



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

INFORME DEL CONSEJO FISCAL AL ANTEPROYECTO DE LEY POR LA QUE SE REFORMA LA LEGISLACIÓN CIVIL Y PROCESAL EN MATERIA DE DISCAPACIDAD

1. Introducción 2. Procedencia de la emisión de informe por parte del Consejo Fiscal 3. Estructura 4. Observaciones generales 5. Modificaciones del Código Civil 5.1 Derecho internacional privado 5.2 Adquisición de la nacionalidad y opción por una vecindad civil 5.3 Adquisición de la nacionalidad española 5.4 Separación, nulidad y divorcio 5.5 Filiación 5.6 Patria potestad 5.7 Tutela y guarda de los menores 5.8 Medidas de apoyo a las personas con discapacidad 5.8.1 Principios 5.8.2 Modalidades 5.8.3 Supresión de la patria potestad prorrogada 5.8.4 Autocuratela 5.9 Guarda de hecho de personas con discapacidad 5.10 La curatela 5.11 El defensor judicial 5.12 Prodigalidad 5.13 Otras modificaciones 5.13.1 Posesión 5.13.2 Sucesiones 5.13.4 Responsabilidad extracontractual 6. Modificaciones de la Ley Hipotecaria 7. Modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil 7.1 Observaciones generales 7.2 Intervención del Ministerio Fiscal 7.3 Procesos sobre la adopción de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad y sobre declaración de prodigalidad 7.3.1 Competencia 7.3.2 Intervención del propuesto como curador 7.3.3 Intervención de legitimados en procesos ya iniciados 7.3.4 Sentencia 7.3.5 Incidente de modificación 7.3.6 Segunda instancia 8. Modificación de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria 9. Disposiciones transitorias 10. Modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal 11. *Vactio legis* 12. Otras cuestiones que debieran quedar recogidas en el Anteproyecto 13. Memoria de impacto normativo 14. Conclusiones

1. Introducción

Por medio de comunicación de la Secretaria de Estado de Justicia, con entrada en la Fiscalía General del Estado de 25 de septiembre de los corrientes, se remite el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

de discapacidad, con objeto de que sea emitido el informe del Consejo Fiscal con carácter urgente e improrrogable.

El Excmo. Sr. Fiscal Jefe de la Secretaría Técnica, en aplicación de la Instrucción 1/2015, remite el texto al Fiscal de Sala Jefe de lo Civil para que realice las observaciones que estime oportunas.

2. Procedencia de la emisión de informe por parte del Consejo Fiscal

A tenor del artículo 14.4 j) de la Ley 50/1981 de 30 de diciembre, *reguladora del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal* (en adelante, EOMF), corresponde al Consejo Fiscal informar los proyectos de ley o normas reglamentarias que afecten a la estructura, organización y funciones del Ministerio Fiscal.

El Anteproyecto aborda una profunda reforma relativa a las instituciones de apoyo a las personas con discapacidad.

En desarrollo de sus funciones constitucionales, el art. 3.7 EOMF atribuye al Ministerio Fiscal la de intervenir en los procesos civiles que determine la ley cuando esté comprometido el interés social o cuando puedan afectar a personas menores, incapaces o desvalidas en tanto se provee de los mecanismos ordinarios de representación.

El compromiso del Ministerio Fiscal con la salvaguarda de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad es fácilmente constatable a través del análisis de las Memorias que año tras año publica la Fiscalía General del Estado y en las que se da cuenta de las actuaciones del Ministerio Público en este ámbito de especial sensibilidad.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Tal compromiso también se refleja en la doctrina de la Fiscalía General del Estado, que, especialmente en los últimos años ha sido profusa en esta materia.

Para advenir esta afirmación pueden reseñarse las Circulares, Instrucciones y Consultas que, tras la entrada en vigor de la Constitución, se han dedicado específicamente a la discapacidad: Circular 2/1984, de 8 de junio de 1984, *sobre internamiento de presuntos incapaces*; Consulta 2/1985, de 25 de abril, *sobre la autorización judicial de las particiones con herederos incapaces representados por defensor judicial*; Consulta 3/1985, de 30 de abril, *en torno a la capacidad de los oligofrénicos para prestar el consentimiento justificante previsto en el artículo 428, párrafo segundo, del Código Penal*; Instrucción 6/1987, de 23 de noviembre, *sobre control por el Ministerio Fiscal de los internamientos psiquiátricos*; Instrucción 3/1990, de 7 de mayo, *sobre régimen jurídico que debe de regir para el ingreso de personas en residencias de la tercera edad*; Consulta 1/1991, de 31 de enero, *sobre aspectos procesales de la autorización judicial necesaria para la esterilización de los incapaces que adolezcan de graves deficiencias psíquicas*; Consulta 2/1993, de 15 de octubre, *sobre el artículo 211 del Código Civil*; Consulta 6/1997 de 15 de julio, *sobre el criterio determinante de la competencia territorial en los procesos civiles de incapacitación seguidos contra quienes se hallan internos en un establecimiento psiquiátrico-penitenciario en cumplimiento de una medida de seguridad dictada en un proceso penal*; Consulta 2/1998, de 3 de abril, *sobre la asunción de tutela por personas jurídicas públicas*; Consulta 5/1999, de 16 de diciembre, *sobre los problemas que plantea el internamiento de quienes tienen suspendida la ejecución de una pena privativa de libertad por trastorno mental grave sobrevenido a la sentencia firme*; Instrucción 4/2008, de 30 de julio, *sobre el control y vigilancia por el Ministerio Fiscal de las tutelas de personas discapaces*; Instrucción 4/2009, de 29 de diciembre, *sobre la organización de las secciones de lo civil y del régimen especializado en materia de protección de personas con*



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

discapacidad y tutelas; Instrucción 3/2010, de 29 de noviembre, sobre la necesaria fundamentación individualizada de las medidas de protección o apoyo en los procedimientos sobre determinación de la capacidad de las personas; Circular 2/2016, de 24 de junio sobre el ingreso de menores con problemas de conducta en centros de protección específicos; Instrucción 4 /2016, sobre las funciones del Fiscal delegado de la especialidad civil y de protección jurídica de las personas con discapacidad de las comunidades autónomas; Circular 2 /2017, de 6 de julio, sobre el ingreso no voluntario urgente por razón de trastorno psíquico en centros residenciales para personas mayores y la Instrucción 1/2017, de 27 de marzo, sobre la actuación del Fiscal para la protección de los derechos al honor, intimidad y propia imagen de menores de edad con discapacidad ante los medios de comunicación audiovisual.

Está, por tanto, claramente justificada la necesidad de emisión de informe por el Consejo Fiscal.

3. Estructura

El Anteproyecto consta de una Exposición de Motivos, cinco artículos, cinco disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y tres disposiciones finales.

El artículo primero, con sesenta y tres apartados, modifica el Código Civil; el artículo segundo afecta a la Ley Hipotecaria y consta de seis apartados; el artículo tercero reforma la Ley de Enjuiciamiento Civil con catorce apartados; el artículo cuarto modifica la Ley del Registro Civil y se distribuye en nueve apartados; finalmente, el artículo quinto, referido a la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, se estructura en diez apartados.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Se remite igualmente un anexo, a modo de Memoria del análisis del impacto normativo.

Se analiza igualmente el impacto económico presupuestario de la reforma, concluyendo con que “el impacto de este anteproyecto en los Presupuestos Generales del Estado es nulo, no generando ningún compromiso ni obligación económica extra. Asimismo, es preciso indicar que la norma proyectada no implicará la necesidad de incrementar las dotaciones, ni las retribuciones u otros costes de personal al servicio del sector público, pues se considera que los medios existentes en la actualidad serán suficientes para llevar a cabo las actuaciones previstas”.

Se considera que las razones que tratan de fundamentar esta conclusión son, en general, correctas. En el presente informe se incorpora una sugerencia concreta para evitar un incremento en la carga de trabajo de Juzgados y Fiscalías, que a su vez, podría generar necesidades en materia de personal.

Para calibrar la entidad de la reforma baste con apuntar que sólo en relación con el Código Civil el Anteproyecto modifica más de ciento cincuenta artículos, afectando a una pluralidad de materias.

4. Observaciones generales

Como observación general cabe valorar positivamente el texto del Anteproyecto, en tanto pretender adecuar nuestro ordenamiento jurídico a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. España ratificó la Convención y su



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Protocolo Facultativo el 21 de abril de 2008, entrando en vigor el 3 de mayo de ese mismo año. A partir de este momento, y conforme a lo establecido en el apartado primero del artículo 96 de la Constitución Española forma parte del ordenamiento interno, por lo que resulta necesaria la adaptación y modificación de diversas normas para hacer efectivos los derechos que la Convención recoge.

La Convención se inspira en el cambio de un sistema de sustitución en la adopción de decisiones por un sistema de asistencia para la toma de decisiones con respeto a la autonomía, la voluntad y las preferencias de la persona. La Convención tiene como propósito, según su art.1, “promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad”.

La Convención implica un cambio de paradigma en el tratamiento de la discapacidad, superando definitivamente la perspectiva asistencial para asumir una basada en los derechos humanos.

En el ámbito de la Unión Europea, la Resolución del Consejo y de los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, reunidos en el seno del Consejo, relativa a un nuevo marco europeo de la discapacidad, publicada en el Diario de la Unión Europea de fecha 20 de noviembre de 2010, apoya la aplicación efectiva de la Convención de la ONU por parte de los Estados miembros y de las Instituciones de la Unión Europea.

El precepto clave de la Convención es el art. 12.2 que dispone que “los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida”, estableciendo a continuación que “los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica”.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

El art. 12 de la Convención adopta el modelo denominado “social de discapacidad”, mediante el cual las personas que resulten afectadas por la modificación de su capacidad, han de disponer de los apoyos o de la asistencia necesaria para la toma de decisiones concretas, de tal modo que no se les prive de su capacidad de forma absoluta.

El texto del art. 12 de la Convención exige un replanteamiento de la regulación del “proceso sobre la capacidad” y de las figuras de tutor, curador, patria potestad prorrogada, defensor judicial o guarda de hecho, debiendo ser armonizadas con ese principio de capacidad igual para todos.

Parece claro que este precepto no tiene traducción adecuada en nuestro Derecho vigente, si bien puede constatarse que la Legislación y la práctica ha ido, incluso antes de la Convención, evolucionando hacia un sistema adaptado a las necesidades de protección de las personas más vulnerables por razón de su situación de discapacidad, con el objeto de procurarles la atención especializada y el amparo necesario para el disfrute de sus derechos fundamentales.

En esta evolución han sido hitos fundamentales la reforma operada en el Código Civil por Ley 13/1983, de 24 de octubre, que abandonó el sistema tradicional basado en binomio capacidad o incapacidad, instaurando un sistema proteccionista, en el que se admiten diversas situaciones adaptables a las necesidades de protección del necesitado de la medida. La Ley 41/2003, de 18 de noviembre, *de protección patrimonial de las personas con discapacidad*, estableció un nuevo sistema de protección sin declaración de incapacidad, aplicable a personas a las que se refiere el art. 2.2 de dicha Ley.

En el mismo sentido, la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, *de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad* y la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, *de Promoción de la Autonomía*



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, impulsaron las garantías suplementarias que precisan las personas con discapacidad para vivir con plenitud de derechos o para participar en igualdad de condiciones que el resto de ciudadanos en la vida económica, social y cultural del país.

En el análisis de la reforma proyectada debe tenerse presente el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, *por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social*, dictado en aplicación de lo previsto en la disposición final segunda de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, *de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*, el Real Decreto 1276/2011, de 16 de septiembre, *de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*; la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, *por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, que llevó a cabo la adecuación al referido instrumento internacional del CP, proporcionando a las personas con discapacidad una protección penal reforzada en atención a su especial vulnerabilidad y la Ley 15/2015, de 2 de julio, *de la Jurisdicción Voluntaria*, que dedicó tres capítulos del Título II a la discapacidad: el capítulo VI, que lleva como epígrafe "De la protección del patrimonio de las personas con discapacidad", el capítulo VII "Del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen del menor o persona con capacidad modificada judicialmente" y el capítulo VIII, "De la autorización o aprobación judicial para la realización de actos de disposición, gravamen u otros que se refieran a los bienes y derechos de menores y personas con capacidad modificada judicialmente".

La citada Ley 26/2011 otorgó al Gobierno, conforme a su Disposición Adicional Séptima, el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de dicha Ley para remitir a las Cortes Generales "un proyecto de ley de adaptación normativa del ordenamiento jurídico para dar cumplimiento al artículo 12 de la Convención



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en lo relativo al ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones que las demás en todos los aspectos de la vida. Dicho proyecto de ley establecerá las modificaciones necesarias en el proceso judicial de determinación de apoyos para la toma libre de decisiones de las personas con discapacidad que los precisen.”

El Anteproyecto objeto de informe persigue implementar el Convenio, asumiendo la necesidad de proveer apoyos a las personas para que puedan ejercer sus derechos con libertad en la toma de decisiones, teniendo en cuenta en todo caso sus circunstancias personales y su capacidad para tomar el tipo de decisión en concreto.

Igualmente, el Anteproyecto pretende introducir un cambio de terminología y limitar el régimen de la tutela a los menores de edad no emancipados y no sujetos a patria potestad.

La curatela -hasta ahora reservada en el CC para casos puntuales de prodigalidad o de discapacidad leve-, asume el papel de institución de apoyo básica de los discapacitados, ampliando y dando nuevo contenido a esta antigua institución.

Se impulsan, revitalizan y promueven en el Anteproyecto las medidas preventivas, establecidas por el interesado, así como la guarda de hecho.

Debe subrayarse que el Anteproyecto recoge numerosas pautas que ya, *de lege data*, habían sido promovidas desde la Fiscalía y asumidas en parte por el Tribunal Supremo.

Así, la Fiscalía General del Estado dictó la Instrucción 3/2010, de 29 de noviembre, *sobre la necesaria fundamentación individualizada de las medidas de protección o*



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

apoyo en los procedimientos sobre determinación de la capacidad de las personas precisamente para establecer una serie de pautas de actuación para garantizar la intervención del Ministerio Fiscal con criterios uniformes en la adecuación de la legislación vigente a los principios de la Convención.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ya ha asumido plenamente que la incapacitación únicamente constituye un sistema de protección frente a las limitaciones existenciales del individuo, y que nunca podrán discutirse los derechos fundamentales del sometido a dicho sistema de protección.

Ya en la STS nº 282/2009, de 29 de abril, el TS asumió que el sistema de protección establecido en el Código civil sigue vigente, aunque para adecuar su interpretación a la Convención, habrá de tenerse siempre en cuenta que las personas con discapacidad siguen siendo titulares de sus derechos fundamentales y que la incapacitación total constituye esencialmente una forma de protección, la cual deberá acordarse únicamente en supuestos excepcionales, cuando resulte estrictamente necesaria.

En esta línea profundizaron las SSTS nº 504/2012, 617/2012, 421/2013, 337/2014, 341/2014, 487/2014, 544/2014 698/2014, 244/2015, 600/2015 y recientemente la STS nº 298/2017.

La graduación en la protección de los discapacitados se asume con acierto en la STS de 13 de mayo de 2015: “esta graduación puede ser tan variada como variadas son en la realidad las limitaciones de las personas y el contexto en que se desarrolla la vida de cada una de ellas. Se trata de un traje a medida, que precisa de un conocimiento preciso de la situación en que se encuentra esa persona, cómo se desarrolla su vida ordinaria y representarse en qué medida puede cuidarse por sí misma o necesita alguna ayuda; si puede actuar por sí misma o si precisa que



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

alguien lo haga por ella, para algunas facetas de la vida o para todas, hasta qué punto está en condiciones de decidir sobre sus intereses personales o patrimoniales, o precisa de un complemento o de una representación, para todas o para determinadas actuaciones. Para lograr este traje a medida, es necesario que el tribunal de instancia que deba decidir, adquiera una convicción clara de cuál es la situación de esa persona, cómo se desarrolla su vida ordinaria, qué necesidades tiene, cuáles son sus intereses personales y patrimoniales, y en qué medida precisa una protección y ayuda”.

La Instrucción 3/2010 declaraba en este sentido que “puede afirmarse que, sin perjuicio de las modificaciones que procedan para su total adaptación, nada impide que la legislación sustantiva y procesal vigente relativa a la determinación de la capacidad de las personas pueda interpretarse y aplicarse con adecuación a las previsiones de la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad”.

Obviamente, el que estas pautas -que ya se están aplicando a través de una exégesis “conforme a la Convención”- se recojan en una disposición legal supone un enorme avance desde el punto de vista de la seguridad jurídica, expresamente mencionada en el art. 9.3 CE como uno de los principios que garantiza la Constitución. La seguridad jurídica es además uno de los principios que inspiran la actuación del Ministerio Fiscal (vid. Instrucción 11/2005, de 10 de noviembre, *sobre la instrumentalización efectiva del principio de unidad de actuación establecido en el art. 124 de la CE*).

Es por ello que la reforma que impulsa este Anteproyecto debe considerarse como absolutamente necesaria y justificada, en un ámbito tan sensible y con una conexión tan profunda con los derechos fundamentales como es la del régimen jurídico de la discapacidad.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

La necesidad de la reforma ha sido subrayada por el órgano encargado del seguimiento de la Convención, el Comité para los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas, que en sus observaciones al Informe presentado por el Estado Español ante el mismo, de septiembre de 2011, ha reprochado directamente al Gobierno español, de una parte, el retraso en aplicar una nueva legislación que “regule el alcance y la interpretación del artículo 12”; y, de otro, ha recomendado al Estado Español que “revise las leyes que regulan la guarda y la tutela y que tome medidas para adoptar leyes y políticas por las que se reemplacen los regímenes de sustitución en la adopción de decisiones por una asistencia para la toma de decisiones que respete la autonomía, la voluntad y las preferencias de la persona”.

A lo largo del informe se harán referencias a la Propuesta articulada de la Subcomisión de Expertos sobre el Procedimiento de Modificación de la Capacidad de Obrar del Real Patronato sobre Discapacidad, de 13 de junio de 2012 (en adelante, Propuesta de 2012).

Dentro de este apartado de observaciones generales, debe analizarse si debiera ser el Anteproyecto más preciso en cuanto a los destinatarios de las medidas de apoyo.

El Anteproyecto en la cuestión terminológica opta por la referencia genérica a las “personas con discapacidad” superando términos estigmatizantes como “incapaces” e incluso superando el utilizado por la Ley de Jurisdicción Voluntaria “persona con la capacidad modificada judicialmente”. El término asumido es neutro pero con una aptitud delimitadora limitada.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

En este punto conviene precisar que un absoluto respeto al espíritu de la reforma obliga a reconsiderar el título empleado para el Anteproyecto de Ley de Reforma, que resultaría más adecuado como: “Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de protección de personas con discapacidad”.

Desde la doctrina se ha considerado que debiera precisarse que los destinatarios de estas medidas son las personas que requieran asistencia en el ejercicio de su capacidad para tomar decisiones, en línea con lo establecido en otras legislaciones que se han adaptado recientemente a la Convención (*ad exemplum*, la irlandesa *Assisted Decision-Making Capacity Act 2015*).

El art. 49 de la Constitución española dispone que “los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este título otorga a todos los ciudadanos”. Este precepto se adecúa a lo dispuesto en el artículo 1.2 de la Convención conforme al que “las personas con discapacidad incluyen aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás”.

Esta coincidencia del art. 49 CE con el art 1.2 de la Convención justifica la opción del Anteproyecto, que al no ser más preciso puede potencialmente abarcar dentro de su radio personas con discapacidades físicas, mentales, intelectuales o sensoriales que necesiten apoyo.

Por último, es preciso poner de manifiesto cómo la exposición de motivos del



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Anteproyecto destaca como idea central del nuevo sistema la del “apoyo a la persona que lo precise”. Ese apoyo debe enlazar con la idea de “ajustes razonables” que recoge el art. 2 de la Convención de Naciones Unidas, siendo especialmente destinatarios de esta precisión los profesionales del Derecho que han de responder a las demandas de las personas con discapacidad: Jueces, Fiscales, Notarios, Registradores y demás funcionarios de la Administración de Justicia. Ocurre, sin embargo, que la exposición de motivos omite la referencia al Ministerio Fiscal entre los profesionales del derecho especialmente afectados por la aplicación de estos nuevos principios cuando señala: “La reforma normativa impulsada por esta ley debe ir unida, por ello, a un cambio del entorno, a una transformación de la mentalidad social, y especialmente de la de aquellos profesionales del Derecho —jueces y magistrados, funcionarios de la administración de justicia, notarios, registradores— que han de prestar sus respectivas funciones, a requerimiento de las personas con discapacidad, partiendo de los nuevos principios y no de visiones paternalistas que hoy resultan periclitadas”. Atendiendo al destacado papel que desempeñan los Fiscales en el impulso de los derechos de las personas con discapacidad, resultaría procedente incluir su mención expresa en este punto.

5. Modificaciones del Código Civil

5.1 Derecho internacional privado

El Anteproyecto modifica en el segundo párrafo del artículo 9.6

Conforme al texto vigente del Código Civil “La ley aplicable a la protección de las personas mayores de edad se determinará por la ley de su residencia habitual. En el caso de cambio de la residencia a otro Estado, se aplicará la ley de la nueva



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

residencia habitual, sin perjuicio del reconocimiento en España de las medidas de protección acordadas en otros Estados. Será de aplicación, sin embargo, la ley española para la adopción de medidas provisionales o urgentes de protección”.

El Anteproyecto da al precepto la siguiente redacción: “la ley aplicable a las medidas de apoyo para personas con discapacidad será la de su residencia habitual. En el caso de cambio de residencia a otro Estado, se aplicará la ley de la nueva residencia habitual, sin perjuicio del reconocimiento en España de las medidas de apoyo acordadas en otros Estados. Será de aplicación, sin embargo, la ley española para la adopción de medidas de apoyo provisionales o urgentes”.

Igualmente se modifica el apartado octavo del art. 10, que actualmente establece que “serán válidos, a efectos del ordenamiento jurídico español, los contratos onerosos celebrados en España por extranjero incapaz según su ley nacional, si la causa de la incapacidad no estuviese reconocida en la legislación española. Esta regla no se aplicará a los contratos relativos a inmuebles situados en el extranjero”.

El Anteproyecto asume una nueva redacción: “serán válidos a efectos del ordenamiento jurídico español, los contratos onerosos celebrados en España por extranjero que no pueda contratar según su ley nacional, si la causa de ello no estuviera reconocida en la legislación española. Esta regla no se aplicará a los contratos relativos a inmuebles situados en el extranjero”.

La modificación es puramente terminológica y, por lo demás, adecuada y coherente con la filosofía que inspira la Convención y con las finalidades perseguidas por la reforma.

5.2 Adquisición de la nacionalidad y opción por una vecindad civil



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Conforme al texto vigente “esta declaración de opción se formulará, atendiendo a la capacidad del interesado para adquirir la nacionalidad, por el propio optante, por sí o asistido de su representante legal, o por este último. Cuando la adquisición de la nacionalidad se haga por declaración o a petición del representante legal, la autorización necesaria deberá determinar la vecindad civil por la que se ha de optar”.

El Anteproyecto dispone que “esta declaración de opción se formulará, según los casos, por el propio optante, solo o con los apoyos que, en su caso, precise, o por su representante legal. Cuando la adquisición de la nacionalidad se haga por declaración o a petición del representante legal, la autorización necesaria deberá determinar la vecindad civil por la que se ha de optar”.

De nuevo nos encontramos con una adaptación terminológica acorde con los objetivos de la reforma

5.3 Adquisición de la nacionalidad española

Frente al texto vigente (art. 20.1.b) que regula la opción y se refiere al incapacitado y a su representante legal, conforme al Anteproyecto puede optar “el interesado con discapacidad con los apoyos que, en su caso, precise”.

En el mismo sentido se modifica el ar. 21.3 CC en relación con la adquisición de la nacionalidad por carta de naturaleza y el art. 22.2 c en cuanto a la adquisición de nacionalidad por residencia.

De nuevo se trata de modificaciones acordes con el espíritu del Convenio de 2006.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

5.4 Separación, nulidad y divorcio

Conforme al texto vigente del art. 81 CC “se decretará judicialmente la separación cuando existan hijos menores no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente que dependan de sus progenitores, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio”.

El Anteproyecto adapta de nuevo correctamente la terminología empleada, disponiendo que “se decretará judicialmente la separación cuando existan hijos menores no emancipados o mayores respecto de los que se hayan establecido judicialmente medidas de apoyo atribuidas a sus progenitores, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio”

Con la misma finalidad se adaptan los términos del apartado segundo del art. 82, en el que se excluye la posibilidad de separación ante Notario o Secretario “cuando existan hijos menores no emancipados o mayores respecto de los que se hayan establecido judicialmente medidas de apoyo atribuidas a sus progenitores”

El Anteproyecto añade un segundo párrafo al art. 91 CC del siguiente tenor: “cuando al tiempo de la separación, divorcio o nulidad existieran hijos comunes mayores de diecisiete años que se hallasen en situación de necesitar medidas de apoyo por razón de su discapacidad, la sentencia correspondiente, previa audiencia del menor, resolverá también sobre el establecimiento y modo de ejercicio de éstas, las cuales, en su caso, entrarán en vigor cuando el hijo alcance los dieciocho años de edad. En estos casos la legitimación para instarlas, las especialidades de prueba y el contenido de la sentencia se regirán por lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento civil acerca de la provisión judicial de medidas de apoyo a las personas con discapacidad”.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Esta previsión tiene su trasunto procesal en la proyectada regla 8a del art. 770 LEC “en los procesos matrimoniales en que existieran hijos comunes mayores de diecisiete años que se hallasen en situación de necesitar medidas de apoyo por razón de su discapacidad, se seguirán los trámites establecidos en esta ley para los procesos para la adopción judicial de medidas de apoyo a una persona con discapacidad”.

Partiendo de lo acertado de esta nueva previsión en cuanto al contenido de las sentencias de separación, nulidad y divorcio, se sugiere que se amplíe su ámbito de aplicación utilizando una fórmula más flexible, que, en atención a las concretas circunstancias concurrentes, permita su aplicación a menores de menos de diecisiete años, al entender que la necesidad de abordar su situación puede ser idéntica.

En este sentido, la Propuesta de 2012 sugirió incorporar un precepto con la siguiente redacción: “la provisión de un sistema de apoyos para el ejercicio de su capacidad jurídica solo podrá ser determinada respecto de personas mayores de edad o emancipadas.

No obstante, el juez podrá establecer medidas de apoyo para un menor de edad, a solicitud de persona con interés legítimo, cuando lo estimase necesario para la adecuada defensa de los intereses del menor. Tales medidas habrán de ser revisadas cuando la persona alcance la mayoría de edad o interese su emancipación”.

En el art. 94 CC al regular el derecho de visitas, se introduce un nuevo párrafo en el que se dispone que “respecto de los hijos con discapacidad mayores de edad o



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

emancipados que no estén en condiciones de decidirlo por sí solos, el progenitor que no los tenga en su compañía podrá solicitar en el mismo procedimiento de separación o divorcio, que se establezca el modo en que se ejercitará el derecho previsto en el párrafo anterior. La autoridad judicial adoptará la resolución que proceda, previa audiencia del hijo y del Ministerio Fiscal”.

De nuevo parece acertada la nueva previsión, así como la expresa referencia a la audiencia del Ministerio Fiscal. Desde el punto de vista de la economía procesal, no cabe duda de la conveniencia de resolver este punto en la sentencia de separación o divorcio.

En relación con la atribución del domicilio familiar, el art. 96, conforme a la redacción del Anteproyecto incorpora la previsión de que “en defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por la autoridad judicial, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario de ella corresponderá a los hijos comunes menores de edad y al cónyuge en cuya compañía queden, hasta que todos aquellos alcancen la mayoría de edad. Si entre los hijos hubiera alguno en una situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar después de su mayoría de edad, la autoridad judicial determinará el plazo de duración de ese derecho.

A los efectos del párrafo anterior, los hijos comunes mayores de edad que al tiempo de la nulidad, separación o divorcio precisaren de medidas de apoyo que hicieran conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar, se equiparan a los hijos menores que se hallen en la misma situación”.

El precepto claramente se inspira en la protección del interés de la persona en situación de discapacidad que puede seguir necesitando la continuación en el uso



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

de la vivienda familiar con independencia de que haya rebasado o no la mayoría de edad y por tanto, merece una valoración positiva.

Ahora bien, esa finalidad de protección que persigue la norma no implica que el Juez esté obligado a fijar el plazo de atribución de la vivienda, toda vez que la medida tendrá que venir condicionada por la valoración de la intensidad del apoyo que resulte necesario. Por ello, se considera más adecuado que el primer párrafo del art. 96 se complete con un inciso del siguiente tenor literal: "La autoridad judicial así lo establecerá fijando, en su caso y en función del grado de intensidad del apoyo que precise, un plazo de duración determinado".

5.5 Filiación

Las modificaciones que incorpora el Anteproyecto en el art. 112 (efectos de la filiación) son meramente terminológicas y conformes al Convenio de 2006.

El art. 121 proyectado regula el reconocimiento otorgado por personas mayores de edad respecto de las que hayan establecido medidas de apoyo. La solución que se propone parece correcta: se estará 1) a lo que resulte de la resolución judicial que las haya establecido y si nada se ha establecido 2) se instruirá, en los términos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil, el correspondiente incidente de modificación de las medidas de apoyo judicialmente adoptadas para completarlas a este fin.

En efecto, la gravedad de esta decisión y sus efectos tanto en la esfera personal como en la patrimonial de quien reconoce exige un expreso pronunciamiento judicial en el que se ponderen todos los factores concurrentes.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

El párrafo segundo del proyectado art. 124 establece que “el consentimiento para la eficacia del reconocimiento de la persona mayor con discapacidad se prestará por esta, salvo que otra cosa resulte de la resolución judicial que haya establecido las medidas de apoyo”.

Sustituye esta disposición a la actualmente vigente: “la eficacia del reconocimiento del menor o incapaz requerirá el consentimiento expreso de su representante legal o la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal y del progenitor legalmente conocido”.

La nueva regulación propuesta es sin duda más respetuosa con el nuevo enfoque de derechos humanos en relación con la persona mayor con discapacidad.

El art. 125 CC vigente dispone que “cuando los progenitores del menor o incapaz fueren hermanos o consanguíneos en línea recta, legalmente determinada la filiación respecto de uno, sólo podrá quedar determinada legalmente respecto del otro, previa autorización judicial que se otorgará, con audiencia del Ministerio Fiscal, cuando convenga al menor o incapaz”.

En el texto proyectado se suprime la referencia al incapaz. Consiguientemente, no se somete a ninguna cautela el reconocimiento simultáneo de los progenitores hermanos a la persona con discapacidad. Entendemos que debiera reconsiderarse esta supresión de las cautelas, pues este reconocimiento puede ser -igual que ocurre con el que afecta a un menor- contrario al interés de la persona discapacitada.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

En este sentido, la Propuesta de 2012 sugirió la siguiente redacción: “cuando los progenitores del menor o persona con limitación en el ejercicio de su capacidad fueren hermanos o consanguíneos en línea recta, legalmente determinada la filiación respecto de uno, sólo podrá quedar determinada legalmente respecto del otro, previa autorización judicial que se otorgará, con audiencia del Ministerio Fiscal, cuando convenga a aquellos”.

En relación con la impugnación de la filiación paterna, el Anteproyecto modifica los apartados 1 y 2 del artículo 137, que quedan con la siguiente redacción:

“1. La paternidad podrá ser impugnada por el hijo durante el año siguiente a la inscripción de la filiación.

Si fuere menor o persona con discapacidad con medidas de apoyo dispuestas judicialmente que exijan la actuación de curador para impugnarla, el plazo del año se contará desde la mayoría de edad o desde la extinción de las medidas de apoyo.

El ejercicio de la acción en interés del hijo que sea menor, corresponderá, asimismo, durante el año siguiente a la inscripción de la filiación, a la madre que ostente la patria protestad, a su representante legal o al Ministerio Fiscal.

Si se tratare de persona con discapacidad, el curador facultado para ello o, en su defecto, el Ministerio Fiscal, podrán ejercitar la acción de impugnación durante el año siguiente a la inscripción de la filiación.

2. Si el hijo, pese a haber transcurrido más de un año desde la inscripción en el registro, desde su mayoría de edad o desde la extinción de la medida de apoyo, desconociera la falta de paternidad biológica de quien aparece inscrito como su progenitor, el cómputo del plazo de un año comenzará a contar desde que tuviera tal conocimiento.”



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

El texto vigente dispone que: “1. La paternidad podrá ser impugnada por el hijo durante el año siguiente a la inscripción de la filiación. Si fuere menor o tuviere la capacidad modificada judicialmente, el plazo contará desde que alcance la mayoría de edad o recobrar capacidad suficiente a tales efectos.

El ejercicio de la acción, en interés del hijo que sea menor o tuviere la capacidad modificada judicialmente, corresponderá, asimismo, durante el año siguiente a la inscripción de la filiación, a la madre que ostente la patria potestad, a su representante legal o al Ministerio Fiscal.

2. Si el hijo, pese a haber transcurrido más de un año desde la inscripción en el registro, desde su mayoría de edad o desde la recuperación de la capacidad suficiente a tales efectos, desconociera la falta de paternidad biológica de quien aparece inscrito como su progenitor, el cómputo del plazo de un año comenzará a contar desde que tuviera tal conocimiento”.

De nuevo entendemos se regula la cuestión respecto de la persona con discapacidad con pleno respeto a sus derechos.

5.6 Patria potestad

El vigente párrafo quinto del art. 156 CC dispone que “en defecto o por ausencia, incapacidad o imposibilidad de uno de los padres, la patria potestad será ejercida exclusivamente por el otro”.

El Anteproyecto este precepto, estableciendo que “en defecto, o por ausencia o imposibilidad de uno de los progenitores, la patria potestad será ejercida exclusivamente por el otro”.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

De nuevo se suprimen restricciones para las personas con discapacidad en coherencia con el nuevo enfoque derivado del Convenio de 2006. Con la regulación proyectada, la mera concurrencia de una discapacidad no determinará automáticamente la inhabilitación para ejercer la patria potestad.

5.7 Tutela y guarda de los menores

El vigente art. 222 CC dispone que “estarán sujetos a tutela:

- 1º) Los menores no emancipados que no estén bajo la patria potestad.
- 2º) Los incapacitados, cuando la sentencia lo haya establecido.
- 3º) Los sujetos a la patria potestad prorrogada, al cesar ésta, salvo que proceda la curatela.
- 4º) Los menores que se hallen en situación de desamparo”.

El Anteproyecto restringe notablemente el ámbito de la tutela pues en su art. 199 dispone que “quedan sujetos a tutela:

- 1º Los menores no emancipados en situación de desamparo.
- 2º Los menores no emancipados no sujetos a patria potestad”.

De nuevo, se trata de respetar los derechos de los discapacitados, eliminando del ámbito de la discapacidad la tutela, pues como subraya la Exposición de Motivos, son “figuras demasiado rígidas y poco adaptadas al sistema de protección de las personas adultas con discapacidad que ahora se propone”.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

La limitación de la tutela para los menores visualiza, y ello es igualmente positivo, que no pueden equipararse en su tratamiento jurídico a los menores y a las personas con discapacidad.

El artículo 216 del Anteproyecto establece que no podrán ser tutores “Los que hubieren sido legalmente removidos de una tutela, curatela o guarda anterior”. Se considera necesario, sin embargo, la previsión de un mecanismo que permita su acceso al Registro Civil, permitiendo con ello que la remoción pueda ser conocida, lo que actualmente solo ocurre en los casos en los que haya sido acordada en el ámbito penal.

El art. 217 regula las personas que no pueden ser tutor, apreciándose la necesidad de precisar en su apartado segundo que la sentencia de condena habrá de ser firme. Además, se considera necesario añadir en este mismo apartado la siguiente precisión: “y, en todo caso, a quien haya sido condenado por el delito de administración desleal de patrimonios ajenos del art. 252 CP”.

En el apartado tercero de este artículo resultaría oportuno determinar más precisamente el alcance de la “declaración como culpable de un concurso” incluyendo, además, aquellas declaraciones de concursos que lleven consigo la sustitución de las facultades de administración durante la tramitación del procedimiento concursal.

Finalmente, el apartado cuarto de este art. 217 debería precisar el alcance del conflicto de intereses que inhabilita para la tutela (personal, económico o de otro tipo).



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

El artículo 218.2º, por su parte, al regular los supuestos en los que la tutela puede ser ejercida por más de un tutor, hace referencia a los casos en los que se considere conveniente que el cónyuge del tutor ejerza también la tutela. Se considera oportuno, sin embargo, que se incluyan también en este caso a los asimilados al cónyuge.

El proyectado art. 200 dispone que “las funciones tutelares constituyen un deber, se ejercerán en beneficio del tutelado y estarán bajo la salvaguarda de la autoridad judicial.

Las medidas y disposiciones previstas en el artículo 158 podrán ser acordadas también por el Juez, de oficio o a instancia de cualquier interesado, en todos los supuestos de tutela de menores, en cuanto lo requiera el interés de éstos”.

El vigente art. 216 dispone que “las medidas y disposiciones previstas en el art. 158 de este Código podrán ser acordadas también por el Juez, de oficio o a instancia de cualquier interesado, en todos los supuestos de tutela o guarda, de hecho o de derecho, de menores e incapaces, en cuanto lo requiera el interés de éstos”.

Se suprime, en definitiva, la posibilidad de aplicar medidas cautelares de protección conforme al art. 158 CC a las personas con discapacidad. Creemos que debiera mantenerse tal posibilidad, con las prevenciones que se estimen necesarias para respetar la autonomía y los derechos de la persona con discapacidad. Las previsiones del art. 158, en interés del menor (y en su caso del discapacitado) permiten en la práctica resolver numerosos problemas que requieren una solución cautelar urgente.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Como solución alternativa, se sugiere la incorporación de un precepto similar al contenido en la Propuesta de 2012, que establecía que “cuando razones de urgencia o de necesidad lo aconsejen, la autoridad judicial adoptará de oficio, o a instancias de persona física o jurídica con interés legítimo, o del Ministerio Fiscal, las medidas que estime precisas para garantizar la protección de los intereses o derechos de la persona con discapacidad, o determinar, en caso necesario, la prestación de cuidados y alimentos. Siempre será preciso oír a la persona destinataria de las medidas de apoyo e intentar concretar sus preferencias y voluntad, disponiendo a tal fin de todos los medios que permitan concretar sus preferencias y voluntad.

Adoptadas estas medidas con carácter urgente se pondrán en conocimiento del Ministerio Fiscal por si fuese preciso iniciar los trámites ordinarios para la adopción de nuevas medidas de apoyo con mayores garantías”.

El Anteproyecto modifica los arts. 201 y ss CC para suprimir en la regulación de la tutela las referencias al incapaz, en coherencia con su propósito de limitar el ámbito de esta institución de protección, en términos que se consideran correctos.

En relación con el art. 223, se considera oportuno incluir, como causa específica de remoción del tutor del menor, el acogimiento familiar, que dará lugar a que, cuando no exista causa fundada que lo desaconseje, los acogedores sean nombrados nuevos tutores.

En el art. 233 se regula la responsabilidad del tutor por los daños causados por culpa o negligencia en el desempeño de su cargo. Resultaría conveniente precisar la fecha inicial para el cómputo de la prescripción de la acción, que podría ser el momento en que el tutelado alcanzara la mayoría de edad.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

El art. 236, señala: “Cautelarmente, mientras se mantenga la situación de guarda de hecho y hasta que se constituya la medida de protección adecuada, si procediera, se podrán otorgar judicialmente facultades tutelares a los guardadores”. Tal y como está redactado el precepto, la expresión “si procediera” podría dar lugar a una guarda de hecho indefinida hasta que el menor alcanzara la mayoría de edad, coexistiendo con una patria potestad de los progenitores o con una tutela del menor.

Esta coexistencia de instituciones sólo sería viable cuando los padres o el tutor consientan expresamente que el menor quede bajo el amparo del guardador de hecho (el menor que vive con un familiar, por ejemplo). Fuera de estos casos, debería hacerse mención expresa a la obligación del Ministerio Fiscal de evitar esta duplicidad de instituciones con reforma del último párrafo.

En los demás casos, el guardador de hecho podrá y el Ministerio Fiscal deberá promover la privación o suspensión de la patria potestad, remoción de la tutela o el nombramiento de tutor, salvo que los titulares de la patria potestad consintieren expresamente la continuidad de la guarda de hecho en beneficio del menor.

5.8 Medidas de apoyo a las personas con discapacidad

5.8.1 Principios

El art. 248 proyectado contiene los principios generales que deben inspirar todo el sistema de asistencia a las personas con discapacidad:



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

“Constituye el objeto del presente título la regulación de las medidas de apoyo necesarias para que las personas mayores de edad o emancipadas que las precisen para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica puedan desarrollar plenamente su personalidad y desenvolverse jurídicamente en condiciones de igualdad.

Las medidas de apoyo deberán estar inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales. Las de origen legal o judicial solo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate. Todas ellas deberán ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad.

Las personas que presten apoyo deberán actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera. Igualmente procurarán que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias. Asimismo fomentarán que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro”.

Entendemos que estos principios son acordes con los marcados por el Convenio de 2006.

El inciso “las de origen legal o judicial solo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate” es oscuro. El prelegislador quiere resaltar que ha de atenderse preferentemente a la voluntad del discapaz a la hora de establecer las medidas de asistencia. Esto puede decirse con mayor claridad: “las medidas de origen legal o judicial solo procederán en defecto o insuficiencia de las medidas decididas por el propio discapacitado”.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Finalmente, desde un punto de vista sistemático se considera oportuno incluir dentro del Capítulo I, relativo a las “Disposiciones generales” del Título I, “De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad”, el contenido del actual artículo 216, párrafo segundo. Se trata de un precepto que protege, haciendo una remisión al art. 158, tanto a las personas con discapacidad como a los menores, por lo que resultaría más adecuado su inclusión junto al art. 253.

5.8.2 Modalidades

El artículo 249 dispone que “las instituciones de apoyo a la persona con discapacidad son la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial”. Se suprime por tanto cualquier referencia a la tutela.

El párrafo segundo de este artículo resulta poco claro en su redacción cuando afirma: “Guardador de hecho es la persona que ejerce el apoyo de otra con discapacidad, sin que existan medidas voluntarias o judiciales que se estén aplicando eficazmente”. Debería precisarse que la guarda de hecho puede ejercerse aunque existan esas medidas, lo que ocurrirá cuando las mismas no se ejerzan de modo eficaz. Esta situación podría conllevar el incidente de modificación en el caso de medidas establecidas judicialmente.

Debiera reflexionarse sobre la conveniencia de introducir un modelo intermedio de asistencia como el que se recoge en el Código Civil de Cataluña, cuyo art. 226-1 dispone que “la persona mayor de edad que lo necesite para cuidar de ella misma o de sus bienes, debido a la disminución no incapacitante de sus facultades físicas o psíquicas, puede solicitar a la autoridad judicial el nombramiento de un asistente,



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

de acuerdo con lo establecido por el presente capítulo, por el procedimiento de jurisdicción voluntaria”. En cuanto al contenido de esta figura se regula en el art. 226-2: 1. “en la resolución de nombramiento, la autoridad judicial determina el ámbito personal o patrimonial de la asistencia y los intereses de los que debe cuidar el asistente.

2. En el ámbito personal, el asistente debe velar por el bienestar de la persona asistida, respetando plenamente su voluntad y sus opciones personales”.

Ello, no obstante, la falta de rigidez que habrá de resultar de la nueva regulación podría hacer innecesario este modelo intermedio.

En relación con este art. 249 se valora positivamente la distinción entre la curatela y el defensor judicial, pero se prevé un defensor judicial para casos recurrentes que desdibuja la diferencia entre ambas instituciones.

No se entiende la distinción entre el apoyo brindado por el curador y el del defensor judicial en los casos de apoyo recurrente, pues en los dos se aprecia la misma nota de permanencia en el tiempo, basándose la distinción exclusivamente en la cadencia del apoyo. Así, la curatela se aplicará a quienes precisen apoyo de modo continuado y el defensor judicial cuando la necesidad de apoyo se precise de forma ocasional, aunque sea recurrente.

Según la RAE ocasional es lo que solo ocurre o actúa en alguna ocasión y recurrente lo que vuelve a ocurrir o a aparecer, especialmente después de un intervalo. En su consecuencia, se propone que el defensor judicial quede circunscrito exclusivamente a las situaciones de apoyo “ocasional” y que se sustituya el término ocasional por el de puntual.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Por el contrario, la curatela deberá abarcar tanto la necesidad de apoyo continuado como la necesidad de apoyo recurrente, pues ambas comparten la misma característica esencial de continuidad en el tiempo, diferenciándose tan solo por la cadencia del apoyo.

5.8.3 Supresión de la patria potestad prorrogada

El Anteproyecto suprime el art. 171 CC, relativo a la patria potestad prorrogada. La Exposición de Motivos del Anteproyecto explica la supresión de modo convincente: “se eliminan del ámbito de la discapacidad, no sólo la tutela, sino también la patria potestad prorrogada y la patria potestad rehabilitada, figuras demasiado rígidas y poco adaptadas al sistema de protección de las personas adultas con discapacidad que ahora se propone. En este sentido, conviene recordar que las nuevas concepciones sobre la autonomía de las personas con discapacidad ponen en duda que los progenitores sean siempre las personas más adecuadas para favorecer que el hijo adulto con discapacidad logre adquirir el mayor grado de independencia posible y se prepare para vivir en el futuro sin la presencia de sus progenitores que, en la mayor parte de los casos, morirán antes que él; a lo que se añade que cuando los progenitores se hacen mayores, a veces esa patria potestad prorrogada o rehabilitada puede convertirse en una carga demasiado gravosa. Es por ello que en la nueva regulación, cuando el menor con discapacidad llegue a la mayoría de edad se le prestarán los apoyos que necesite del mismo modo y por el mismo medio que a cualquier adulto que los requiera”.

El art. 250 regula el mecanismo que sustituye a la patria potestad prorrogada: “cuando se prevea razonablemente en el año anterior a la mayoría de edad que un menor sujeto a patria potestad o a tutela pueda, después de alcanzada aquella, precisar de apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica, la autoridad judicial, a



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

petición de los progenitores, del tutor o del Ministerio Fiscal podrá acordar, si lo estima necesario, la procedencia de la curatela o el nombramiento de un defensor judicial para cuando concluya la minoría de edad. Estas medidas se adoptarán en todo caso dando participación al menor en el proceso y atendiendo a su voluntad, deseos y preferencias”.

Esta novedad es coherente con los principios de la Convención, y ya había sido asumida por el TS. En efecto, la STS de 20 de octubre de 2014 “la medida de rehabilitación de la patria potestad aplicada a una persona mayor de edad [...] se opone a las medidas de apoyo que sirven para complementar la capacidad en cada caso, según la Convención [...]”.

La referencia que el precepto hace al año anterior a la mayoría de edad, sin embargo, podría ampliarse a los dos años anteriores a la mayoría de edad, teniendo en cuenta los posibles retrasos de tramitación que pudieran producirse en los juzgados. Sin dejar de valorar positivamente la finalidad de evitar que padres de un hijo de corta edad pudieran recurrir prematuramente a este procedimiento, el establecimiento del plazo de los dos años anteriores a la mayoría de edad contribuiría a asegurar la finalidad que se pretende, teniendo en cuenta, además, que ya con esa edad se puede fijar el alcance de los apoyos que pueden resultar necesarios, en función de las habilidades que el menor no pueda ya manejar por sí mismo.

5.8.4 Autocuratela

La regulación de la autocuratela también se considera en general acertada y acorde con la nueva filosofía que preside la materia. No obstante, debiera



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

precisarse si las normas generales que regulan la curatela vinculan al disponente o si por el contrario deben considerarse derecho dispositivo.

El art. 270 proyectado dispone que “la autoridad judicial podrá prescindir total o parcialmente de las mismas, de oficio o a instancia de las personas llamadas por ley a ejercer la curatela o del Ministerio Fiscal, y siempre mediante resolución motivada, si existen circunstancias graves desconocidas por quien las estableció, o alteración de las causas expresadas por él mismo o que presumiblemente tuvo en cuenta en sus disposiciones”. Entendemos que los supuestos que permiten prescindir parcialmente de las disposiciones son demasiado rígidos. Debieran introducirse parámetros de mayor flexibilidad para permitir la modificación de estas disposiciones, subordinándola a que concurra causa suficientemente justificada, al máximo respeto posible a la voluntad del disponente y en atención al interés de la persona discapacitada.

5.9 Guarda de hecho de personas con discapacidad

Como ya se adelantó, se regula por separado esta guarda de hecho de la que se ejerce sobre menores. El texto implica sin duda un mejor aprovechamiento de esta institución, que la práctica revela como muy útil en un buen número de supuestos de atención a personas con discapacidad.

Es por ello correcto que se configure como una situación permanente cuando se manifiesta como suficiente y adecuada para la salvaguarda de los derechos de la persona con discapacidad.

La regulación del Anteproyecto está en la línea del *Allgemeines Bürgerliches Grundbuch* austriaco, que en su parágrafo el 268.2 considera improcedente el



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

nombramiento de curador si la persona con discapacidad está suficientemente atendida, especialmente por la familia.

El Anteproyecto debe interpretarse en la línea de lo propuesto por el Grupo Ética y Legislación de la Asociación Española de Neuropsiquiatría que en su documento *sobre la reforma de la legislación civil en materia de protección de personas con discapacidad*, de marzo de 2015 mantiene que “la Guarda de Hecho debe ser contemplada hoy con normalidad, como una más de las instituciones de protección de las personas con discapacidad”.

Es cierto que como explica la Exposición de Motivos “la realidad demuestra que en muchos supuestos la persona con discapacidad está adecuadamente atendida 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”.

Por ello se considera también muy acertada la nueva previsión de que cuando se requiera al guardador que acredite la representación, se pueda obtener una autorización judicial específica sin necesidad de abrir un proceso de provisión de apoyos en toda su amplitud.

En esta regulación general de autorizaciones judiciales en la guarda de hecho se introducen dos regímenes específicos que, entendemos, se justifican suficientemente: 1) autorización obligatoria: deberá recabarse autorización judicial en todo caso para prestar consentimiento en los actos que impliquen riesgo para la vida, la integridad física o la libertad de la persona a su cuidado, cuando esta no



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

pueda prestarlo 2) exención de autorización: no será necesaria autorización judicial cuando el guardador solicite una prestación pública a favor de la persona con discapacidad o realice actos jurídicos sobre bienes de ésta que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar.

En la regulación prevista en el artículo 261 se considera oportuno, sin embargo, introducir una reflexión acerca de la necesidad imperativa de nombrar un curador para la realización de actos de disposición porque no le resulte suficiente al guardador de hecho con la autorización judicial. Piénsese, por ejemplo, en el caso de la venta de un bien para pagar la residencia en la que la persona con discapacidad se halla ingresada.

Por otra parte, el tercer párrafo de este precepto resulta confuso por su indeterminación y puede entrar en conflicto con lo previsto en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, *básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica*. Debe recordarse que esta ley detalla cómo se forma ese consentimiento si la persona no puede decidir por sí.

Finalmente, la expresión “escasa relevancia económica” que emplea el art. 261 podría pecar de excesiva indeterminación, considerándose oportuno fijar una cuantía de 400 euros para actos puntuales o un límite anual, referido a un sistema objetivo vinculado al salario mínimo interprofesional o a cualquier otro índice.

Conforme al art. 263 proyectado “a través de un expediente de jurisdicción voluntaria, la autoridad judicial podrá requerir al guardador en cualquier momento, de oficio o a instancia de cualquier interesado, para que informe de su actuación, y establecer las salvaguardias que estime necesarias”.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Entendemos que debe expresamente preverse la legitimación del Ministerio Fiscal para promover tal requerimiento, precisando sus posibilidades de actuación. De igual manera, debería precisarse más el concepto de “cualquier interesado”, al entenderse que peca de demasiada indeterminación.

Se ha planteado la conveniencia de que, dada la amplitud con la que la nueva regulación configura la guarda de hecho, se incorpore la obligación de que se ponga en conocimiento del Juez la existencia de la misma, como mecanismo de control adicional. En este sentido, el art. 157 del Código de Derecho Foral de Aragón dispone que “el guardador debe poner el hecho de la guarda en conocimiento del Juez o del Ministerio fiscal”.

Sin embargo, parece adecuada la opción del Anteproyecto de no establecer tal obligación. En la regulación del Anteproyecto la guarda de hecho pierde su configuración como situación sospechosa que debe ser controlada. Cabrá la posibilidad de control a través del requerimiento del art. 263 proyectado, pero no es procedente ni necesario un control automático y por sistema.

Se considera igualmente positivo que el Anteproyecto termine con el debate sobre si la guarda de hecho es una mera situación de hecho o una verdadera institución. En efecto, expresamente la Exposición de Motivos declara que la guarda de hecho “se transforma en una propia institución jurídica de apoyo” y el art. 261 asume la continuidad de la función, por lo que se abandona la concepción de la guarda de hecho como situación provisional.

Aunque, como se ha expuesto, la regulación de la guarda en el Anteproyecto es mucho más detallada que en el régimen vigente, la modificación de su naturaleza y



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

su configuración como institución de apoyo exige un régimen jurídico aún más completo. En este sentido, debiera aclararse si son aplicables supletoriamente las normas (o algunas de las normas) previstas para la curatela.

5.10 La curatela

La curatela se concibe en el Anteproyecto como la institución clave para asistir al discapacitado, configurándola como una institución flexible y de contornos amplios. La Exposición de Motivos resalta que “el propio significado de la palabra curatela – cuidado–, revela la finalidad de la institución: asistencia, apoyo, ayuda; por tanto, como principio de actuación y en la línea de excluir en lo posible las figuras de naturaleza representativa, la curatela será, primordialmente, de naturaleza asistencial. No obstante, en los casos en los que sea preciso, será posible atribuir al curador funciones representativas, que solo de manera excepcional y ante casos especialmente graves de discapacidad, podrán tener alcance general”.

Ya la Instrucción 3/2010, de 29 de noviembre, *sobre la necesaria fundamentación individualizada de las medidas de protección o apoyo en los procedimientos sobre determinación de la capacidad de las personas* declaraba que “la curatela interpretada a la luz de la Convención, adaptada al principio del superior interés de las personas con discapacidad, constituye el instrumento actual más idóneo para dotar del apoyo y asistencia precisos para complementar las necesidades de aquellas.

La curatela ofrece al juez un mecanismo eficaz para determinar las medidas de apoyo que permitan a las personas con discapacidad ejercer su capacidad jurídica. Esta institución está constituida por un marco graduable y abierto de posibilidades, en función de las necesidades y circunstancias precisas para la toma de



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

decisiones. Ya no se trata de hacer un traje a medida de la persona con discapacidad, sino de hacer los trajes a medida que hagan falta”.

Esta pauta interpretativa fue ya empleada por la Fiscalía del Tribunal Supremo en el dictamen que condujo a la trascendental STS de 29 de abril de 2009.

La curatela queda diseñada en el Anteproyecto como una institución de apoyo exclusiva de las personas con discapacidad. El Anteproyecto la excluye para la emancipación y para la prodigalidad. En el Derecho vigente, el emancipado y el pródigo son asistidos por un curador (art. 286 CC). En el Anteproyecto el emancipado está asistido por un defensor judicial (art. 246), y el pródigo por un asistente (art. 299).

Como observación general podría decirse que en el nuevo diseño que el Anteproyecto hace de la curatela, pueden tener cabida todos los supuestos de discapacidad. La curatela de mayor intensidad incluiría la sustitución de la voluntad de la persona con discapacidad, y su consiguiente representación. También puede abarcar supuestos de menor intensidad, que comprendería actuaciones de mera asistencia.

No obstante, se echa en falta una distinción de los distintos tipos de curatela por categorías sistematizadas desde la de mayor intensidad (curatela de representación) a la de menos intensidad (de acompañamiento), así como la curatela personal o patrimonial. Igualmente, se echa en falta la regulación de la legitimación activa para instar el procedimiento de provisión de apoyos, que pasa a estar regulado ahora en la LEC.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

El proyectado art. 266 recoge sus bases: las medidas serán proporcionadas a las necesidades de la persona que las precise, respetarán siempre la máxima autonomía de esta en el ejercicio de su capacidad jurídica y atenderán en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias. Además, se obliga a revisar periódicamente las medidas adoptadas en un plazo máximo de tres años.

La necesidad de revisión periódica deriva también de la Convención de 2006: no son válidas decisiones sin fecha de caducidad, permanentes, sino que deben someterse a un proceso de revisión permanente. Es necesario que las medidas “estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial” (art. 12.4 de la Convención).

En cuanto al plazo máximo de tres años debe tenerse presente que esa revisión trianual periódica y automática va a suponer una adicional carga de trabajo para Jueces y Fiscales. Quizás debieran establecerse plazos más espaciados, teniendo en cuenta la amplia legitimación que se concede para promover en cualquier momento la revisión de las medidas acordadas.

Además de la fijación de un plazo de tres años para la revisión periódica de las medidas adoptadas, debería añadirse: “o cuando lo solicite alguna de las personas legitimadas para promover el procedimiento de provisión de apoyos”.

La clave de la institución aparece en el art. 267: la autoridad judicial determinará los actos para los que la persona requiera la intervención del curador, según sus concretas necesidades.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

En el párrafo segundo del art. 267 se detecta un error gramatical: se dice “atendiendo a sus concretas necesidades de apoyó”, acentuando improcedentemente esta última palabra.

La representación del discapacitado solo se prevé para actos excepcionales (art. 267), de nuevo conforme con el Convenio.

En cuanto al papel de supervisión del Ministerio Fiscal, conferido en términos amplios, se considera adecuado: “el Ministerio Fiscal podrá igualmente recabar en cualquier momento la información que considere necesaria a fin de garantizar el buen funcionamiento de la curatela” (art. 268).

Los arts. 273 y siguientes regulan el nombramiento, remoción, excusa y retribución del curador, en términos que consideramos correctos, si bien, el art. 274 debería contener una mención final a la entidad pública como curadora, en defecto de todos los anteriormente nombrados. Esta cláusula residual ha permitido, en la práctica, evitar que algunas administraciones públicas se muestren reacias a la asunción de tutelas y curatelas, al establecer una obligación para las mismas.

La prohibición para el ejercicio del cargo de curador que recoge el art. 273 debería reflejar las mismas precisiones que se han señalado en relación con la prohibición del cargo de tutor.

En cuanto a la retribución de los curadores, el Anteproyecto no recoge el porcentaje dentro del cual se fijaría dicha retribución, a diferencia de lo que sucede en la legislación actual, donde se indica que será entre un 4 y un 20%. Parece conveniente fijar, al menos, el máximo de porcentaje posible. Por otra parte, no se distingue si la retribución de los curadores alcanza, tanto a las entidades públicas,



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

como a las privadas. Desde el Consejo Fiscal se considera que, puesto que todas son entidades cuyo fin es atender a las personas con discapacidad, lo razonable sería sostener que, o bien no debieran ser retribuidas por ello o, al menos, su retribución no pudiera exceder de un límite máximo.

Podría ser de interés incorporar en la regulación de las excusas, una cláusula similar a la prevista en el art. 251 de la Propuesta de 2012: “en ningún caso, la admisión de causa de excusa, o la decisión de remoción de las personas físicas o jurídicas designadas para el desempeño de los apoyos, podrá generar desprotección o indefensión a la persona que precisa dicho apoyos, debiendo la autoridad judicial garantizar la protección y defensa, actuando de oficio, mediante la colaboración necesaria de los llamados a ello, o bien, de no poder contar con estos, con la inexcusable colaboración de los organismos o entidades públicas competentes y del Ministerio Fiscal”.

También sería conveniente incorporar una cláusula similar a la del art. 252 de la Propuesta de 2012: “no concurrirán causa de excusa o remoción cuando el desempeño de los apoyos haya sido encomendado a entidad pública, sin perjuicio de determinar las responsabilidades personales que se pudiesen generar, en el caso de incumplimiento negligente o inadecuado”.

Los arts. 280 y siguientes regulan el ejercicio de la curatela en términos coherentes con la filosofía que preside la reforma.

No obstante, en el art. 280 se introduce una fórmula que induce a la confusión: se dispone que “el curador, cuando actúe con facultades representativas, deberá tener en cuenta la trayectoria vital, los valores y las creencias de la persona a la que preste apoyo”.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Entendemos que, en todo caso, el curador deberá tener en cuenta la trayectoria vital, los valores y las creencias de la persona a la que preste apoyo, no sólo cuando actúe con facultades representativas.

En el art. 281 se prevé que cuando quien desempeñe la curatela esté impedido de modo transitorio para actuar en un caso concreto, o cuando exista un conflicto de intereses ocasional entre él y la persona a quien preste apoyo, el Letrado de la Administración de Justicia nombrará un defensor judicial que lo sustituya.

En nuestra opinión, teniendo presente lo delicado de esta decisión, sería más adecuado atribuirlo a la autoridad judicial e incluir una audiencia al Ministerio Fiscal.

El último párrafo del art. 281 señala: “Si la situación de impedimento o conflicto fuera prolongada o reiterada, la autoridad judicial podrá reorganizar el funcionamiento de la curatela, e incluso proceder al nombramiento de un nuevo curador”. Resultaría conveniente añadir que la decisión de reorganizar el funcionamiento de la curatela podrá ser adoptada por el Juez, de oficio, a instancias del Ministerio Fiscal o de cualquier interesado y previa audiencia a la persona con discapacidad y al Ministerio Fiscal.

Los arts. 283 y siguientes abordan el ejercicio de la curatela en lo referente a la administración del patrimonio de la persona con discapacidad. De nuevo la regulación merece un juicio positivo. Es de destacar que el art. 288 dispone que “antes de autorizar o aprobar cualquiera de los actos comprendidos en los artículos anteriores, la autoridad judicial oirá al Ministerio Fiscal y a la persona afectada y recabará los informes que le sean solicitados o estime pertinentes”.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Parece también conforme con el ámbito funcional del Ministerio Fiscal, como genuino defensor del interés de la persona con discapacidad, que se le de intervención en los supuestos de operaciones que por su trascendencia deben ser autorizadas por el Juez.

Sí debiera, sin embargo, introducirse en la Ley de la Jurisdicción Voluntaria el procedimiento por el que se realizará el inventario ante notario. La regulación de esta nueva modalidad en el art. 283 y la falta de modificación del artículo 47 de la referida Ley parece indicar que quien aprueba definitivamente el inventario, aunque este se haya realizado ante notario, será el Letrado de la Administración de Justicia.

Sin duda, uno de los extremos de mayor relevancia dentro de la regulación del Anteproyecto es el de los supuestos de autorización judicial del curador representativo, recogidos en el artículo 285. Si bien su redacción es prácticamente una reproducción del actual artículo 271, no se hace una referencia específica a la autorización judicial que precisa el curador para el internamiento de la persona con discapacidad. Es cierto que el primer apartado del artículo establece una cláusula genérica relativa a *actos de trascendencia personal o familiar* y que podría sostenerse que el ingreso involuntario en un centro sociosanitario o de otra naturaleza es evidentemente un acto de trascendencia personal, pero convendría concretar el supuesto para evitar interpretaciones erróneas. En la actualidad es elevado el volumen de población ingresada en residencias de mayores sin autorización ni control judicial y las resoluciones judiciales son en muchos casos contradictorias. Ello, unido al mantenimiento de la actual redacción del artículo 763 de la LEC, convertirá la práctica en un panorama aún más preocupante, pues ya no habrá ningún precepto que recoja de modo claro -como sí lo hay ahora- que el curador con funciones de representación -ahora tutor- requiere autorización judicial



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

para el ingreso. Resulta obvio que queda afectado el derecho fundamental a la libertad del que no puede decidir y, de ahí, que resulte precisa esa autorización.

Por otra parte, el concepto jurídico indeterminado de actos de trascendencia personal debería precisarse contemplando cuáles qué actos merecen esa consideración e incluyendo, entre ellos, el ingreso no voluntario en centros terapéuticos o de carácter sociosanitario.

En la regulación del propio art. 285 debe también cuestionarse que se establezca una relación de actos para los que *en todo caso* precisará de autorización judicial el curador representativo. La expresión “en todo caso” se aviene mal con la esencia del sistema de apoyos o con el denominado “traje a medida” de la persona con discapacidad. Con esta redacción, el artículo está pensando en una persona que requiere representación en todos los aspectos de su vida, cuando son muchos los casos en los que el apoyo solo debe ser de ese tipo para una parte de la toma de decisiones. Por ello, el Consejo Fiscal considera que la interpretación literal del precepto casa mal con el espíritu de la reforma.

Por último, debe tenerse en cuenta que la obligación de acudir a la pública subasta puede generar un perjuicio patrimonial a la persona con discapacidad que, a través de otros medios no reglados, podría obtener un mayor beneficio. En estos casos, lo que sería objeto de autorización son las condiciones de la enajenación proyectada. Además, la referencia a la escasa relevancia económica que recoge el precepto exigiría incluir un límite anual, con un sistema objetivo referido al salario mínimo interprofesional o algún otro índice objetivo.

Finalmente, el apartado séptimo de este art. 285, incluye entre los actos del curador que precisan autorización judicial el de *Interponer demanda en nombre de la*



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

persona a la que presta apoyo, salvo en los asuntos urgentes o de escasa cuantía.
La exclusión podría limitarse de forma más precisa circunscribiéndola a las demandas que se tramitan por el juicio verbal.

La extinción de la curatela se regula en los arts. 289 a 292. De nuevo puede decirse que es correcta y coherente con la filosofía que preside la reforma.

5.11 El defensor judicial

Esta figura, se regula en los art. 293 a 295 conforme a los principios clásicos. La novedad más interesante y de nuevo acorde con los principios de la reforma es la de que puede ser nombrado “cuando la persona con discapacidad precise apoyo de forma ocasional, aunque sea recurrente”.

Es necesario precisar, en relación con el art. 293.1º que, por las mismas razones, el defensor judicial para el apoyo puntual, si es recurrente convendría el nombramiento de un curador con ese apoyo específico.

5.12 Prodigalidad

Se regula en título aparte, el XII. Ya la Exposición de Motivos explica que se regula “al margen de la discapacidad, por tratarse de una institución absolutamente ajena a ella”.

La definición que se da gana en precisión: “la prodigalidad es aquella situación en que se encuentra una persona cuya conducta se caracteriza por la habitualidad en la disipación de los bienes propios, malgastándolos de forma desordenada” (art. 298).



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

A fin de visibilizar esa separación respecto de la asistencia a las personas con discapacidad, se establece que “en la resolución que declare la prodigalidad se nombrará a la persona que haya de asistir al pródigo y determinará los actos que este no puede realizar sin el consentimiento de quien deba asistirle”, es decir, deja de llamársele a esta persona curador.

El fundamento de esta separación es, cuando menos, discutible. El pródigo es una persona que habitualmente presenta problemas psíquicos que podría recibir un tratamiento jurídico común con otras discapacidades, sin perjuicio de que sus peculiaridades pudieran ser abordadas mediante una asistencia, como medida menos intrusiva que la curatela.

Es más, si realmente se respeta la autonomía de la voluntad, no se justifica la intervención en el caso de la prodigalidad. Si una persona dilapida y malgasta de forma desordenada su patrimonio y su capacidad está afectada, entrará de lleno en los supuestos que regula el Título XI, *De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad*. Sin embargo, si su capacidad no está afectada, habrá de imperar el respeto a la libertad de quien decide libremente actuar de ese modo. Quizá la explicación a ello se encuentra en la legislación procesal (art. 757.5 LEC), puesto que se legitima activamente para solicitar la declaración de prodigalidad al cónyuge o asimilado y a los ascendientes o descendientes que perciban alimentos o se encuentren en situación de reclamárselos, así como a los representantes legales de cualquiera de ellos. La justificación de la declaración de prodigalidad en estos casos procedería, por lo tanto, para evitar que la disipación patrimonial perjudique a quienes tienen derecho efectivo de alimentos. Esa justificación debiera incluirse en la legislación sustantiva.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

5.13 Otras modificaciones

5.13.1 Posesión

El vigente art. 443 CC dispone que “los menores y los incapacitados pueden adquirir la posesión de las cosas; pero necesitan de la asistencia de sus representantes legítimos para usar de los derechos que de la posesión nazcan a su favor”.

El Anteproyecto le da la siguiente redacción: “los menores necesitan de la asistencia de sus representantes legítimos para usar de los derechos que de la posesión nazcan a su favor.

Las personas con discapacidad a cuyo favor se hayan establecido medidas de apoyo pueden usar de los derechos derivados de la posesión conforme a lo que resulte de estas”.

La Propuesta de 2012 daba al art. 443 la siguiente redacción: “los menores y las personas con discapacidad contarán con los apoyos necesarios para acceder al uso de los derechos que de la posesión nazcan a su favor”.

Entendemos que debiera mantenerse la referencia a aptitud de las personas con discapacidad para adquirir la posesión. La redacción alternativa que se propone sería la siguiente: “las personas con discapacidad a cuyo favor se hayan establecido medidas de apoyo pueden adquirir la posesión de las cosas y pueden usar de los derechos derivados de la posesión conforme a lo que resulte de dichas medidas”.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

5.13.2 Sucesiones

Conforme al vigente art. 663 CC están incapacitados para testar:

- 1º) Los menores de catorce años de uno y otro sexo.
- 2º) El que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio.

El art. 663 se redacta en el Anteproyecto como se indica a continuación: “no pueden testar:

- 1.º La persona menor de catorce años.
- 2.º La persona que en el momento del otorgamiento tenga afectadas las facultades de discernimiento necesarias para ello”.

La actualización y mejora terminológica parece clara. No obstante, nos parece preferible la redacción utilizada por la Propuesta de 2012: “No podrán testar:

- a. Los menores de catorce años.
- b. Las personas que no puedan conformar o expresar su voluntad ni aún con ayuda de medios o apoyos para ello”.

En todo caso, el precepto proyectado parte de la improcedencia de la inhabilitación judicial *ex ante* para testar, exigiendo que se analice esa capacidad en el momento de hacer el testamento, interpretación que, en tanto más adecuada a la Convención de 2006 ha sido asumida, entre otras, en la reciente STS 146/2018.

Como se desprende de las SSTS nº 146/2018, 846/2018 y 936/2018, todas ellas de 15 de marzo, el principio de presunción de capacidad, que ya resultaba de nuestro ordenamiento, ha quedado reforzado por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Conforme al vigente art. 665 CC “siempre que el incapacitado por virtud de sentencia que no contenga pronunciamiento acerca de su capacidad para testar pretenda otorgar testamento, el Notario designará dos facultativos que previamente le reconozcan y no lo autorizará sino cuando éstos respondan de su capacidad”.

El Anteproyecto da a este artículo la siguiente redacción: “si el que pretende hacer testamento se encontrara en una situación que hiciera dudar fundadamente al Notario de su aptitud para otorgarlo, antes de autorizarlo, este designará dos facultativos que previamente le reconozcan y dictaminen favorablemente sobre dicha aptitud”.

La redacción propuesta es sin duda más acorde con los postulados del Convenio de 2006.

5.13.3 Obligaciones y contratos

El vigente art. 1163 dispone que “el pago hecho a una persona incapacitada para administrar sus bienes será válido en cuanto se hubiere convertido en su utilidad”.

El Anteproyecto da una nueva redacción a este precepto, estableciendo que “el pago hecho a una persona que estuviese en situación de precisar medidas de apoyo para recibirlo, aunque estas no estuvieran establecidas, será válido en cuanto se hubiere convertido en su utilidad”.

En este caso no se trata de una simple adaptación terminológica, sino que el precepto proyectado dota de mucha más protección a las personas con discapacidad pues la subordinación de la validez a su utilidad opera exista o no



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

resolución judicial. El juicio que merece la nueva redacción en tanto supone un incremento de protección para las personas con discapacidad es claramente positivo.

El proyectado art. 1301 dispone que "la facultad de anular el contrato caducará a los cuatro años y este tiempo empezará a computarse: (...) 4º Cuando la facultad se refiera a los contratos celebrados por personas con discapacidad, desde que dejen de precisar apoyo para celebrar el contrato. En todo caso, no podrá ejercitarse pasados cinco años desde la celebración del contrato".

El Anteproyecto no solo actualiza la terminología, sino que añade un límite temporal a la acción de nulidad de contratos celebrados por personas con discapacidad: cinco años desde la celebración del contrato. La nueva previsión cuyo fundamento es -entendemos- reforzar la seguridad jurídica supone sin duda una menor protección de los intereses de las personas con discapacidad, por lo que es una novedad discutible.

Debe valorarse positivamente que la nueva redacción del precepto al emplear el término "caducará", zanja definitivamente las dudas sobre si el plazo era de prescripción o de caducidad.

El Anteproyecto en el art. 1302 otorga legitimación al Fiscal para impugnar los contratos otorgados por personas con discapacidad no sometidos a medidas de apoyo. Entendemos que tal atribución entra de lleno en las funciones que la Constitución y el EOMF asignan al Ministerio Público.



**FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL**

5.13.4 Responsabilidad extracontractual

El Anteproyecto modifica el tercer párrafo del artículo 1903 y añade un párrafo cuarto: “los tutores lo son de los perjuicios causados por los menores que están bajo su autoridad y habitan en su compañía.

Los curadores con facultades de representación plena lo son de los perjuicios causados por la persona a quien presten apoyo, siempre que convivan con ella”.

Conforme a la redacción vigente “los tutores lo son de los perjuicios causados por los menores o incapacitados que están bajo su autoridad y habitan en su compañía”.

La reforma adapta este art. 1903 a las nuevas instituciones de asistencia y a la supresión de la tutela para mayores de edad discapacitados. Se considera correcto la sustitución del tutor por el curador con facultades de representación plena.

Debe tenerse en cuenta que el Anteproyecto contiene otra norma directamente relacionada con la responsabilidad extracontractual: el art. 297 CC se modifica dándosele la siguiente redacción: “la persona con discapacidad responderá en todo caso por los daños causados a terceros, sin perjuicio de lo establecido en los artículos 1902 y 1903 en relación a otros posibles responsables”.

Esta nueva previsión es coherente con el hecho de que en el nuevo sistema las instituciones de apoyo no serán, como regla general, de tipo representativo, ni tendrán en numerosos supuestos deberes de vigilancia, control o similares, sobre la persona a la que prestan apoyo. También es coherente con el reconocimiento de la igualdad plena de las personas con discapacidad.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Entendemos, no obstante, que este precepto debiera ubicarse no en el Libro Primero del Código civil, sino en el Capítulo II del Título XVI del Libro IV, al tratarse de una regla de responsabilidad civil extracontractual

6. Modificaciones de la Ley Hipotecaria

El Anteproyecto modifica el apartado quinto del art. 42 LH dedicado a las anotaciones preventivas. Establece que “también podrá decretarse a instancia del Ministerio Fiscal la anotación preventiva de la demanda de medidas de apoyo cuando la autoridad judicial lo estimase necesario para la protección del patrimonio de la persona afectada”.

La legitimación del Fiscal ha de estimarse debidamente justificada teniendo en cuenta su posición en estos procedimientos.

Se modifica igualmente el art. 192 LH para establecer expresamente la legitimación del Fiscal para instar la fianza hipotecaria que deberán prestar los tutores, curadores y personas asimiladas a ellos conforme al número cuarto del artículo 168. De nuevo debe entenderse debidamente justificada la legitimación del Fiscal teniendo en cuenta su posición en estos procedimientos.

7. Modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil

7.1 Observaciones generales



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

El Anteproyecto modifica la rúbrica del Título I del Libro IV y lo denomina “de los procesos sobre provisión de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad, filiación, matrimonio y menores”.

Como observaciones generales debe señalarse en primer lugar, que quizás la reforma debiera ser más ambiciosa y partir de una premisa: cuando no hay oposición la provisión de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad debiera sustanciarse por los trámites de la jurisdicción voluntaria.

La propia naturaleza de la pretensión hace que esta opción sea la más adecuada desde el punto de vista procesal.

En efecto, desde numerosos sectores se ha puesto de relieve que el procedimiento debería basarse en un sistema “de mesa redonda”, con profesionales especializados de los ámbitos jurídico, asistencial y sanitario, que aconsejen las medidas de apoyo idóneas. Un procedimiento muy distinto del modelo contencioso.

Debe además tenerse presente que la pretensión procesal ya no tiene la misma potencialidad intrusiva en los derechos del discapacitado, pues ya no se trata de dar cauce a una pretensión de incapacidad con la consiguiente modificación sustancial de la capacidad de obrar. Ahora se trata de identificar los apoyos precisos, en una decisión siempre *rebus sic stantibus*, por lo que debiera articularse un procedimiento ágil, sin demasiadas exigencias formales, con participación activa del Juez y del Fiscal.

La Propuesta de 2012 optaba por la jurisdicción voluntaria, salvo que hubiera oposición o cuando la complejidad del procedimiento hiciera aconsejable el contradictorio. Así se disponía que “las decisiones judiciales sobre determinación o



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

provisión de apoyos a las personas con discapacidad que los precisen se sustanciarán por los trámites de la jurisdicción voluntaria”. Se añadía en artículo aparte que: “si a la solicitud promovida se hiciere oposición por la propia persona con discapacidad a que la misma se refiera, o por persona o entidad que tenga legitimación para instar los apoyos, se tramitará el procedimiento como contencioso por los trámites del Juicio Verbal, con las singularidades que se establecerán en este texto legal.

2. El Tribunal podrá también, mediante resolución fundada dictada en tal sentido, acordar que el procedimiento sobre determinación o provisión de apoyos de persona con discapacidad, se sustancie como contradictorio, cuando entendiese que la complejidad de las cuestiones a considerar, la importancia o cuantía de los bienes o intereses afectados, la mejor defensa de los intereses de la persona con discapacidad, la complejidad de las cuestiones ventiladas o la concurrencia de otras causas similares, lo hiciesen aconsejable”.

Encontramos ejemplos en el Derecho Comparado: en Alemania todas las cuestiones relativas a la discapacidad se encomiendan al *Betrauungsgericht*, conforme al parágrafo 1.896 del BGB, Juzgado especial que tramita estos asuntos por cauces de jurisdicción voluntaria. Los procedimientos de prestación de apoyo y demás relativos a la discapacidad se rigen por la Ley sobre el Procedimiento de Cuestiones de Familia y Asuntos de Jurisdicción Voluntaria (*Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG)*), de 1 de septiembre de 2009.

En Austria estas cuestiones desde el punto de vista procesal se regulan en la Ley de Jurisdicción Voluntaria (*Außerstreitgesetz*), de 13 de diciembre de 2003.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

En Italia las cuestiones relativas a la discapacidad se encomiendan al *Giudice Tutelare* (art. 404 *Codice civile*). El procedimiento para el nombramiento de curador *-amministratore di sostegno-* se regula en el art. 407 CC, que es un procedimiento de jurisdicción voluntaria.

En Francia el juez de tutelas sigue un procedimiento *ad hoc* que no es contencioso, ni se rige por las reglas del procedimiento judicial. Su función principal consiste en decidir las medidas de protección de las personas y cuidar de su buena ejecución.

En Portugal, la *Lei* n.º 49/2018 se dicta para adaptar el Derecho portugués al art. 12 de la Convención de Nueva York y da nueva redacción al art. 891 de la Ley del Proceso Civil sometiendo estos procedimientos a la jurisdicción voluntaria. Conforme a este precepto *O processo de acompanhamento de maior tem carácter urgente, aplicando-se-lhe, com as necessárias adaptações, o disposto nos processos de jurisdição voluntária no que respeita aos poderes do juiz, ao critério de julgamento e à alteração das decisões com fundamento em circunstâncias supervenientes.*

En segundo lugar, debiera preverse expresamente que, existiendo oposición, en el procedimiento contencioso la persona con discapacidad debe estar asistida de Letrado, procediendo su designación por el turno de oficio en el caso de que aquella no lo designara, al menos en los casos en los que por ser promotor del expediente el Fiscal, éste no pueda asumir la defensa. Todo ello en aras de salvaguardar el derecho de defensa. La previsión de nombramiento de defensor judicial contenida tanto en el art. 758 vigente como en el proyectado se entiende insuficiente a estos efectos. En estos casos, con el fin de garantizar la gratuidad del servicio a las personas con discapacidad, resultaría procedente modificar el art. 750.1 LEC.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

7.2 Intervención del Ministerio Fiscal

El Anteproyecto da una nueva redacción a los apartados 1 y 2 del artículo 749 LEC, manteniéndose en su integridad la intervención del Fiscal produciéndose exclusivamente la correspondiente adaptación terminológica.

La Propuesta de 2012 introducía un precepto específico sobre la intervención del Fiscal en el Código Civil del siguiente tenor: “el Ministerio Fiscal deberá promover la determinación de los apoyos precisos para que una persona con discapacidad pueda hacer pleno uso de su capacidad jurídica, cuando su intervención sea necesaria para la mejor defensa de los derechos de la persona, y si ésta o los llamados a hacerlo no lo hubiesen instado”.

Esta Propuesta también incorporaba un precepto de nuevo cuño en la LEC en relación con la función del Fiscal, cuyo contenido se considera pudiera ser incorporado: “las entidades, organismos, funcionarios públicos, encargados de oficinas o dependencias administrativas o de contratación o gestión de servicios públicos, personal sanitario, notarios, personal de la administración de justicia, abogados, registros públicos de todas clases, que, en el ejercicio de su actividad tengan conocimiento de la existencia de personas con discapacidad que precisasen de apoyos para realización de actividades que tengan trascendencia personal o patrimonial, que no pudiesen establecer ellas mismas de forma voluntaria y autónoma, o que como consecuencia de su discapacidad, actúen en contra de sus intereses, deberán comunicar tales situaciones al Ministerio Fiscal. Igual deberá hacer cualquier persona que tuviese conocimiento de la existencia de situaciones en que la falta de esa determinación de apoyos o un uso inadecuado o desviado de estos, genere perjuicios, pérdida de ocasiones, o menoscabe los derechos e intereses de las personas con discapacidad.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

El Fiscal, una vez recibida la comunicación, valorará la misma, incoará, si es necesario, las correspondientes diligencias preprocesales de acuerdo con su Estatuto Orgánico, con práctica de las diligencias y petición de informes que considere pertinentes, y resolverá lo que proceda comunicándoselo a la persona solicitante.

Para el ejercicio de esta función y de las demás relativas a las personas con discapacidad se constituirá, en las Fiscalías Provinciales y de Área y de acuerdo con lo dispuesto en el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, una Sección de Protección a las personas con discapacidad a la que se encomendarán las funciones y facultades que al Ministerio Fiscal se atribuyen en esta materia”.

7.3 Procesos sobre la adopción de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad y sobre declaración de prodigalidad

7.3.1 Competencia

En cuanto a la competencia, el art. 756 vigente dispone que será competente para conocer de las demandas sobre capacidad y declaración de prodigalidad el Juez de Primera Instancia del lugar en que resida la persona a la que se refiera la declaración que se solicite.

Conforme al Anteproyecto si antes de la celebración de la vista se produjera un cambio de la residencia habitual de la persona a que se refiera el proceso, se remitirán las actuaciones al juzgado correspondiente en el estado en que se hallen.

Esta nueva previsión se considera adecuada desde el punto de vista del interés de la persona con discapacidad.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

7.3.2 Intervención del propuesto como curador

Se modifica el apartado 6 del art. 757 LEC permitiéndose la presentación de alegaciones por aquella persona que en la demanda aparezca propuesta como curador de la persona con discapacidad, previsión que se estima muy pertinente pues va a permitir recabar valiosos datos acerca de su disponibilidad e idoneidad para asumir el cargo.

7.3.3 Intervención de legitimados en procesos ya iniciados

Se introduce un nuevo apartado 7 en el art. 757 LEC: “las personas legitimadas para instar el proceso de adopción de medidas judiciales de apoyo o que acrediten un interés legítimo podrán intervenir a su costa en el ya iniciado, con los efectos previstos en el artículo 13”.

Esta nueva previsión se valora positivamente, pues como se expresa en la Exposición de Motivos “se admite la intervención a su costa en el proceso de cualquiera los legitimados que no sea promotor del procedimiento, o de cualquier sujeto con interés legítimo, evitando así que se generen situaciones de desigualdad entre los familiares de la persona afectada, como sucedía con anterioridad, donde unos podían actuar con plenitud en el proceso dada su condición de parte, y otros en cambio solo podían ser oídos en fase de prueba”.

Por otro lado, al regular las pruebas preceptivas en primera y segunda instancia, el artículo 759.3 LEC establece: “Cuando el nombramiento de curador no estuviera propuesto, sobre esta cuestión se oirá a los parientes más próximos del afectado, a éste, si tuviera suficiente juicio, y a las demás personas que el tribunal considere



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

oportuno, siendo también de aplicación lo dispuesto en el apartado anterior”. No se alcanza a comprender la razón por la que no deben realizarse las mismas audiencias en los casos en los que sí hay propuesto curador, proponiéndose la modificación del precepto en este sentido.

7.3.4 Sentencia

En cuanto a la sentencia, el art. 760.1 vigente dispone que “la sentencia que declare la incapacitación determinará la extensión y los límites de ésta, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado, y se pronunciará, en su caso, sobre la necesidad de internamiento, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 763”.

Conforme al art. 760.1 proyectado “las medidas que adopte el Juez en la sentencia, que serán periódicamente revisadas, deberán ser conformes a lo dispuesto sobre esta cuestión en los artículos 266 y siguientes del Código Civil”.

Acoge así el prelegislador un punto de gran importancia defendido por la Fiscalía durante los últimos años con el fin de asumir los postulados de la Convención de 2006: la sentencia no debe declarar la incapacitación sino adoptar medidas en protección del discapaz. El procedimiento debe encaminarse a la “determinación de apoyos”. No casan con el convenio ni un “proceso sobre la capacidad de las personas” ni siquiera un “proceso de modificación de la capacidad”.

La Propuesta de 2012 introducía un precepto específico sobre el contenido de la resolución más completo, con el siguiente tenor: “la resolución judicial determinará los apoyos, la duración y alcance de los mismos, la periodicidad con que deberá



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

darse cuenta a la autoridad judicial de su aplicación, incidencias y desarrollo, su tiempo de vigencia y los procedimientos de control y garantía:

1. En la resolución la autoridad judicial determinará el ámbito personal o patrimonial del apoyo y los intereses de los que debe cuidarse mediante este.
2. En el ámbito personal, el apoyo debe velar por el bienestar de la persona asistida, respetando plenamente su voluntad y sus opciones personales.
3. En el ámbito patrimonial, quien desempeñe el apoyo debe actuar, junto con la persona asistida, en los actos jurídicos relacionados con las funciones del apoyo. La autoridad judicial conferirá al gestor funciones de administración del patrimonio de la persona asistida, de acuerdo con lo interesado por esta, sin perjuicio de las facultades de esta de realizar personalmente actos de esta naturaleza.
4. A través de la resolución judicial deberán establecerse apoyos, entre otras, para las siguientes actuaciones:
 - a.- Actuar ante instituciones públicas comparecer y solicitar medidas o prestaciones de carácter asistencial o social.
 - b.- Autorizar o suscribir, en su caso, contratos de trabajo de acuerdo con la legislación laboral aplicable. En este caso habrá que contar expresamente con su voluntad.
 - c.- La disposición de dinero, en cualquier concepto, con determinación de límites de tal disposición, si se estima necesario.
 - d.- Contratación de operaciones de préstamo o crédito, leasing u otras operaciones mercantiles, cualquiera que sea su garantía, real o personal.
 - e.- Adquirir, enajenar o gravar bienes muebles, inmuebles, derechos, acciones, títulos o participaciones, así como para arrendar bienes, prestar garantías y afianzar a terceros
 - f.- Ejercitar acciones judiciales y contestar demandas ante cualquier jurisdicción.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

g.- Adoptar decisiones de carácter personal sobre el ingreso o baja de centros residenciales o asistenciales. Las decisiones que se adopten en tal sentido lo serán respetando el derecho a vivir en la comunidad, así como el de libre elección de lugar de residencia, y, en todo caso, de ser preciso el acceso a servicios residenciales o asistenciales, estos han de promover su inclusión social y evitar su aislamiento o separación, respetando en todo caso la dignidad e integridad física y mental de la persona.

h. En cuanto a los actos y derechos de carácter personalísimo se estará a su legislación específica y, en su defecto, se determinará por la autoridad judicial.

i. Cualquier otra que, por su especial relevancia e interés de la persona con discapacidad, sea pertinente.

5. En lo no establecido en la resolución judicial, la persona, en ejercicio de su plena capacidad, podrá intervenir en toda clase de negocios o actos de trascendencia jurídica”.

Si bien el texto de la Propuesta de 2012 peca de prolijidad, el del proyectado art. 760 LEC es demasiado escueto. Se sugiere dar una redacción ampliada. En el término medio puede estar la virtud. De esta manera, entre otras precisiones, se aprecia la necesidad de que conste en la sentencia el plazo de revisión, tal como se desprende del art. 761.5 LEC y 51 bis de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito (en adelante, Ley 4/2015).

7.3.5 Incidente de modificación

Las medidas de apoyo a discapaces deben poder ser revisadas con agilidad en cuanto se modifiquen las circunstancias que las justificaron. Ya el Código Civil en su redacción original disponía, con terminología arcaica, en su art. 264, la



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

obligación del tutor “a procurar, por cuantos medios proporcione la fortuna del loco, demente o sordomudo, que éstos adquieran o recobren su capacidad”.

El proyectado art. 761 regula el incidente de modificación del alcance de las medidas de apoyo judicialmente adoptadas. Sus disposiciones son más completas y detalladas que las contenidas en el vigente art. 761 LEC. Se atribuye competencia al Juzgado que acordó las medidas salvo cambio de residencia del sometido a las mismas, en coherencia con la nueva regla competencial del art. 756 LEC. De nuevo se parte de que no hay propiamente una declaración de incapacidad y que por tanto no se trata de revisar la misma sino de modificar o hacer cesar las medidas de apoyo.

De conformidad con lo ya expresado *supra*, este procedimiento debe cobrar un protagonismo coherente con la concepción de los apoyos adoptados en permanente revisión.

7.3.6 Segunda instancia

Se considera muy acertada la previsión de que si se interpone recurso de apelación contra la sentencia que resuelva el litigio en primera instancia, también deberán ser practicadas en segunda instancia las pruebas de realización preceptiva (art. 759.4). Ello porque la inmediatez en estos procedimientos es especialmente importante para facilitar el acierto de las resoluciones.

De otro lado, en la regulación de las medidas cautelares que se lleva a cabo en el artículo 762, en su número 3 se establece: “En los procesos de declaración de prodigalidad, podrá solicitarse la anotación preventiva de la demanda presentada, conforme a lo establecido en la legislación registral”. El Consejo Fiscal considera



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

que debería también incluirse la previsión de la anotación preventiva de las demandas de adopción de medidas de apoyo.

De manera coherente y por las razones anteriormente expuestas, se propone que la nueva regla octava del artículo 770 se refiera a la edad de 16 años en cuanto a los hijos comunes que se hallen en situación de necesitar medidas de apoyo por razón de su discapacidad.

8. Modificación de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria

Las modificaciones de mayor calado, además de las adaptaciones terminológicas, pueden exponerse sintéticamente del siguiente modo:

1) En el procedimiento para la rendición de cuentas del tutor o curador, la comparecencia ante el Juez no es en todo caso preceptiva sino solo cuando algún interesado lo solicite.

Tal novedad se considera acertada, evitando vistas innecesarias.

Sin embargo, esta obligación anual de presentación de informe sobre la situación personal, respectivamente, del menor o persona con discapacidad y de rendición de cuentas de la administración de sus bienes que se establece para el tutor y el curador no se recoge en la regulación sustantiva. El Consejo Fiscal considera oportuna su inclusión en el Código Civil.

Se prevé que el tribunal ordene de oficio, a costa del patrimonio del tutelado o asistido, una prueba pericial contable o de auditoría aun cuando nadie haya



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

solicitado la comparecencia, si en el informe se describieran operaciones complejas o que requieran una justificación técnica.

Con este apoderamiento se posibilita que el Juez pueda proteger con mayor eficiencia los intereses del menor o de la persona con discapacidad.

Como ya se ha referido en el análisis de la parte sustantiva, resultaría precisa la modificación del artículo 47 a fin de precisar la forma de llevar a cabo la realización del inventario ante notario, ya que sigue regulándose exclusivamente la formación y aprobación por el Letrado de la Administración de Justicia. Se aprecia, además, un error terminológico, pues se sigue manteniendo la denominación de Secretario judicial.

El nuevo artículo 51 bis trata de la revisión periódica de las medidas de apoyo adoptadas judicialmente. Se establece que la revisión deberá tener lugar en un plazo máximo de tres años y que de las actuaciones practicadas se dará traslado al curador y al Ministerio Fiscal a fin de que puedan alegar lo que consideren pertinente. Se entiende que deberá preverse, igualmente, dar traslado de las actuaciones a la persona con discapacidad, en la misma forma que se establece en la rendición de cuentas.

2) En el expediente de autorización o aprobación judicial de actos de enajenación o gravamen de bienes pertenecientes a menores o personas con discapacidad se suprime el carácter preceptivo de la intervención de abogado y procurador en todos los casos en que la cuantía de la operación supere los 6.000 euros (art. 62.3 de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria). Sólo será preceptiva cuando así resulte necesario por razones de complejidad de la operación o por la existencia de intereses contrapuestos.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

De nuevo cabe considerar acertada esta novedad, que evita que el menor o persona con discapacidad incurra en gastos de defensa y representación técnica no suficientemente justificados.

De igual modo, con el fin de garantizar la gratuidad del servicio a las personas con discapacidad, resultaría oportuno que se suprimiera la necesidad de intervención de abogado y procurador para la remoción del tutor o curador o para la extinción de poderes representativos (art. 43.3) o, al menos, limitar la intervención de abogado a aquellos supuestos en los que se suscite oposición.

9. Disposiciones transitorias

Disposición transitoria cuarta.- Esta disposición establece que, con la primera presentación del informe y rendición de cuentas anual posterior a la entrada en vigor de la ley, los tutores o los curadores solicitarán que se proceda a la revisión judicial de la situación de las personas a su cargo, para adaptarla a la presente ley. No se especifica, sin embargo, qué sucede si el tutor o curador faltara a esa obligación impuesta. Podría preverse que quedara a criterio de cada tutor o curador la consideración de si la situación se adapta o no. Esta solución de solicitud potestativa viene reforzada por el hecho de que el curador no tiene obligación de rendición de cuentas, salvo que expresamente se la haya impuesto la autoridad judicial. En cualquier caso, siempre podrán el Juez y el Fiscal, a la vista de la rendición de cuentas y de las circunstancias concretas de cada caso, promover la adaptación.



**FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL**

10. Modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

El vigente art 118 dispone lo siguiente:

1ª) En los casos de los números 1º y 3º, son también responsables por los hechos que ejecuten los declarados exentos de responsabilidad penal quienes los tengan bajo su potestad o guarda legal o de hecho, siempre que haya mediado culpa o negligencia por su parte y sin perjuicio de la responsabilidad civil directa que pudiera corresponder a los imputables.

La disposición final primera del Anteproyecto modifica el primer párrafo de la regla 1.a del artículo 118 en los siguientes términos:

1.º En los casos de los números 1.º y 3.º, son también responsables por los hechos que ejecuten los declarados exentos de responsabilidad penal, quienes ejerzan su apoyo legal o de hecho, siempre que haya mediado culpa o negligencia por su parte y sin perjuicio de la responsabilidad civil directa que pudiera corresponder a los imputables.

El vigente art. 120 CP dispone que son también responsables civilmente, en defecto de los que lo sean criminalmente:

1º) Los padres o tutores, por los daños y perjuicios causados por los delitos cometidos por los mayores de dieciocho años sujetos a su patria potestad o tutela y que vivan en su compañía, siempre que haya por su parte culpa o negligencia.

La disposición final primera del Anteproyecto modifica el número 1º del artículo 120 en los siguientes términos: 1.º Los curadores con facultades de representación



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

plena que convivan con la persona a quien prestan apoyo, siempre que haya por su parte culpa o negligencia.

En ambos casos se trata de adaptar el Código Penal al nuevo sistema de medidas de apoyo.

11. Vactio legis

Disposición final tercera.- Se establece un periodo de *vacatio legis* de veinte días. El Consejo Fiscal considera que dicho plazo resulta insuficiente, toda vez que la ley prevé un cambio radical en la regulación de la materia que constituye su objeto, lo que exige de quienes deben aplicarla o facilitar su aplicación (las Administraciones con competencia en materia de Justicia) un margen más amplio para poder afrontar con éxito tal empresa.

12. Otras cuestiones que debieran quedar recogidas en el Anteproyecto

El Consejo Fiscal valora positivamente la regulación, si bien, considera que existen otras cuestiones de indudable relevancia para la adecuada aplicación de la reforma que deberían haber sido abordadas en el Anteproyecto de ley que se informa, como serían:

1) Postulación procesal. El defensor judicial debería comparecer con abogado y procurador para evitar lo que en la práctica sucede en los juicios verbales, en los que el Ministerio Fiscal actúa como demandante: comparece el defensor judicial, nombrado como establece la Ley de Jurisdicción Voluntaria entre familiares o allegados y lo hace sin postulación profesional, con la indefensión que ello puede producir a la persona con discapacidad.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

2) Necesidad de regular la posibilidad de que deba entrarse en el domicilio de la persona con discapacidad y modo de aseguramiento de su comparecencia para ser escuchada por el Juez o ser explorada por facultativo o equipo multidisciplinar. Se trata de evitar la imposibilidad de proteger a las personas con discapacidad por su negativa comparecer o a permitir la entrada en sus domicilios cuando requieren de esa protección inmediata, precisamente, para asegurar el ejercicio de sus derechos en igualdad con el resto de ciudadanos.

3) Modos o procedimientos de comprensión. La ley debiera hacer referencia a los modos o procedimientos que permitan a la persona con discapacidad entender lo que está sucediendo en torno a ella en el procedimiento judicial y con posterioridad al mismo.

4) Necesidad de adaptación de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, *de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad.*

5) Modificación de la LECrim. En la regulación de la LECrim son diversas las propuestas de reforma que derivan del presente Anteproyecto de Ley:

- Resulta preciso adaptar la terminología utilizada en la LECrim para referirse a las personas con discapacidad.
- El art. 544 quinquies.3 supone una disfunción en el procedimiento penal en cuanto permite la subsistencia de medidas civiles una vez concluido el procedimiento penal. Esta regulación fue criticada por el CGPJ en su informe de la Ley 4/2015, en particular, en cuanto a la extensión de las medidas cautelares



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

adoptadas por el Juez de Instrucción: “si bien estas medidas cautelares personales se valoran como adecuadas para una mejor protección del menor o del discapacitado, la previsión de su mantenimiento una vez concluido el procedimiento, en atención al interés del menor o de la persona con discapacidad debería ser precisada, delimitando su duración al tiempo imprescindible para poner en conocimiento del ministerio Fiscal la situación a fin de que inste en la jurisdicción civil las medidas de protección que estime adecuadas”.

- Se llama la atención sobre la dispensa de declarar que establece el artículo 416 cuando se trate de personas con discapacidad y menores. El ejercicio de esa dispensa es conflictivo (STS nº 699/2014, de 28 de octubre) a la hora de determinar a quién le corresponde la decisión, situación que puede llevar al nombramiento de un defensor judicial según el art. 26.2 de la Ley 4/2015.
- El art. 109, cuando regula la información de derechos y declaración de la víctima, hace referencia al “menor o persona con la capacidad judicial modificada”. La modificación de este artículo es de mayor calado que el puramente terminológico, pues de su reforma dependerá la posición de la persona mayor de edad con discapacidad (sujeta o no a curatela) en el proceso y el ejercicio de los derechos que le corresponden.

6) Modificación de la Ley 4/2015, de 27 de abril, *del Estatuto de la víctima del delito*. La protección de la víctima en el proceso penal, cuando sea menor de edad, debe mantenerse, si bien adaptando la ley a la nueva terminología. Por el contrario, debe cambiarse por completo la posición de la víctima mayor de edad con discapacidad, pues se sigue contemplando a la misma como una persona incapaz permanente representada en el proceso penal por una tercera persona.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

7) Ley 41/2002, de 14 de noviembre, *básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica*. Deberá revisarse el art. 9, referido a los límites del consentimiento informado y consentimiento por representación.

13. Memoria de impacto normativo

En la Memoria del impacto normativo se concluye que “el impacto de este anteproyecto en los Presupuestos Generales es nulo, no generando ningún compromiso ni obligación económica extra. Asimismo, es preciso indicar que la norma proyectada no implicará la necesidad de incrementar las dotaciones, ni las retribuciones u otros costes de personal al servicio del sector público, pues se considera que los medios existentes serán suficientes para llevar a cabo las actuaciones previstas”.

En relación con esta afirmación contenida en la Memoria conviene realizar una serie de precisiones relativas a la repercusión que la reforma habrá de tener en la actividad que desarrolla el Ministerio Fiscal en esta materia.

Hay que tener presente que no en todo el territorio español existen Juzgados especializados en discapacidades, tutelas e internamientos involuntarios y que en muy pocos casos las Fiscalías Provinciales disponen de una Sección especializada en protección de las personas con discapacidad. Del mismo modo, el personal administrativo o colaborador de estas Secciones es escaso y las aplicaciones informáticas que están en uso resultan insuficientes.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Los datos que se ofrecen en la propia Memoria de Análisis de Impacto Normativo del Anteproyecto dan cuenta del volumen de asuntos sobre los que se puede proyectar la normativa que se pretende reformar (*“...de acuerdo con la base estatal de datos de personas con valoración del grado de discapacidad del IMSERSO, a fecha de 31 de diciembre de 2016, las personas en que concurren dichas condiciones y que, por tanto, tienen la “consideración de personas con discapacidad” ascienden a 3.378.622...De ellas, un total de 277.472 personas tienen reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33% en el que la primera deficiencia que concurre es intelectual, y un total de 535.675 personas en el que es mental...”*). Los datos reflejados en las Memorias de la Fiscalía General del Estado apuntan también a un elevado número de expedientes (Año 2016: Diligencias Preprocesales 25.322; Demandas del Ministerio Fiscal 15.619; Demandas de particulares: 12.299; Expedientes de tutelas y curatelas dictaminados por el Ministerio Fiscal 54.232; Expedientes de internamientos 50.106).

Pues bien, con un mero repaso, siquiera superficial, a la reforma proyectada se advierte con facilidad que la misma va a provocar un aumento exponencial de la intervención del Ministerio Fiscal en expedientes de esta naturaleza, incrementándose, por tanto, la carga de trabajo que recae sobre las distintas Fiscalías.

Lo anterior se aprecia con facilidad si tenemos en cuenta, entre otros, los siguientes factores:

- 1.- La intervención del Ministerio Fiscal puede iniciarse antes de la propia existencia del procedimiento judicial correspondiente promoviendo el mismo.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

2.- Los principios de necesidad y proporcionalidad que orientan la adopción de medidas de asistencia adecuadas a las concretas circunstancias de la persona con discapacidad, exigen el disponer del apoyo técnico y asesoramiento necesarios para poder individualizar las medidas que se solicitan.

3.-El Ministerio Fiscal es parte en estos procedimientos (art. 749 LEC) y se prevé su intervención o dictamen en numerosos hitos procesales (véanse en la reforma propuesta los arts. 42. 2, 45. 2. 4, 49. 1, 51, 51 bis, 51 ter. 2 y 52 Ley de Jurisdicción Voluntaria, arts. 276, 285 a 288, 1302 Código Civil, arts. 753.1, 757, 761 y 762 de la Ley de Enjuiciamiento Civil o arts. 42.5 y ,192 de la Ley Hipotecaria).

4.- Se prevé la revisión de las medidas y situaciones acordadas antes de la entrada en vigor de la reforma con la finalidad de adaptar a la nueva normativa.

Cuanto se acaba de exponer supone una importante matización al pretendido impacto cero en los costes de la reforma. El Consejo Fiscal considera imprescindible un incremento de dotación de medios personales y materiales que permita al Ministerio Fiscal ejercer con eficacia las funciones que las normas proyectadas le atribuyen en una materia de la importancia y sensibilidad como la que no ocupa.

14. Conclusiones

Como puntos que quieren subrayarse especialmente, se señalan los siguientes:

14.1 La reforma que impulsa este Anteproyecto debe considerarse como absolutamente necesaria y justificada, en un ámbito tan sensible y con una



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

conexión tan profunda con los derechos fundamentales como es la del régimen jurídico de la discapacidad.

Como observación general cabe valorar positivamente el texto del Anteproyecto, en tanto pretender adecuar nuestro ordenamiento jurídico a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

14.2 Adición de un segundo párrafo al art. 91 CC: Partiendo de lo acertado de la nueva previsión en cuanto al contenido de las sentencias de separación, nulidad y divorcio, se sugiere que se amplíe su ámbito de aplicación utilizando una fórmula más flexible, que, en atención a las concretas circunstancias concurrentes, permita su aplicación a menores de menos de diecisiete años, al entender que la necesidad de abordar su situación puede ser idéntica.

14.3 Supresión de la posibilidad de aplicar medidas cautelares de protección conforme al art. 158 CC a las personas con discapacidad. Creemos que debiera mantenerse tal posibilidad, con las prevenciones que se estimen necesarias para respetar la autonomía y los derechos de la persona con discapacidad. Las previsiones del art. 158, en interés del menor (y en su caso de la persona con discapacidad) permiten en la práctica resolver numerosos problemas que requieren una solución cautelar urgente.

14.4 Se considera adecuada la supresión de la patria potestad prorrogada y rehabilitada. Ello es coherente con los principios de la Convención, habiendo sido por lo demás asumido por el TS.

14.5 Guarda de hecho. Conforme al art. 263 proyectado “a través de un expediente de jurisdicción voluntaria, la autoridad judicial podrá requerir al guardador en



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

cualquier momento, de oficio o a instancia de cualquier interesado, para que informe de su actuación, y establecer las salvaguardias que estime necesarias”. Entendemos que debe expresamente preverse la legitimación del Ministerio Fiscal para promover tal requerimiento.

Aunque la regulación de la guarda en el Anteproyecto es mucho más detallada que en el régimen vigente, la modificación de su naturaleza y su configuración como institución de apoyo, exige un régimen jurídico aún más completo. En este sentido, debiera aclararse si son aplicables supletoriamente las normas (o algunas de las normas) previstas para la curatela.

14.6 Se echa en falta una distinción de los distintos tipos de curatela por categorías sistematizadas desde la de mayor intensidad (curatela de representación a la de menos intensidad (de acompañamiento), así como la curatela personal o patrimonial.

14.7 En cuanto al plazo máximo de tres años para la revisión de la curatela debe tenerse presente que esa revisión trianual periódica y automática va a suponer una adicional carga de trabajo para Jueces y Fiscales. Quizás debieran establecerse plazos más amplios, teniendo en cuenta la amplia legitimación que se concede para promover en cualquier momento la revisión de las medidas acordadas.

14.8 La regulación de la autocuratela también se considera en general acertada y acorde con la nueva filosofía que preside la materia. No obstante, debiera precisarse si las normas generales que regulan la curatela vinculan al disponente o si por el contrario deben considerarse derecho dispositivo.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

14.9 Excusas. Podría ser de interés incorporar en la regulación de las excusas, una cláusula similar a la prevista en el art. 251 de la Propuesta de 2012: “en ningún caso, la admisión de causa de excusa, o la decisión de remoción de las personas físicas o jurídicas designadas para el desempeño de los apoyos, podrá generar desprotección o indefensión a la persona que precisa dicho apoyos, debiendo la autoridad judicial garantizar la protección y defensa, actuando de oficio, mediante la colaboración necesaria de los llamados a ello, o bien, de no poder contar con estos, con la inexcusable colaboración de los organismos o entidades públicas competentes y del Ministerio Fiscal”.

También podría ser conveniente incorporar una cláusula similar a la del art. 252 de la Propuesta de 2012: “no concurrirán causa de excusa o remoción cuando el desempeño de los apoyos haya sido encomendado a entidad pública, sin perjuicio de determinar las responsabilidades personales que se pudiesen generar, en el caso de incumplimiento negligente o inadecuado”.

14.10 Los arts. 280 y siguientes regulan el ejercicio de la curatela en términos coherentes con la filosofía que preside la reforma.

No obstante, en el art. 280 se introduce una fórmula que induce a la confusión: se dispone que “el curador, cuando actúe con facultades representativas, deberá tener en cuenta la trayectoria vital, los valores y las creencias de la persona a la que preste apoyo”.

Entendemos que, en todo caso, el curador deberá tener en cuenta la trayectoria vital, los valores y las creencias de la persona a la que preste apoyo, no sólo cuando actúe con facultades representativas.



**FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL**

14.11 En el art. 281 se prevé que cuando quien desempeñe la curatela esté impedido de modo transitorio para actuar en un caso concreto, o cuando exista un conflicto de intereses ocasional entre él y la persona a quien preste apoyo, el Letrado de la Administración de Justicia nombrará un defensor judicial que lo sustituya.

En nuestra opinión, teniendo presente lo delicado de esta decisión, sería más adecuado atribuirlo a la autoridad judicial.

14.12 La reforma procesal debe ser más ambiciosa y partir de una premisa: cuando no hay oposición la provisión de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad debiera sustanciarse por los trámites de la jurisdicción voluntaria.

14.13 Debiera preverse expresamente que, existiendo oposición, en el procedimiento contencioso la persona con discapacidad debe estar asistida de Letrado, procediendo su designación por el turno de oficio en el caso de que aquella no lo designara, al menos en los casos en los que por ser promotor del expediente el Fiscal, éste no pueda asumir la defensa.

Madrid a 17 de octubre de 2018

**LA FISCAL GENERAL DEL ESTADO
PRESIDENTA DEL CONSEJO FISCAL**

María José Segarra Crespo

