oficio por el tribunal o a petición de cualquier parte o del Ministerio Fiscal, en cualquier fase del procedimiento, también en relación con los actos de comunicación.

Estas adaptaciones, que pueden afectar a la comunicación propiamente dicha, la comprensión y la interacción con el entorno, tratan de garantizar el derecho de las personas con discapacidad a que se pongan los medios necesarios para entender lo que se les pretende comunicar y ser entendidos.

Entre estos medios de adaptación debemos resaltar las siguientes:

- El empleo de un lenguaje claro, sencillo y accesible, tanto escrito como oral, atendiendo a sus características personales y necesidades, y usando medios como la lectura fácil.
- Si fuera necesario, la comunicación también se haría a la persona que en ese momento preste apoyo a la persona con discapacidad para el ejercicio de la capacidad jurídica. Es importante. Muchas citaciones y comunicaciones debieran acreditar que se han realizado a la persona de apoyo.
- Facilitar todos los apoyos para que la persona se haga entender, incluyendo interpretación en lenguas de signos, apoyo a personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas.
- Permitir la intervención de un profesional como facilitador. No debería ser a «costa» de quien lo precisa, a pesar del tenor literal del preámbulo de la Ley 8/21, especialmente en los supuestos en que esta persona disfrute del beneficio de justificación gratuita conforme a los criterios previstos en la propia ley.
- Que la persona con discapacidad pueda estar acompañada de una persona de su elección desde el primer contacto con las autoridades y funcionarios.

## 2. Modelo de decreto de admisión en lectura fácil

Sería aconsejable un modelo de decreto de admisión, en lectura fácil, que recoja toda la información necesaria para que la persona con discapacidad intervenga en el expediente y ejercite sus derechos en igualdad de condiciones.

- los principios básicos de las medidas objeto del expediente;
- la posibilidad de que la persona con discapacidad sea acompañada por una persona de confianza;
- la necesidad de actuar con abogado y procurador, y la posibilidad de que le sean nombrados de oficio;
- los requisitos para la obtención del beneficio de asistencia jurídica gratuita;
- los supuestos de actuación del defensor judicial...

## 3. Incomparecencia de la persona con discapacidad

La incomparecencia de la persona con discapacidad o de su defensor judicial, acreditada de forma fehaciente su citación y conocimiento, imposibilita la continuación del expediente de jurisdicción voluntaria y determina el archivo. Es uno de los supuestos a los que alude el art. 756 LEC, en que el expediente de jurisdicción voluntaria no ha podido resolverse y procede, en su caso, seguir el juicio declarativo especial regulados en los arts. 756 y ss. LEC.

## 4. Postulación

El art. 42.bis a LJV tan solo menciona el nombramiento de abogado y procurador para actuar en el expediente cuando se refiere a la persona con discapacidad. En consecuencia, los demás legitimados podrán promover el expediente sin necesidad de intervención de abogado y procurador (art. 3.2 LJV)

El art. 42.bis a 4 LJV establece:

«La persona con discapacidad podrá actuar con su propia defensa y representación. Si no fuera previsible que proceda realizar por sí misma la designación, con la solicitud se pedirá que se le nombre un defensor judicial, quien actuará por medio de Abogado y Procurador».

El precepto tiene una redacción confusa. Consideramos que pretende que la participación de la persona con discapacidad en el expediente sea con plenas garantías. Con esta finalidad, prevé que la persona con discapacidad nombre abogado y procurador para actuar en el expediente, y, de no hacerlo o de ser previsible que no lo realizará, que se le nombre defensor judicial que actúe con la asistencia de dichos profesionales. De manera que la actuación en el expediente de la persona con discapacidad, bien por sí, bien mediante su defensor judicial, exigirá la asistencia letrada y la representación por procurador.

Cuando el expediente lo promueva alguno de los familiares legitimados, en la convocatoria a la comparecencia, se informará a la persona con discapacidad de su derecho a designar abogado y procurador, bien de su elección, bien de oficio, con el beneficio de justicia gratuita. Caso de que la persona con discapacidad no se persone en forma o cuando se prevea que no procederá a hacer tal designación, el Ministerio Fiscal puede actuar en su defensa.

Conviene interpretar a la referencia legal a que no será previsible que proceda a realizar por sí misma tal designación después de que hayan sido exploradas y utilizadas las herramientas precisas para que lo haga. (art. 7 bis LEC y LAJ).

El precepto se referiría con la «no previsible designación» a los supuestos de discapacidad tan intensa que quede corroborado, sin lugar a dudas, la completa imposibilidad de que la persona se exprese. También a los casos de voluntad renuente u obstativa, normalmente tácita, ciertamente frecuente en personas con problemas de salud mental, cuyo enfrentamiento con el contexto familiar y social determina su implícita, pero clara, oposición al propio proceso. Por tanto, desde esta interpretación restrictiva, se deben reducir mucho los supuestos de falta de designación de letrado y procurador, y en consecuencia, la necesidad de presencia de defensor judicial, máxime cuando el sistema general de la ley se construye sobre la base de potenciar la autonomía y la expresión de la voluntad, deseos y preferencias de la persona.

En caso de promover el expediente el Ministerio Fiscal, la falta de designación por la persona con discapacidad de profesionales para actuar en el expediente, previamente informado de la posibilidad de designación de oficio, de no haber manifestado su voluntad a personarse sin postulación, o en el caso de que sea previsible que no procederá a realizarlo, se le designará un defensor judicial que comparecerá con abogado y procurador.

Cuando el juez entienda necesaria la intervención de abogado y procurador para salvaguarda de los intereses de la persona con discapacidad, podrá designarlo mediante auto motivado con la correspondiente designación de oficio.

## **5. Defensor judicial**

En este punto, resulta esencial en primer lugar la distinción entre dos figuras distintas que sin embargo la ley designa bajo este mismo nombre:

- a) el defensor judicial como complemento de la capacidad procesal y que está regulado en los arts. 6, 7 y 8 LEC.
- b) el defensor judicial como medida específica de apoyo contemplada en los artículos 295. 4 y 5 del Código Civil, en relación con el art. 250 del propio texto legal.

En el primer supuesto (defensor judicial como complemento de la capacidad procesal), el trámite procesal previsto legalmente se encuentra regulado en los artículos 27 a 29 LJV y se sigue ante el letrado de la Administración de Justicia, quien designará a la persona idónea para asistir a la persona con discapacidad en juicio o cuando se suscite conflicto de intereses con el curador.

En el segundo supuesto (defensor judicial como medida específica de apoyo), la competencia para resolver es judicial, ya que se trata de una medida de apoyo al amparo de lo dispuesto en los arts. 249 y 250 CC, a la que debe de dotarse de contenido por el tribunal ya que afecta a derechos cuya decisión compete necesariamente a la autoridad judicial (art. 2.3 LJV).

El art. 295 CC dispone lo siguiente:

«Se nombrará un defensor judicial de las personas con discapacidad en los casos siguientes:

[...]

»4.º Cuando se hubiere promovido la provisión de medidas judiciales de apoyo a la persona con discapacidad y la autoridad judicial considere necesario proveer a la administración de los bienes hasta que recaiga resolución judicial.

»5.º Cuando la persona con discapacidad requiera el establecimiento de medidas de apoyo de carácter ocasional, aunque sea recurrente» (ocasional pero que puede perdurar en el tiempo por cubrir una necesidad periódica).

En este caso no existe un procedimiento específico para el nombramiento del defensor judicial. Existen dos posibilidades:

- La primera sería la prevista en los arts. 42 bis a) y 42 bis b) LJV, en razón a que este procedimiento se refiere a «cualquier medida de apoyo de carácter estable» no solo a la curatela como hace la LEC. Plantea la cuestión de la «estabilidad» del defensor judicial
- La segunda sería aplicar el art. 87 LJV que dispone:

«Se aplicarán las disposiciones de esta Sección para adoptar medidas en relación con el ejercicio inadecuado de la potestad de guarda de menores o personas con discapacidad o a la administración de sus bienes en los casos a que se refieren los artículos 158, 164, 165, 167, 200 y 249 del Código Civil o a las disposiciones análogas de la legislación civil aplicable y en concreto»

Este cauce sirve para la adopción de las medidas previstas en el artículo 249, último párrafo, del Código Civil, que se refiere a la posibilidad de acordar las salvaguardas que el juez considere oportunas para asegurar que el ejercicio de las medidas de

apoyo se ajusta a los criterios resultantes de este precepto y, en particular, que atienda a la voluntad, deseos y preferencias de la persona que las requiera.

Por otra parte, el art. 56.1 in fine de la Ley del Notariado dispone que «cuando cualquiera de los interesados fuera menor y careciera de representante legal, o fuera persona con discapacidad sin apoyo suficiente, el Notario comunicará esta circunstancia al Ministerio Fiscal para que inste la designación de un defensor judicial». La Fiscalía, incoadas diligencias preprocesales, valorará el contenido de la medida de apoyo a solicitar.

## **6. Oposición**

La opción legal por la jurisdicción voluntaria como cauce preferente para la provisión de medidas de apoyo a la persona con discapacidad pretende facilitar la participación de la propia persona, que pueda intervenir activamente y expresar su voluntad, deseos y preferencias (V. Exposición Motivos L 8/21).

El 42.bis b LJV regula la oposición a las medidas de apoyo en la comparecencia, tras la entrevista de la autoridad judicial con la persona con discapacidad y la práctica de la prueba. La norma sitúa la oposición en el expediente en el momento que ofrece más posibilidades de que se alcance la finalidad del expediente.

En consecuencia, la regulación general de la oposición en los expedientes de jurisdicción voluntaria contenida en el art. 17 LJV no es aplicable al expediente de provisión de medidas judiciales de apoyo, y por ello no es necesario que se anuncie la oposición en los cinco días siguientes a la citación a la comparecencia. Una oposición en dicho momento, antes de conocer los informes que se han de recabar por el juez y de practicarse la prueba, antes de que la persona con discapacidad pueda conocer y optar por otra medida de apoyo alternativa, sería infundada y podría frustrar prematuramente la finalidad del expediente.

La oposición manifestada en el tiempo indicado por el art. 17 de la LJV no producirá el archivo del expediente, que debería continuar hasta que la oposición fuera resuelta en la comparecencia. Solo la oposición de la persona con discapacidad a cualquier tipo de apoyo previa a la comparecencia provocará el archivo del expediente.

El art. 42.bis b) LJV distingue entre la oposición de la persona con discapacidad y la del Ministerio Fiscal y los demás interesados:

a) La oposición de la persona con discapacidad (o su defensor judicial) a cualquier clase de medida de apoyo solicitada o a las alternativas que es le ofrezcan, determinará el archivo del expediente, pues carece de sentido acordar una medida de apoyo en un expediente de jurisdicción voluntaria en contra de la voluntad expresa de la persona con discapacidad.

b) La oposición del Ministerio Fiscal o de los interesados a las medidas solicitadas, sin que la persona con discapacidad acepte alguna de las propuesta o alternativas, pondrá fin al expediente.

c) La aceptación por la persona con discapacidad de una medida de apoyo alternativa, que el juez valore como adecuada, dará lugar a su adopción y al archivo del expediente, aunque exista oposición de los demás legitimados.

Entendemos por oposición que provoca el fin del expediente, la articulada por el Ministerio Fiscal o los interesados mínimamente fundada en las actuaciones realizadas. Una oposición formularia, infundada, no impide la resolución del expediente.

### **III. Aspectos procesales de la provisión judicial de apoyos a personas con discapacidad. Medios de prueba. Entrevista. Informes.**

#### **1. Procedimiento y competencia**

La Ley 8/2021, de 2 de junio, ha dispuesto que, con carácter general, la provisión de apoyos judiciales estables haya de realizarse mediante un expediente de jurisdicción voluntaria, regulado en los arts. 42 bis a), 42 bis b) y 42 bis c) LJV. La competencia para conocer de la solicitud de provisión judicial de apoyos corresponde al «Juzgado de Primera Instancia del lugar donde resida la persona con discapacidad» (apartado 2 del art. 42 bis a) LJV).

Cuando en el curso de este expediente surja la oposición «de la persona con discapacidad a cualquier tipo de apoyo, la oposición del Ministerio Fiscal o la oposición de cualquiera de los interesados en la adopción de las medidas de apoyo solicitadas», se pondrá fin al procedimiento de jurisdicción voluntaria y será necesario presentar la demanda de juicio verbal especial regulado en los arts. 756 y ss. LEC, de naturaleza contradictoria. La competencia corresponderá a «la autoridad judicial que conoció del previo expediente de jurisdicción voluntaria, salvo que la persona a la que se refiera la solicitud cambie con posterioridad de residencia, en cuyo caso lo será el juez de primera instancia del lugar en que esta resida» (art. 763.2 LEC).

Tanto en el expediente de jurisdicción voluntaria como en el procedimiento contencioso, si ha habido un cambio de residencia antes de la celebración de la vista, se remitirán las actuaciones al juez del lugar de la residencia (art. 756.3 LEC). Este criterio legal pretende facilitar la entrevista con la persona con discapacidad.

#### **2. Legitimación**

El art. 42 bis a) LJV atribuye la legitimación para instar la constitución de medidas judiciales de apoyo al Ministerio Fiscal, la propia persona con discapacidad, su cónyuge no separado

de hecho o legalmente o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, su descendiente, ascendiente o hermano.

Si el instante del expediente no es uno de los parientes legitimados, se podrá inadmitir a trámite por falta de legitimación activa, indicando al instante las personas legitimadas y se notificará el auto al Ministerio Fiscal a los efectos oportunos.

### **3. Solicitud**

La solicitud de medidas de apoyo deberá contener unos datos e información mínima para constatar que se trata de una persona con discapacidad que precisa de apoyos judiciales de forma estable, ya sea porque no ha designado medidas de apoyo voluntarias, no tiene un guardador de hecho que le efectúe estos apoyos, o, porque éstos son insuficientes.

No es preceptiva la intervención de abogado ni procurador en el expediente de jurisdicción voluntaria. En estos casos, puede ayudar a presentar esta solicitud que en la oficina judicial se facilite al interesado un impreso normalizado, sin que en estos casos sea necesaria una fundamentación jurídica de lo solicitado.

La solicitud deberá contener al menos los siguientes requisitos:

- Identidad del solicitante y datos de parentesco con la persona con discapacidad si no es ella la instante (deberá acompañarse fotocopias de los documentos que acrediten esta relación de parentesco- NIF, libro de familia...).
- Motivos por los que solicitan apoyos judiciales de carácter estable.
- Documentos que acrediten la necesidad de la adopción de las medidas de apoyo de forma estable.
- Identificación del cónyuge y familiares directos: hijos, hermanos etc. (nombre y apellidos, domicilio, teléfono, correo electrónico y demás datos para poder ser citado o localizado).
- Dictamen pericial de los profesionales especializados en los ámbitos social y sanitario. En caso de no presentarlo se concederá un plazo razonable para su aportación. Y, si no se subsana, se acordará recabar de oficio dichos dictámenes (servicios sociales o entidades del tercer sector). La solicitud de oficio tan solo se realizará en aquellos casos en que se justifique convenientemente que no puede aportarse por la parte.
- Se propondrán aquellas pruebas que se considere necesario practicar en la comparecencia.

La solicitud será admitida mediante un decreto del letrado de la Administración de Justicia que, además de acordar la admisión, convocará a una comparecencia al MF, la persona

con discapacidad y en su caso al cónyuge no separado o a quien se encuentre en una situación de hecho asimilable y a sus descendientes, ascendientes y hermanos.

#### **4. Medios de prueba preceptivos**

Cabe distinguir entre pruebas preceptivas y no preceptivas.

Las pruebas preceptivas deben realizarse en todo caso, y vienen reguladas en el apartado 3 del art. 42 bis b) LJV, respecto del expediente de jurisdicción voluntaria, y en el art. 759.1 LEC respecto del juicio contencioso:

- i) La entrevista con la persona con discapacidad, a la que le dedicamos un apartado especial.
- ii) La audiencia a parientes: «al cónyuge no separado de hecho o legalmente o a quien se encuentre en situación de hecho asimilable, así como a los parientes más próximos de la persona con discapacidad».
- iii) «los dictámenes periciales necesarios o pertinentes en relación con las pretensiones de la demanda (...). Para dicho dictamen preceptivo se contará en todo caso con profesionales especializados de los ámbitos social y sanitario, y podrá contarse también con otros profesionales especializados que aconsejen las medidas de apoyo que resulten idóneas en cada caso».

A la vista de la medida solicitada y la situación en que se encuentre la persona para quien se pidan las medidas, el tribunal tendrá que determinar el objeto del dictamen y qué clase de profesional debe emitirlo.

#### **5. Medios de prueba preceptivos: la entrevista con la persona con discapacidad**

La entrevista con la persona con discapacidad aparece mencionada en el apartado 3 del art. 42 bis b) LJV, respecto del expediente de jurisdicción voluntaria, y en el art. 759.1.º LEC, respecto del juicio contradictorio en caso de oposición. En ambos casos, es preceptiva la entrevista del juez que deba resolver sobre las medidas de apoyo y la persona afectada. No pueden acordarse medidas de apoyo judicial sin que previamente se haya practicado la entrevista, de tal forma que la falta de la entrevista acarrea la nulidad de la resolución que acuerda la medida.

Al realizar la entrevista se han de tener en cuenta los ajustes que sean precisos, conforme al art. 7 bis LJV.

##### **a) Objeto de la entrevista**

El objeto de la entrevista es que el juez pueda conocer directamente, por una parte, la situación de la persona con discapacidad y la necesidad de la medida provocada por la

discapacidad, a la vista de cómo se desarrolla su vida (asistenciales y, en su caso, de representación); y, por otra, cuál es la voluntad de la persona con discapacidad sobre la procedencia de la medida, su contenido y la persona que podía prestar el apoyo, así como sus deseos y preferencias. Asimismo, la entrevista permitirá descartar si existen otras alternativas al apoyo judicial.

Debe procurarse que la entrevista discurra de forma distendida, sencilla, sin que parezca algo formal ni, mucho menos, un examen. Más que preguntas, conviene interesarse por la situación y la vida de esta persona, mediante una conversación en tono distendido. Es mejor no hacer preguntas directas que puedan poner en evidencia a la persona, porque no sepa algo o cómo contestar.

En atención a la diversidad de personas, el juez se puede encontrar en situaciones muy variadas. En algún caso, la gravedad y el alcance de la discapacidad puede haber privado a esa persona de poder comunicarse de cualquier forma, ordinariamente porque además no tenga consciencia de su identidad. En estos casos, basta dejar constancia de esta situación que se ha percibido directamente.

Cuando la discapacidad no haya privado a la persona de comunicarse, sea cual sea el medio necesario para hacerlo efectivo, entonces el juez debe hacer un esfuerzo por trabar esa comunicación con la persona.

Algunos de los factores que puede percibirse en la entrevista y que puede llegar a tener relevancia a la hora de conocer la necesidad de la medida son: la consciencia de su identidad personal y familiar; si está orientado en el tiempo y en el espacio; si puede prestar atención de forma continuada; cómo se desarrolla su vida ordinaria y cómo atiende a su cuidado y aseo personal; el conocimiento que tiene de su patrimonio y las aptitudes para su administración...

La entrevista debe permitir conocer, en la medida de lo posible, qué opina y piensa esa persona respecto de su situación y la necesidad del apoyo solicitado, así como de otros posibles apoyos alternativos, y de quién querría que los prestara. También puede extraerse un conocimiento sobre algunos de sus deseos y preferencias en la vida, en atención a sus creencias y trayectoria vital, que pueden ayudar a la hora de acordar la medida y su alcance.

En ocasiones, la entrevista puede ayudar a darse cuenta de cómo ha incidido el trastorno que provoca la discapacidad en la voluntad manifestada.

En cualquier caso, si fuera posible hay que tratar de conocer su parecer sobre las medidas de apoyo y las alternativas existentes para obtener el apoyo que precisa, y dificultades que haya podido presentar en la práctica. También deber ser oído, cuando se haya propuesto un curador concreto por ella (759.2 LEC).

En caso de que la persona que promueva el expediente sea la persona que precisa los apoyos, podrá ser oído, preservando al máximo su intimidad (art. 759.2 LEC).

b) Forma de realizar la entrevista

i) Debe tratar de realizarse de forma presencial. Sólo cuando no sea posible o conveniente para la propia persona, pueden emplearse otros medios como la video conferencia. Cuando se realice por video conferencia hay que hacer un esfuerzo para que no le resulte extraño a la persona con discapacidad. El tono ha de ser distendido para facilitar que se sienta próxima. Y el lenguaje ha de ser sencillo, no técnico, y adaptado a la situación. El juez ha de hacer un esfuerzo para hacerse cargo de cómo está esa persona y como puede dirigirse a ella de forma que le entienda y además se sienta cómoda.

ii) Conviene informar a la persona en lenguaje sencillo y claro sobre el objeto del proceso, los intervinientes en el acto o sus consecuencias. Una opción a tener en cuenta es la confección de un documento en lectura fácil con toda la información relevante.

iii) Lugar. Hay que asegurar un contexto amable para la persona que favorezca el desarrollo de la entrevista, incluso en su domicilio si resulta lo más beneficioso para ella, atendiendo al informe de los expertos. Ante las dificultades organizativas que para el juzgado puede suponer ese desplazamiento, se pueden habilitar o utilizar espacios para hacerla (incluidas cámaras Gesell). La propia sala de vistas resultará en ocasiones la única opción por lo que se recomienda que la persona conozca previamente el entorno en que se va a desarrollar y que haya proximidad física con el afectado. En cualquier caso hay que evitar los estrados y, por supuesto las togas.

iv) Tiempo. Conforme a lo regulado en el art. 18.4 LJV, que complementa el apartado 3 del art. 42 bis b) LJV, la entrevista de la persona con discapacidad puede realizarse el mismo día de la comparecencia o dentro de los diez días siguientes. En cualquier caso, el juez puede acordar que esta entrevista se practique en acto separado a la comparecencia, sin interferencias de otras personas, y con la asistencia del ministerio fiscal.

Lo más relevante, es que, como advierte ese precepto legal, se garantice «que puedan ser oídas en condiciones idóneas, en términos que les sean accesibles, comprensibles y adaptados a su edad, madurez y circunstancias, recabando el auxilio de especialistas cuando ello fuera necesario».

En la organización de la agenda judicial habría que tener en cuenta aspectos muy habituales en las personas con discapacidad (precisan más tiempo para procesar las preguntas y elaborar respuestas, se desconcentran con facilidad; tienen un sentido estricto del tiempo). Se recomienda evitar esperas de pasillo y explicar o justificar retrasos.

v) Intervención del Ministerio Fiscal

Para que el fiscal pueda cumplir con la misión encomendada por la ley de salvaguardar los derechos de las personas con discapacidad, sí como su voluntad, deseos y preferencias, sería bueno facilitar al máximo su presencia en la entrevista.

En concreto, a la vista del deber de asistencia del Ministerio Fiscal que recoge el art. 18.4ª LJV, habría que citar al fiscal, para darle oportunidad de estar, y, en la medida de lo posible, tratar de coordinar bien las agendas. Podría resultar útil concentrar en el mismo día la comparecencia y la entrevista, aunque debe dejarse claro que la entrevista no ha de desarrollarse como parte de la comparecencia. Y cuando no sea posible la asistencia del fiscal, sería bueno darle la posibilidad de conectarse por medios telemáticos.

vi) En algunos casos, puede resultar muy conveniente el acompañamiento del afectado por la persona que designe puede favorecer el desenvolvimiento de la entrevista. Aunque en ese caso, el juez debe estar atento a posibles influencias indebidas que pudieran desaconsejar la presencia de terceros.

## **6. Medios de prueba no preceptivos antes de la comparecencia**

Pueden acordarse otros medios de prueba no preceptivos. Ordinariamente se practicarán antes de la comparecencia, pero en algún caso podría acordarse alguna de estas pruebas después, cuando se advirtiera necesario.

a) Informe de la Entidad Pública que, en el respectivo territorio, tenga encomendada la función de promoción de la autonomía y asistencia a las personas con discapacidad, o de una entidad del tercer sector de acción social debidamente habilitada como colaboradora de la Entidad Pública, sobre las eventuales alternativas de apoyo y las posibilidades de que sean prestadas sin requerir la adopción de medida alguna por la autoridad judicial.

b) Dictamen pericial. Recabar, en su caso, un informe del médico psiquiatra que realice el seguimiento y tratamiento de la patología que en su caso padezca.

c) Informe médico forense. El informe del médico forense debe realizarse teniendo en cuenta la necesidad que ha suscitado la solicitud de la medida de apoyo. No obstante, con carácter general, el forense valorará, además de las capacidades adaptativas, las habilidades de la vida independiente, la salud, con especial referencia al estado mental y adherencia al tratamiento, las habilidades económico-jurídico administrativas y las habilidades para el transporte.

d) En caso de ingreso en residencia o que exista un informe de seguimiento de los Servicios Sociales, puede acordarse el Informe social de la residencia o centro socio-sanitario en el que se encuentre ingresado con el fin de que:

- Determine las medidas de apoyo que estime idóneas a la vista de su situación, si deben referirse a su esfera personal (cuidado de su salud y bienestar) y/o patrimonial (administración y gestión de su patrimonio).

- El familiar (o en su defecto, entidad) que más se relaciona con la persona con discapacidad, visitas, número de teléfono de referencia, si se hace cargo de los gastos no cubiertos...etc.,
- El centro valore cómo se encuentra la persona con discapacidad en el centro, si participa de las actividades, si manifiesta sus deseos o su voluntad, si hace uso de los servicios del centro (de ocio, médicos...).

e) Audiencia a quien manifieste su voluntad de ser oído. Con la posibilidad de que no se practiquen las audiencias cuando la persona con discapacidad sea la demandante y quiera preservar su intimidad (por analogía con art.759.2 LEC).

f) Práctica de las pruebas que proponga, en su caso, el promotor o instante del expediente en su demanda, o los parientes o los interesados en el plazo de 5 días desde que se les convoque a la comparecencia (art 42 bis b] LJV).

#### **IV. Pautas para la revisión de los procedimientos prevista en la disposición transitoria 5ª de la ley 8/2021 de 2 de junio**

La Disposición Transitoria 5ª de la Ley 8/2021, de 2 de junio (en adelante DT 5ª) 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, bajo la rúbrica *Revisión de las medidas ya acordadas*, establece lo siguiente:

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

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

Con relación a su aplicación se recogen las siguientes **pautas**:

**1.** Lo primero que se advierte es que el plazo legal previsto en la DT 5ª, para llevar a cabo la revisión de todas las guardas legales constituidas con arreglo a la ley anterior, es manifiestamente insuficiente, en atención a la carga de trabajo existente en todos los juzgados afectados.

**2. La legitimación para instar la revisión** se circunscribe, además de al Ministerio Fiscal, a las concretas personas contempladas en la DT 5ª, esto es, a las personas con la capacidad modificada judicialmente, los declarados pródigos, los progenitores que ostenten la patria potestad prorrogada o rehabilitada, tutores, curadores, defensores judiciales y apoderados preventivos.

Si al iniciar los trámites para la revisión de oficio se constata que la persona precisada de apoyos ya no reside en el partido judicial, habría que archivar el expediente de revisión y dictar un auto de inhabilitación en el procedimiento de seguimiento y control de tutela o curatela o en el de rehabilitación de la patria potestad.

**3.-** Preferentemente, la revisión se iniciará **de oficio** por el juzgado: es conveniente que cada órgano judicial diseñe un plan de revisiones adecuado a su carga de trabajo, sobre la base de los datos de que se dispongan de los procedimientos pendientes de revisar. Puede ser oportuno comenzar por los más antiguos, y alternarlos con los de los últimos años o aquellos de los que se tengan datos más actualizados.

Cualquier incidente que se plantee puede aprovecharse para iniciar de oficio la revisión. Se ha revelado una buena práctica utilizar la rendición de cuentas en curso (en los ámbitos patrimonial y personal), para tomar declaración al curador o quien esté prestando los apoyos acerca de la actual situación y las necesidades de apoyo a la capacidad jurídica de la persona.

En aquellos procedimientos en los que no haya habido rendiciones periódicas de cuentas será útil, con carácter previo, consultar el Registro Civil, a través del Punto Neutro judicial, para verificar que no haya fallecido el interesado.

**4.** Si el **Ministerio Fiscal** tiene conocimiento, a través de la tramitación de diligencias preprocesales, de un procedimiento sin revisar, sería bueno que formulara la oportuna solicitud de revisión ante el juzgado.

**5.** La **apertura de oficio del procedimiento de revisión** se puede acordar mediante providencia, remitiendo testimonio de la misma y de la sentencia de modificación de la capacidad al decanato para que sea turnado al mismo juzgado.

Habría que facilitar la vinculación informática de todos los procedimientos relativos a la misma persona, para garantizar el acceso por todas las partes a la información necesaria, así como la remisión de los procedimientos en caso de inhabilitación por el cambio de domicilio de la persona con discapacidad.

**6.** Recibida la solicitud de cualquiera de los legitimados o el testimonio referido en el punto anterior, en el caso de incoación de oficio, se dictará por el letrado de la Administración de Justicia **decreto de incoación de expediente de jurisdicción voluntaria**, dando cuenta al juez, quien acordará la realización de la entrevista con la persona con discapacidad y, en su caso, ordenará las actuaciones que considere pertinentes.

**7. No será necesario el nombramiento de defensor judicial** porque no está previsto legalmente y la persona con discapacidad tiene designada alguna de las figuras de guarda legal previstas en la regulación anterior (legitimados de la DT 5ª).

**8.** En los expedientes iniciados de oficio, mediante providencia, se acordará la **unión de los informes** (médicos, económicos, sociales, etc.) que consten en la última rendición de cuentas aprobada o, en su caso, en la que se encuentre en tramitación.

También se unirá el informe médico forense que obre en el procedimiento de modificación de la capacidad.

En los expedientes iniciados a instancia de cualquiera de los legitimados, la unión de los informes referidos dependerá de la suficiencia de la documental aportada con la solicitud de revisión.

**9.** El juez podrá señalar la **celebración de una comparecencia** para la práctica de todas las diligencias de forma concentrada, citando al Ministerio Fiscal –siendo aconsejable concentrar los señalamientos para facilitar su asistencia-, a quien fue designado para desempeñar la función de guarda legal, y a la persona precisada de apoyos. Se ha constatado la utilidad de esta convocatoria para informar a la persona afectada y su familia de los importantes cambios que supone la revisión.

También puede ser una práctica interesante para programar el trabajo en el órgano judicial, la remisión a quien viniere desempeñando dicha función de un breve cuestionario sobre la situación actual, necesidades de apoyo que tenga la persona y problemas que se hayan presentado en el desarrollo de su asistencia.

**10.** La **entrevista judicial** podrá realizarse con anterioridad a la comparecencia, y por medios telemáticos en el caso de que las circunstancias de la persona lo aconsejen.

No pueden desconocerse las barreras que genera la tecnología para las personas con discapacidad y mayores, por lo que la opción de utilizar este sistema para desarrollar las entrevistas deberá ser objeto de valoración individualizada, y siempre con la adopción de las adaptaciones que sean precisas para garantizar el derecho a entender y ser entendido contemplado en el artículo 7 bis de la Ley de Jurisdicción Voluntaria.

**11.** Se recabará **nuevo informe médico forense** en aquellos casos que se considere necesario.

**12.-** En los supuestos en que no se haya optado por la celebración de comparecencia, se remitirán las actuaciones para informe escrito al Ministerio Fiscal (en todo caso se recuerda la conveniencia de alcanzar acuerdos de coordinación de los señalamientos judiciales para favorecer su presencia activa).

En el caso de que el expediente de revisión se haya incoado a instancia de cualquiera de los demás legitimados, también se dará traslado al solicitante para que formule alegaciones;

si dicho solicitante es la propia persona con discapacidad, sería conveniente realizar el mismo trámite con quien haya realizado la función de guarda legal.

**13.** El expediente de revisión no pierde su **naturaleza de jurisdicción voluntaria**, aun cuando la persona con discapacidad o cualquiera de los interesados manifiesten su rechazo a las concretas medidas judiciales de apoyo que puedan acordarse o no comparezca. La revisión de las medidas establecidas con anterioridad es obligatoria como se desprende de la redacción dada a la DT<sup>5ª</sup> y la previsión de que se realice de oficio en un plazo determinado.

En estos supuestos, habría que garantizar la representación procesal y asistencia letrada a la persona precisada de apoyos para el caso de que considere necesario interponer recurso de apelación contra el auto que ponga fin al expediente de revisión, sin perjuicio de informar en la misma resolución del derecho a presentar una nueva solicitud conforme a lo dispuesto en el art. 42 bis c) 1, párrafo 2º LJV.

**14.** Celebrada la comparecencia o recibidos el informe del Ministerio Fiscal y, en su caso, las alegaciones de los interesados, se dictará **auto** adoptando las medidas judiciales de apoyo que se consideren oportunas, o bien dejando sin efecto las establecidas con anterioridad, si se constata la suficiencia de medidas de apoyos informales (guarda de hecho). En cualquier caso, se dejará sin efecto de declaración de incapacitación.

Por economía procesal, cuando se adopten medidas de apoyo sin cambios sustanciales respecto de las preexistentes (por ejemplo, el tutor es designado curador representativo), se podría prescindir de la obligación de presentar nuevo inventario, e incorporar el aprobado en su día, así como la última rendición de cuentas aprobada, y sin necesidad de exigir una rendición final. Todo ello sin perjuicio de la toma de posesión del nuevo cargo.

**15.** En aquellos casos en que los expedientes de tutela estén en juzgados que en la actualidad han perdido la competencia sobre esta materia, es conveniente tener en cuenta el informe jurídico emitido por el Gabinete Técnico del Consejo General del Poder Judicial de 18 de mayo -aprobado por la Comisión Permanente-, sobre la conformidad a derecho de la atribución de los procedimientos de revisión de medidas a los juzgados que en este momento tienen reconocida esa competencia en el partido judicial correspondiente.

## **V. Cuestiones suscitadas por la disposición transitoria 6ª**

### **1. Disposición transitoria 6ª de la ley 8/2021, de 2 de junio**

La Ley 8/2021, de 2 de junio, en coherencia con la naturaleza de la materia reformada y la finalidad perseguida, ha establecido unas reglas de aplicación transitoria especiales, que afectan a los procedimientos iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de esa norma.

La disposición transitoria sexta (DT6ª), que se refiere a los procesos en tramitación,

establece lo siguiente:

«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».

## **2. Aplicación de la DT6ª en primera instancia: implicaciones procesales**

Respecto de los procedimientos seguidos en primera instancia, la aplicación de la DT6ª implica lo siguiente:

- El procedimiento seguirá por el cauce iniciado, esto es, por el juicio especial contradictorio, sin necesidad de convertirlo en un procedimiento de jurisdicción voluntaria.
- Las actuaciones ya realizadas serán válidas, sin perjuicio de que se considere oportuno volver a realizar alguna nueva.
- En la medida de lo posible, las que queden pendientes se acomodarán a las previstas en la nueva ley.
- La sentencia deberá ajustarse, en la medida de lo posible, a los sistemas de lectura fácil que faciliten su lectura y comprensión por la persona con discapacidad afectada.

## **3. Aplicación de la DT6ª en primera instancia: implicaciones sustantivas**

La sentencia deberá ajustarse al nuevo sistema de provisión judicial de apoyos:

- En ningún caso habrá declaración de incapacitación o modificación de capacidad.
- Tampoco podrá haber pronunciamientos puramente restrictivos de derechos (art. 269 CC), como la inhabilitación para conducir vehículos a motor o la prohibición de obtener los permisos necesarios para la conducción de vehículos o uso de armas. Sin perjuicio de que en algún caso pudiera acordarse una medida de apoyo específica que afectara a la tenencia y uso de armas de fuego, o a la conducción de vehículos. Tampoco debe descartarse que cuando el tribunal constata riesgos evidentes de que la persona con discapacidad siga disponiendo del permiso de armas o de conducir, ponga en conocimiento de la autoridad administrativa correspondiente la situación para que revise la procedencia de mantener los permisos correspondientes.
- Deberá constatar si la persona con discapacidad necesita una medida judicial de apoyo en atención a sus necesidades y su concreta situación, teniendo en cuenta los principios establecidos en el art. 268 CC (proporcionalidad de la medida en relación con las necesidades de la persona; respetar al máximo la autonomía de

esa persona; y tener en cuenta y atender «en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias») y la jurisprudencia que lo ha interpretado (STS 8 de septiembre de 2021).

- Si no fuera necesario por bastar una guarda de hecho, deberá dejar constancia de eso, al dictarse la sentencia desestimatoria.
- Si se constata la necesidad de la medida y su procedencia, deberá acordarse su contenido (las concretas medidas asistenciales y, en su caso, de representación) de acuerdo con el nuevo régimen legal de la curatela. Así como las salvaguardas que en ese momento se consideren procedentes.
- También deberá nombrar la persona que ha de hacerse cargo de la curatela de acuerdo con el nuevo régimen legal.
- Las solicitudes de prórroga o rehabilitación de la patria potestad deberán reconducirse a la provisión judicial de apoyos o, en su caso, a la guarda de hecho.
- La sentencia señalará un plazo de revisión de las medidas de apoyo acordadas, conforme a los arts. 268 CC y 761 del LEC. Esta revisión no debe confundirse con la rendición de cuentas que, como salvaguarda, pudiera acordarse en la sentencia si se estimara conveniente.

#### **4. Aplicación de la DT6ª en apelación: revisión del contenido de las sentencias anteriores a la entrada en vigor de la Ley 8/2021.**

En apelación deberíamos distinguir según la sentencia de primera instancia se hubiera dictado antes de la entrada en vigor de la ley 8/2021, de 2 de junio, o después.

Si se dictó antes, la Audiencia podrá revisar de oficio, con ocasión del recurso de apelación el contenido de la sentencia.

En concreto, si la sentencia ha sido estimatoria de la demanda de incapacitación y ha constituido un sistema de guarda legal (tutela o curatela):

a) La Audiencia de oficio debe dejar sin efecto la declaración de incapacitación o modificación de capacidad. Así lo hicieron en casación las SSTS 589/2021, de 8 de septiembre, y 734/2021, de 2 de noviembre.

b) También dejará sin efecto los pronunciamientos puramente restrictivos de derechos (art. 269 CC), como la inhabilitación para conducir vehículos a motor o la prohibición de obtener los permisos necesarios para la conducción de vehículos o uso de armas.

c) Debe revisar, de acuerdo con los principios mencionados del art. 268 CC, el contenido y alcance del régimen legal establecido. En concreto, el contenido de las concretas medidas de apoyo, asistenciales y, en su caso, de representación:

- Si se hubiera constituido una tutela, al tiempo de ser revisada, hay que valorar si procede mantener el apoyo judicial; y, de mantenerlo, denominarlo en todo caso



curatela; sin perjuicio de las modificaciones en el contenido de las medidas.

- Si se hubiera constituido una curatela, también habrá que revisar si persiste su procedencia y, en caso afirmativo, el contenido de las medidas.
- Cuando lo que se discuta sea la designación de la persona del curador, con funciones asistenciales y/o de representación, esta revisión debe tener en cuenta los nuevos criterios legales, contenidos en los arts. 271 y ss. CC, en concreto, lo relativo a la autotutela y, en su defecto, las reglas de preferencia (art. 276 CC).
- Si se hubiera prorrogado o rehabilitado la patria potestad, habría que dejarla sin efecto y, en su caso, nombrar curador a los padres con el contenido de los apoyos necesarios.
- En todo caso, señalará un plazo de revisión de las medidas de apoyos acordadas, conforme a los arts. 268 CC y 761 del LEC.

### **5. Aplicación de la DT6ª en apelación: exigencias legales**

a) En todo caso, la Audiencia debe cumplir con la exigencia legal, recordada por la jurisprudencia, de practicar las diligencias previstas en el art. 759 LEC. Así lo acaba de reiterar la STS 206/2022, de 14 de marzo.

b) Si la apelación no afectaba al contenido de las medidas, sino únicamente a la persona que debía hacerse cargo de ella, la revisión judicial se ceñiría a esa designación, sin perjuicio de lo dispuesto en la disposición adicional 5ª, tal y como estableció la STS 734/2021, de 2 de noviembre. No obstante, el tribunal podría realizar la adaptación de lo acordado en primera instancia y no impugnado a la nueva ley, como por ejemplo convertir la tutela acordada en curatela con representación, con el mismo contenido previsto en la sentencia de primera instancia siempre que sea conforme con la nueva ley. Para entrar de oficio a revisar el contenido de los apoyos acordados en primera instancia y no impugnados en apelación, sería necesario oír a las partes.

c) Al hilo de lo anterior, podría ser una buena praxis que la Audiencia diera un trámite de audiencia a las partes en el procedimiento para que realizaran las alegaciones que estimaran oportunas relacionadas con la aplicación de la transitoria 6ª.

### **6. Aplicación de la DT6ª en apelación: revisión de una sentencia desestimatoria**

Si la sentencia recurrida en apelación fue desestimatoria de la solicitud de incapacitación, el análisis del recurso se llevará a cabo de acuerdo con el nuevo régimen legal. Esto es: habrá que tener en cuenta los principios establecidos en el art. 268 CC, a los que nos hemos referido. Lo que incluye considerar si resulta necesario el apoyo judicial o si existe una guarda de hecho que cubre las necesidades. Y, caso de que procediera la provisión judicial de apoyos, sujetarse al régimen actual sobre el contenido y alcance de las medidas asistenciales y de representación.



Consejo General  
del Poder Judicial

## **7. Aplicación de la DT6ª en apelación: revisión de las sentencias posteriores a la entrada en vigor de la Ley 8/2021**

Si la sentencia o el auto de primera instancia se hubiera dictado después de la entrada en vigor de la Ley 8/2021, de 2 de junio, la Audiencia deberá tener en cuenta las exigencias antes reseñadas que recaían sobre el juzgado de primera instancia en aplicación de la DT6ª; pero el alcance de la apelación será el régimen previsto tras la Ley 8/2021, de 2 de junio. En concreto, deberá ajustarse a lo que haya sido objeto de apelación, sin perjuicio de la revisión de oficio que le permita la ley. Por ejemplo, si sólo se impugna la designación de la persona del tutor, no cabrá revisar la procedencia del contenido de las medidas, salvo que haya algún pronunciamiento que contradiga claramente el nuevo régimen legal (por ejemplo, la declaración de incapacitación).