



Observatorio de jurisprudencia

sobre sistema de apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica

INFORME diciembre 2022



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE DERECHOS SOCIALES
Y AGENDA 2030



POR SOLIDARIDAD
OTROS FINES DE INTERÉS SOCIAL

OBSERVATORIO DE JURISPRUDENCIA SOBRE SISTEMAS DE APOYO AL EJERCICIO DE LA CAPACIDAD JURÍDICA

Informe OBSERVATORIO

Diciembre 2022

1.- INTRODUCCIÓN.....	3
2.- EQUIPO Y METODOLOGÍA	3
3.- DATOS CUANTITATIVOS	5
4.- CONSIDERACIONES CUALITATIVAS	8
4.1.- LA IMPORTANCIA DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 8 DE SEPTIEMBRE DE 2021	8
4.2.- BUENAS Y MALAS PRÁCTICAS	11
4.2.1.- Buenas prácticas:.....	11
a.- Respeto a la voluntad de la persona con discapacidad	11
b.- Prevalencia de medidas voluntarias e informales	12
c. Delimitación del campo de los apoyos	16
4.2.2.- Malas prácticas	18
a.- Resoluciones que, directamente, parecen no haberse enterado de la reforma	18
b.- Resoluciones que privan derechos.....	19
c.- Resoluciones contrarias a la voluntad de la persona con discapacidad y con escasa justificación	19
d.- Resoluciones que optan por la curatela y no establecen plazo de revisión .	20
e.- Resoluciones que no recaban la voluntad de la persona con discapacidad .	20
f.- Resoluciones que se extralimitan.	21
g.- Resoluciones que se apoyan en dictamen de especialista que no es médico forense.....	22
h.- Resoluciones que pasan de tutela a curatela representativa simplemente como un cambio de nombre.	22
5.- UNAS ÚLTIMAS CONSIDERACIONES	23
5.1.- Sobre las revisiones.	23
5.2.- Sobre las medidas no voluntarias y formales.....	24

1.- INTRODUCCIÓN

En marzo de 2022 se crea el *Observatorio de Jurisprudencia sobre sistemas de apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica*, en virtud de un acuerdo promovido por Plena Inclusión España, y que involucra a Líber y el Instituto de Derechos Humanos Gregorio Peces-Barba de la Universidad Carlos III de Madrid.

Un Observatorio que nace desde el convencimiento de que la Ley 8/2021 puede producir un cambio fundamental en el desarrollo de una vida humana digna por parte de las personas con discapacidad y en el respeto de todos y cada uno de sus derechos fundamentales.

Ahora bien, un cambio de esta naturaleza, que afecta a uno de los pilares del Derecho y que permite a las personas ejercer sus derechos, sólo es posible realizarlo si se produce una aplicación de la nueva normativa acorde con la CDPD y desde un enfoque de derechos humanos por parte de todos los operadores jurídicos y principalmente por los tribunales. Y este es el principal objetivo de este Observatorio.

El Observatorio tiene como principal objetivo contribuir a que el contenido de la Ley 8/2021 y de la normativa por ella afectada se aplique en conformidad con la CDPD y desde un **enfoque de derechos humanos**.

El objetivo principal del Observatorio se descompone en otros cuatro: a) Identificar buenas y malas prácticas jurisprudenciales en la aplicación de la Ley; b) establecer indicadores que permitan el análisis de la jurisprudencia que aplica el contenido de la Ley 8/2021; c) proponer cambios metodológicos y normativos destinados al logro de la satisfacción del derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley de las personas con discapacidad por el Derecho español; d) identificar exigencias de formación de los operadores jurídicos que se consideren necesarias para el logro del objetivo principal.

Pues bien, este informe da cuenta del trabajo del Observatorio en el análisis de un conjunto de resoluciones judiciales pronunciadas en los primeros 13 meses de aplicación de la reforma, desde septiembre de 2021 hasta septiembre de 2022.

2.- EQUIPO Y METODOLOGÍA

Para el análisis de las resoluciones judiciales se creó un **equipo de trabajo compuesto**, en un primer momento por nueve personas, investigadoras de tres universidades distintas (UC3M, Universidad de Valladolid y Universidad Nacional de Mar del Plata), y tres personas de las organizaciones que participan. Las nueve personas investigadoras son: Agustina Palacios, Javier Ansuátegui, Patricia Cuenca, Javier Dorado, María del Carmen Barranco, Francisco Bariffi, Irene de Vicente, Cristina Guilarte y Rafael

de Asís. Las tres personas de las organizaciones son: Inés de Araoz, Irene Yepes y Torcuato Recover.

El equipo ha ido creciendo y se han producido nuevas incorporaciones, integrando nuevas Universidades (Córdoba, Santiago de Compostela, Coruña). Las nuevas incorporaciones han sido: María Laura Serra, Cecilia Prados, María Paz García Rubio, Eugenia Torres, Antonio Legeren y Laura Razo.

Se ha utilizado la Plataforma Teams en donde se sitúan las resoluciones por examinar y las examinadas.

Se han configurado unas fichas en las que se recoge la siguiente información:

Investigador (iniciales del investigador y número de documento):

Nombre (tipo de resolución, órgano y fecha):

Identificador ECLI:

Tipo de decisión (Sentencia, Auto, Otro):

Órgano (TS, AP, JPI...):

Ponente:

Procedimiento/jurisdicción (voluntaria/contenciosa):

Revisión de sentencia firme (dictada antes de la reforma. Dispos. Transitoria 5):

Lugar:

Origen (se refiere a la primera actuación) (Juzgado):

Origen (se refiere a la primera actuación) (Mes y Año):

Quien inicia el procedimiento en 1ª Inst. (solicitante):

Quien inicia el procedimiento que resuelve la Sentencia (solicitante):

Voces (lista de abajo):

Género (hombre, mujer, no binario):

Edad:

Tipo de discapacidad (texto libre):

Disposición transitoria:

Otras disposiciones afectadas (artículos en los que se basa):

DECRETO CATALÁN 19/21 (si o no):

Se cita la Convención (si o no):

Respeto a la Voluntad de la Persona (si, no, no consta, dudas):

Jurisprudencia en la que se apoya (ojo mismo estilo que utilizamos al citar):

Hechos (texto libre):

Doctrina jurisprudencial (fundamentos y fallo. Texto libre):

Postura del Ministerio Fiscal (promueve, se adhiere, se opone, no consta. Y texto libre):

Autor de informe (médico forense, psicólogo forense, otro):

Contenidos de los informes asistenciales y/o sociales (en su caso. Texto libre):

Plazo de revisión de la sentencia (plazo máximo tres años y hasta seis si se motiva, vid. en su caso los motivos de la ampliación):

Primera valoración (Muy bien, Bien, Regular, Mal, Dudas. Y texto libre):

Las voces que aparecen son:

Apoy. personales

Apoy. patrimoniales

Apoy. salud

Autocuratela
Autorización judicial
Curatela
Curatela Represent
Guarda de Hecho
Medidas voluntarias
Nombram. Curador
Nombram. Defensor
Nulidad de actuaciones
Orden legal (alteración)
Poder Preventivo
Privación de derechos
Prueba Guarda Hecho
Pruebas procedimiento
Residencia/Competencia territorial
Rev. Patria Potestad Pror.
Salvaguardias
Tutela
Asistencia catalana
Otra

Los/as investigadores/as deben cumplimentar las fichas y subirlas a la plataforma.

En la plataforma hay una hoja Excel donde recogen los aspectos más importantes de las fichas y que sirve como base de datos general.

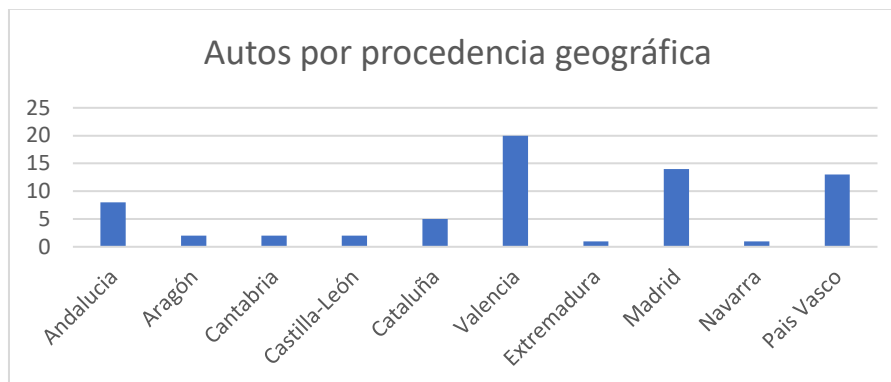
Nos hemos encontrado con dos grandes problemas. Por un lado, la consecución de las Sentencias; por otro, la unificación de criterios de valoración de las decisiones.

Se han celebrado seminarios internos de discusión entre los y las especialistas que trabajan en el Observatorio, pero se decidió postergar la celebración de un seminario más amplio hasta que no se alcanzara el examen de 200 resoluciones. Una vez alcanzado se está programando para enero de 2023.

3.- DATOS CUANTITATIVOS

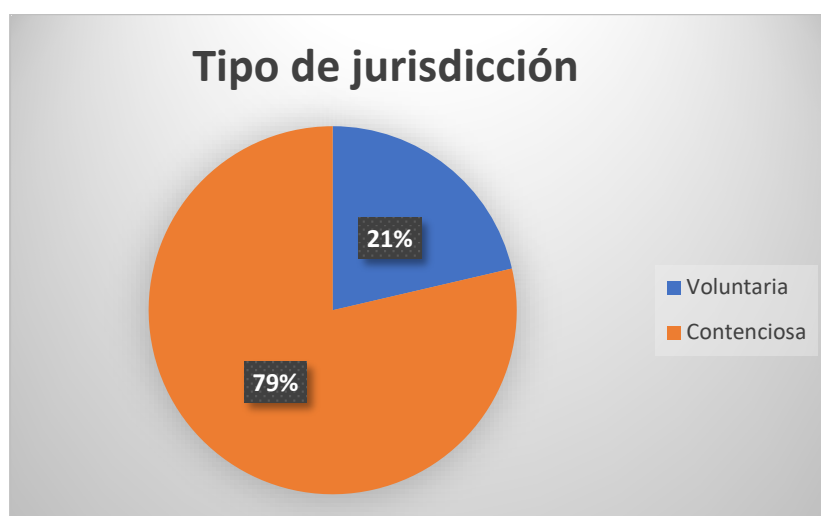
Se han analizado 220 resoluciones judiciales que van desde septiembre de 2021 hasta septiembre de 2022 (13 meses). De estas resoluciones 157 son sentencias (4 del Tribunal Supremo, 99 de Audiencias Provinciales y 54 de Tribunales de Primera Instancia) y 63 Autos (7 del Tribunal Supremo, 13 de Audiencias Provinciales y 43 de Tribunales de Primera Instancia).

La distribución geográfica de las resoluciones examinadas puede verse en los siguientes gráficos.



Ciertamente se trata de un número limitado de resoluciones que hemos sido capaces de recopilar de manera aleatoria, ha medida que nos han ido llegando a través de entidades o profesionales o mediante el acceso a bases de datos. A pesar de ello, consideramos que la muestra si que permite extraer conclusiones.

El 79% de los casos son contenciosos y solo el 19% de jurisdicción voluntaria.



En todo caso, entre 2021 y 2022, se observa un aumento del número de casos de jurisdicción voluntaria, que han pasado de ser un 7% del total a un 28%.

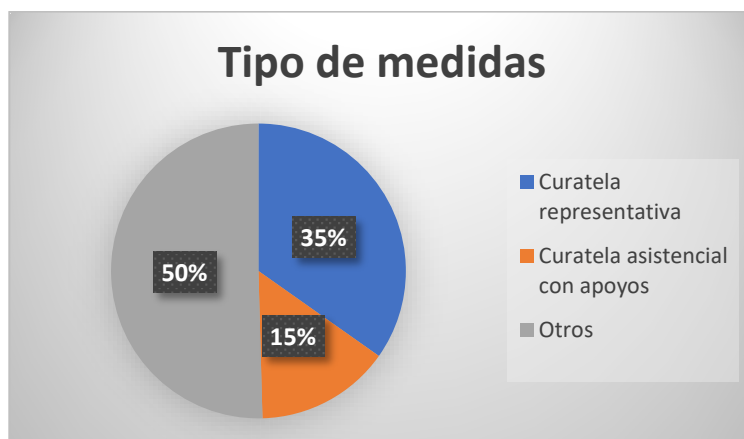
Por tipo de discapacidad, de los casos estudiados, el 60% tienen que ver con discapacidad intelectual, el 28% con discapacidad psicosocial y el 12% con deterioro cognitivo.



El Ministerio Fiscal ha promovido el 40% de los procedimientos.

De los 220 casos, sólo 36 (esto es el 16%) tienen que ver con revisión de medidas ya acordadas (DT 5ª), sin que hayamos observado un cambio significativo en términos porcentuales entre 2021 y 2022.

En relación con las medidas que se toman en las resoluciones, un 35% se pronuncian por una curatela representativa y un 15% por una curatela asistencial con apoyos en ámbitos personales, de la salud o patrimoniales. Estos porcentajes no cambian si comparamos los datos de 2021 y 2022.



El 67% de las resoluciones citan la CDPD pero solo el 35% respetan la voluntad de la persona con discapacidad.

La sentencia del Tribunal Supremo 589/2021 de 8 de septiembre está presente en el 37% de las resoluciones.

Sólo un 8% de las resoluciones se apoyan en un dictamen en el que participa un especialista que no sea médico forense.

4.- CONSIDERACIONES CUALITATIVAS

La nueva regulación sobre la capacidad, como es sabido, supone el cambio de un sistema en el que predominaba la sustitución en la toma de las decisiones que afectan a las personas con discapacidad, por otro basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona quien, como regla general, deberá ser la encargada de tomar sus propias decisiones.

4.1.- LA IMPORTANCIA DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 8 DE SEPTIEMBRE DE 2021

En la aplicación de la reforma, la **Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 2021**, es la que está presente en buena parte de las resoluciones y explícitamente en el 37% de éstas.

Se trata de una importante sentencia que resulta de gran interés por: (i) es la primera sentencia que se dicta en aplicación de la nueva normativa en razón a lo dispuesto en la Disposición Transitoria 5.ª; (ii) se trata de un supuesto en el que consta la expresa oposición de la persona con discapacidad a recibir apoyos en el ejercicio de su capacidad jurídica; (iii) el Tribunal Supremo hace una interpretación del principio de respeto a la voluntad y las preferencias de la persona, que como se ha señalado es el eje de la reforma.

Los hechos son: En 2018 unos vecinos se ponen en contacto con la fiscalía preocupados por la situación en que se encuentra su vecino, de 66 años, que vive solo y al que no se le conocen parientes próximos. XXX, el citado vecino, tenía Síndrome de Diógenes, acumulaba gran cantidad de cosas en su casa -incluida basura- y no acudía a consulta médica desde hacía años, por lo que su situación personal se estaba deteriorando progresivamente y necesitaba atención social y sanitaria.

El Ministerio Fiscal presentó una demanda de determinación de la capacidad y constitución de apoyos y salvaguardas para garantizar a XXX el ejercicio de sus derechos. Pedía que se determinara con precisión la extensión de los medios de apoyo más idóneos, en concreto, los actos para los que precisaría de apoyo y en qué consistirían, respetando al máximo su autonomía. El demandado, se opuso expresamente a la provisión de apoyos aduciendo que “no padecía ninguna enfermedad o deficiencia

persistente de carácter físico o psíquico que justificara la declaración de que carecía de capacidad para regir su persona y administrar sus bienes”.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Oviedo dictó sentencia el 18/03/2019, modificando la capacidad de obrar del demandado y autorizando a la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias como su tutora, acordando como medida de apoyo la asistencia en el orden y limpieza de su domicilio.

La sentencia fue objeto de recurso de apelación por el demandado, ante la Audiencia Provincial de Asturias, que fue rechazado mediante sentencia el 19/06/2019, concluyendo que el apelante padecía una incapacidad relevante e importante para cuidar su salud e higiene con riesgo para la salubridad de sus vecinos en el inmueble, teniendo en cuenta, además, su negativa a permitir la entrada en su domicilio y a aceptar cualquier ayuda de los Servicios Sociales, básicamente por no ser consciente de su anomalía. Se considera que trastorno grave de la personalidad le incapacita para gobernarse por sí mismo en el aspecto personal y doméstico, alimentación, vestido, cuidado de la casa y bienestar personal dentro de su lugar de residencia, todo ello con grave repercusión y perjuicio para terceros y agravado por su no reconocimiento de tal patología.

Dicha sentencia es objeto de recurso de casación ante el TS alegándose infracción del artículo 199 del Código Civil en relación con los artículos 200 y 322 del mismo cuerpo legal referidos a las causas de incapacitación y presunción de capacidad, con infracción de la jurisprudencia que los interpreta, al considerar que la sentencia recurrida se apoya en un posible trastorno, lo que resulta insuficiente para modificar la capacidad de obrar. El tribunal resolvió dar vista a las partes para que pudieran informar sobre la incidencia de la reforma legal en el presente caso, y realizar un nuevo señalamiento para votación y fallo. El Ministerio Fiscal, a la luz de la nueva normativa solicitó curatela y el mantenimiento de los apoyos por parte de la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias con el fin de asistencia en el orden y limpieza de su domicilio, así como la ampliación de dichas medidas de apoyo al ámbito de la salud, y más concretamente, a los aspectos sanitarios relacionados con el tratamiento terapéutico del Síndrome de Diógenes. Igualmente, solicitó la revisión cada 6 meses del resultado de las medidas y la incidencia práctica que hayan podido tener. Todo ello, eso sí, estableciendo que la curadora (Principado de Asturias) debería esmerarse en conseguir la colaboración del interesado y sólo en los casos en que sea estrictamente necesario podrá recabar el auxilio imprescindible para asegurar el tratamiento médico y asistencial de XXX, así como realizar las tareas de limpieza e higiene necesarias.

El Tribunal Supremo deja sin efecto la declaración de modificación de capacidad, sustituyendo la tutela por la curatela, y, en cuanto al contenido de las medidas de apoyo establecidas en Primera Instancia, las confirma y completa con las propuestas del fiscal.

Los fundamentos son:

El Tribunal Supremo examina si la adopción de la medida de apoyo con la oposición expresa del interesado se acomoda al nuevo régimen legal y para ello verifica si a) las medidas de apoyo acordadas responden a las necesidades de la persona; b) si son proporcionales a esas necesidades; c) si respetan la máxima autonomía de la persona en el ejercicio de su capacidad jurídica y d) si se atiende a su voluntad, deseos

y preferencias. El propio Tribunal Supremo reconoce que el principal escollo que presenta la validación de estas medidas a la luz del nuevo régimen de provisión judicial de apoyos, es la directriz legal que obliga a que en la provisión de las medidas y en su ejecución se cuente en todo caso con la voluntad, deseos y preferencias del interesado.

Para sostener su decisión de admitir la fijación de apoyos necesarios cuando consta la expresa negativa de la persona, el Tribunal Supremo se apoya en los siguientes argumentos:

a) La regulación de la oposición a la adopción de la medida en las leyes de procedimiento que determinan el cierre del expediente (art. 42 bis b) 5 LJV) y su reconducción a un juicio contradictorio, desde donde presupone que ese juicio puede concluir con la adopción de las medidas, aun en contra de la voluntad del interesado.

b) La interpretación gramatical de la previsión contenida en el artículo 268 CC (atender en todo caso a la voluntad, deseos y preferencias) que emplea un término que comprende un doble significado, el de tener en cuenta o en consideración algo y no solo el de satisfacer un deseo, ruego o mandato.

El artículo 268Cc: “Las medidas tomadas por la autoridad judicial en el procedimiento de provisión de apoyos serán proporcionales 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”.

El art. 268 CC, no determina que haya que seguir siempre el dictado de la voluntad, deseos y preferencias manifestados por el afectado, **pues atender no significa satisfacer.**

Es el Tribunal el que tiene que decidir si hay que atender la voluntad o no a la vista de las singularidades del caso.

c) La consideración de que la voluntad contraria del interesado es fruto de la falta de conciencia de su discapacidad psicosocial (Síndrome de Diógenes).

En este caso está justificada la adopción de las medidas asistenciales aun en contra de la voluntad del interesado, porque se entiende que el trastorno que provoca la situación de necesidad impide que esa persona tenga una conciencia clara de su situación.

El Tribunal realiza unas consideraciones que seguramente sirven para entender su posicionamiento y que nos alejan de la CDPD: *no intervenir en estos casos, bajo la excusa del respeto a la voluntad manifestada en contra de la persona afectada, sería una crueldad social, abandonar a su desgracia a quien por efecto directo de un trastorno (mental) no es consciente del proceso de degradación personal que sufre. En el fondo, la provisión de apoyo en estos casos encierra un juicio o valoración de que si esta persona no estuviera afectada por este trastorno patológico, estaría de acuerdo en evitar o paliar esa degradación personal.*

En consecuencia con todo lo anterior, el TS sustituye la tutela por la curatela, y señala la procedencia de unas medidas de apoyo a favor de la persona demandada de carácter esencialmente asistencial consistentes en que la entidad designada curadora realice, por una parte, los servicios de limpieza y orden de su casa, estando, para cumplir

esta función, autorizada a entrar en el domicilio con la periodicidad necesaria; y, por otra, asegurar la efectiva atención médico-asistencial de la persona demandada, en lo que respecta al trastorno que padece y lo que guarde directa relación con él.

Ciertamente puede afirmarse que existe una especie de cuestión previa que excluiría la procedencia de la curatela, por entender que lo que necesita esta persona son medidas estrictamente asistenciales, al margen del ejercicio de la capacidad jurídica y que este proceso no es lugar oportuno para exigir las. Por otro lado, se podría haber optado por otras medidas...

4.2.- BUENAS Y MALAS PRÁCTICAS

4.2.1.- Buenas prácticas:

Es importante subrayar desde el principio que lo que aquí se denominan como buenas prácticas son, en realidad, resoluciones que cumplen la nueva normativa.

a) Respeto a la voluntad de la persona con discapacidad; b) Prevalencia de medidas voluntarias e informales; c) Delimitación del campo de los apoyos

a.- Respeto a la voluntad de la persona con discapacidad

Premisas:

.- **¿Qué se ha hecho?** Diseño de un sistema basado en la autodeterminación como manifestación de la libertad y la autonomía y que, en coherencia con los principios de necesidad y proporcionalidad, integra una pluralidad de apoyos formales e informales.

.- **El eje vertebrador:** Respeto a los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona.

Las medidas judiciales atenderán en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias (art. 268)

a.1.- Exigencia de conocer la voluntad de la persona con discapacidad

.- La sentencia de la **Audiencia Provincial Cáceres 7 de octubre de 2021**. Se trata de un recurso interpuesto por sobrina de persona con discapacidad frente al auto que nombraba tutor, basado en la falta de audiencia de la persona con discapacidad. El tribunal afirma en los casos de nombramiento de tutor es preceptiva **la audiencia de la persona con discapacidad**, que en el presente proceso se ha omitido, y que beneficia a la misma. Por ello se decreta la nulidad de las actuaciones.

a.2.- Atender a la voluntad y deseos de la persona con discapacidad

.- Sentencia del Tribunal de Primera Instancia nº 1 de Tafalla 137/2021 de 22 de octubre de 2021

En este caso se presenta demanda de modificación de la capacidad, a instancia del Ministerio Fiscal y los hijos de una mujer con discapacidad de 96 años. Los hijos solicitan, además, autorización judicial para el internamiento de su madre en una residencia de ancianos argumentando que vive sola, que tiene mal carácter, que no controla horarios, no acude al médico etc. La sentencia considera que aunque es comprensible la petición de sus hijos de que su madre ingrese en una residencia, **en el procedimiento judicial no se ha acreditado que sufra una enfermedad que limite su capacidad de decisión ni que se encuentre impedida para tomar sus propias decisiones por lo que debe respetarse la máxima autonomía de esta en el ejercicio de su capacidad jurídica y atender en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias considerando que ni procede adoptar ninguna medida de apoyo a la capacidad ni autorizar la solicitud de internamiento.**

El fallo de la sentencia DESESTIMA la petición de los hijos y no procede en este momento autorizar el ingreso de la persona en una residencia de ancianos.

.- Sentencia de la Audiencia Provincial Sevilla 28 de octubre de 2021 Recurso interpuesto por persona con discapacidad en la que solicita nombramiento de defensor judicial ya que el curador que había sido nombrado se opone a la venta de un inmueble que la persona con discapacidad quiere efectuar

La sentencia estima el recurso porque afirma que debe prevalecer la voluntad de la promotora. La promotora y su esposo, personas mayores y enfermas no quieren seguir teniendo un piso en la playa, que no disfrutan y que solo genera gastos. El curador prefiere conservar el piso en el patrimonio familiar y aduce que no existe necesidad de venderlo y que tampoco le gusta el precio ofrecido. Esta diferencia de preferencias se debe resolver a favor del respeto a la voluntad de la promotora del expediente y de su marido, que no está incapacitado y que de facto se ve privado por su hijo de la libre disposición de sus bienes. Se nombra defensor judicial a la persona propuesta por la promotora, sin que el hecho de que sea extraña a la familia sea óbice para ello, máxime cuando la compraventa se realizará ante notario, funcionario encargado por ley de desempeñar un importante papel de garantía en las operaciones en que intervengan personas con discapacidad.

b.- Prevalencia de medidas voluntarias e informales

Premisas:

- .- Carácter principal de las medidas voluntarias (acuerdos de apoyo, autoguarda y poderes preventivos)**
- .- luego guarda de hecho**

.- luego medidas judiciales y legales (carácter subsidiario de las medidas legales y judiciales frente a las voluntarias e informales)

LAS MEDIDAS FORMALES JUDICIALES. Son la última ratio: Solo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona con discapacidad (art. 249); solo en defecto o por insuficiencia de las medidas voluntarias y a falta de guarda de hecho (art. 255)

b.1.- Se desestima la provisión judicial de apoyos por considerar que la persona puede otorgar un acuerdo de apoyos ante Notario

.- SAP Coruña, 8 octubre 2021 deja sin efecto la declaración de incapacitación y su sometimiento a curatela por considerar que en la situación actual ya no es medida necesaria y que la persona puede, si lo desea, tomar previsiones voluntarias conforme al artículo 255 Cc

.- AJPI n.º 2 Guadix 11 enero 2022 se archiva el expediente por entender que la persona con discapacidad se encuentra con capacidad suficiente para determinar las medidas de apoyo que precisa de forma voluntaria ante Notario.

.- SAP Orense 18 mayo 2022 desestima la solicitud de apoyos por parte del hijo al existir un poder preventivo;

.- SJPI Tafalla 22 octubre 2021 desestima la solicitud de provisión de apoyos de los hijos de una mujer mayor que vive sola, al considerar la autoridad judicial que no se ha acreditado que sufra ninguna enfermedad que limite su capacidad de decisión ni se encuentre impedida para tomar sus propias decisiones por lo que debe respetarse la máxima autonomía de ésta en el ejercicio de su capacidad jurídica y atender en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias y por ello no procede ni adoptar ninguna medida de apoyo ni autorizar la solicitud de internamiento;

.- SAP Bizkaia 1 febrero 2021 estima el recurso de la persona sometida a tutela y no considera necesaria en el momento actual la provisión de ninguna medida de apoyo;

.- SAP Coruña 26 noviembre 2021 estima el recurso interpuesto por la persona con discapacidad contra la sentencia que declara la incapacidad y sometimiento a tutela y la Sala concluye que no se aprecia necesidad de provisión de apoyos.

b.2. Mantenimiento de la guarda de hecho ante peticiones de curatela representativa

.- Sentencia del Tribunal de Primera Instancia núm. 6 de Jaén, 545/2021, de 22 de septiembre de 2021

Es el caso de una mujer con una discapacidad intelectual del 65%. Su progenitora, que ejerce la guarda de hecho, solicita como demandante la declaración de incapacidad (15 de febrero de 2021) antes de la entrada en vigor de la reforma. En la sentencia se mantiene que la discapacidad intelectual de la demandada no le impide ejercer adecuadamente su capacidad jurídica por sí misma con la ayuda que ya cuenta de su progenitora y que, por tanto, conviene desestimar la demanda sin adoptar judicialmente ningún tipo de medida de apoyo, al **estar bajo la guarda de hecho de su madre, que deberá seguir ejerciendo la misma**. Todo ello, sin perjuicio de que, en el supuesto de

que excepcionalmente necesite ejercer funciones representativas de su hija, pueda pedir la correspondiente autorización judicial a través del pertinente expediente de jurisdicción voluntaria, como establece el art. 264 CC. Se insiste en el **respeto a la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad** y en los principios de necesidad y proporcionalidad. Se descarta la importancia del informe del Médico Forense tachándolo de “escueto” y sin hacer ninguna mención “en torno a las pruebas e intervenciones que haya podido llevar a cabo con la demandada y el resultado de las mismas, para llegar a la referida conclusión”. Además, afirma que el citado informe del Médico Forense entra en total contradicción con la opinión que se formó de la demandada en el acto de la vista -capaz de desarrollar su propio proceso de toma de decisiones con el apoyo de guarda de hecho que ya está ejerciendo su madre- así como con las entrevistas que tuvo con su madre y tío, quienes reconocieron que con apoyos podía valerse por sí misma).

.- Sentencia del Tribunal de Primera Instancia núm. 7 de Sevilla, 561/2021, de 27 septiembre 2021

Mujer de 65 años con demencia moderada que requiere supervisión y ayuda en las actividades funcionales de la vida diaria, teniendo serias carencias para el manejo de dinero. La persona demandante, que venía ejerciendo como guardador de hecho, solicita curatela. El Tribunal afirma: Siendo la guarda de hecho la figura primordial de apoyo de las personas con discapacidad, **no procede el nombramiento de un curador con facultades de representación**, sino que lo procedente es que el demandante **continúe ejercitando la guarda de hecho**, tal y como lo venía haciendo, pidiendo la correspondiente autorización judicial en el caso excepcional de que debiese realizar algún acto representativo distinto de los previstos en el art. 264.III CC. Se apoya en la Convención y en la nueva regulación.

.- Sentencia de la Audiencia Provincial de Bilbao de 15 de febrero del 2022

Persona con alzheimer cuya hija solicita la modificación de la capacidad jurídica, medios de apoyo y que se le nombre tutora. Se admite la demanda y la fecha de juicio cae una vez entrada en vigor la reforma. Se aplica la Disposición Transitoria 6ª y la parte actora ratifica su solicitud. El MF “alegó la existencia de un guardador de hecho, cuyo apoyo a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica entendió adecuado y suficiente sin necesidad de adoptar medida judicial de apoyo.” La sentencia afirma que no hay lugar para la pretensión deducida por la hija en relación con la adopción de medidas judiciales de apoyo de la PCD, dada la **existencia de una guarda de hecho adecuada y suficiente** y se cierra el expediente.

Uno de los mayores **problemas** que se han detectado en los primeros tiempos de aplicación de la Ley 8/2021, pues **ni los Bancos ni las Aseguradoras ni las Administraciones Públicas reconocen al guardador de hecho “puramente fáctico” y exigen acreditar la legitimación para actuar**, lo que ha determinado la necesidad de acudir a la autoridad judicial para que reconozca la existencia de la guarda de hecho con

el cierre del expediente, constituyendo el auto prueba de la guarda de hecho(SJPI n.º 5 Córdoba 30 septiembre 2021; SJPI n.º 6 Jaén 22 septiembre 2021; SJPI n.º 7 Sevilla 27 septiembre de 2021; SJPI n.º 5 Córdoba 30 septiembre 2021; AJPI n.º 3 Córdoba, 11 enero 2022; AJPI n.º 5 Córdoba 7 febrero 2022; AJPI n.º 14 Bilbao, 15 febrero 2022; AAJPI n.º 5 Benidorm 22, 23 y 24 febrero 2022; SJPI n.º 3 Calahorra 9 marzo 2022; SJPI n.º 7 Cartagena 21 marzo 2022; SJPI Málaga 27 abril 2022; AJPI N.º 5 Córdoba, 21 julio 2022).

b.3. Mantenimiento de los apoyos voluntarios

.- Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba 264/2022 de 8 de abril

El Ministerio Fiscal había interpuesto demanda de incapacitación, y sentencia de primera instancia declaró la incapacidad plena de la persona y su sometimiento a tutela (24/05/2021). El defensor judicial interpuso recurso de apelación planteando, por un lado, el error en la valoración de las pruebas y la indebida aplicación del art 200 cc; y por otro lado la nulidad de la sentencia en razón de la entrada en vigor de la Ley 8/2021. La Audiencia Provincial dejó sin efecto la sentencia recurrida. En su sentencia afirma que no existe prueba directa o indirecta alguna suficientemente acreditativa de situaciones o circunstancias que objetivamente determinen la necesidad de una provisión judicial de cualquier variedad de apoyo al margen de los **apoyos voluntariamente adoptados**; y no puede omitirse, que dicha falta de acreditación o incluso la existencia de una duda al respecto, nunca puede pesar sobre don Vicente por cuanto que ello supondría una severa infracción de los principios reguladores de la carga de la prueba en sentido formal y material

b.4. Poder preventivo frente a curatela

.- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (24ª) 25 noviembre 2021. Ponente: Ángel Luis Campo.

Es el caso de una mujer de 96 años con deterioro físico, asumido por ella y corroborado por los informes médico y forenses. El Ministerio Fiscal interpone demanda de provisión de apoyos que es estimada y se somete a la persona con discapacidad a tutela y declarándose extinguido el poder preventivo que ésta había otorgado a favor de su sobrina. La persona con discapacidad recurre en apelación solicitando que no se declare extinguido el poder otorgado a su sobrina y que subsidiariamente se le someta a curatela nombrándose curadora a su sobrina. Ante la entrada en vigor de la nueva ley se concede un plazo para acomodar pretensiones y suplico a la nueva ley. La persona con discapacidad solicita que se mantenga la vigencia del poder y subsidiariamente se constituya una curatela. El Ministerio Fiscal considera el poder como apoyo suficiente. En fallo se dice: *“consideramos que se debe estimar el recurso de apelación formulado, y en consecuencia acordar: a) dejar sin efecto la declaración de modificación de capacidad, b) dejar sin efecto la tutela constituida en la sentencia apelada, al haber dejado de existir dicho apoyo, c) en su lugar, no procede fijar una curatela, sino más bien declarar la validez y eficacia del poder notarial preventivo... por considerar que es un apoyo suficiente y respeta su voluntad y decisión, y salvaguarda mejor su dignidad y situación personal y familiar; y d) Como no deja de ser una medida de apoyo, que se ha*

establecido judicialmente, entendemos que debe ser objeto de revisión anual (dada su edad a fin de valorar las actuaciones que con dicho poder ha realizado la apoderada y valorar si es necesario una modificación o ampliación de los apoyos que precisa.... dada la discapacidad de X entra en vigor la prórroga del poder preventivo otorgada por ello a favor de Dª que a falta de otras concreciones en dicho poder, quedará sujeto a las reglas aplicables a la curatela en todo aquello no previsto en el poder.

c. Delimitación del campo de los apoyos

Premisas

.- Sistema/medidas de apoyo

.- tendrán por finalidad permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad (249Cc)

.- su función es asistir a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica en los ámbitos en los que sea preciso, respetando su voluntad, deseos y preferencias (250Cc).

.- SAP Córdoba 15 septiembre 2021 que deja sin efecto la incapacitación y el sometimiento a tutela de una persona que sólo precisa apoyo puntual meramente asistencial o sanitario;

.- SAP Coruña 20 octubre 2020, estima el recurso de apelación interpuesto por la persona con discapacidad incapacitada parcialmente para la esfera de la salud y con prohibición de portar armas; considera que la persona es consciente de su enfermedad, con un estricto cumplimiento de las recomendaciones médicas, que cuenta con una red familiar muy cercana en el medio rural que la posibilidad más o menos remota de que en un futuro pudiera producirse una descompensación no justifica con la actual legislación el sometimiento a ningún tipo de apoyo, máxime cuando en cualquier caso tiene a sus familiares cercanos que asumirían inmediatamente una guarda de hecho. Se considera, atendiendo a lo dispuesto en el art. 249 Cc, que la curatela a los meros efectos de control de la toma de medicación, no es una medida ni necesaria ni proporcional.

.- SAP Valencia 10 febrero 2022 declara no haber lugar a la provisión de apoyos pues sólo se precisa supervisión para la toma de medicación y esta función la asume el centro penitenciario donde está internada la persona con discapacidad y lo que se precisa es la provisión de recursos asistenciales por parte de los servicios sociales y ello nada tiene que ver con el ejercicio de la capacidad jurídica;

.- AP Barcelona 8 febrero 2022, en respuesta a la apelación de la persona con discapacidad incapacitada parcialmente conforme a la regulación anterior, entiende que una esquizofrenia compensada y con conciencia de la enfermedad no exige una medida de apoyo. La persona no necesita apoyo y se beneficia de un seguimiento de los servicios sociales que asegura su bienestar. Se considera inevitable el riesgo de descompensación como cualquier otra persona y es recomendable el apoyo social más por su situación social (aislamiento) que por su dolencia.

.- **SAP Coruña 2 marzo 2022** estima el recurso planteado por la persona con discapacidad contra la decisión que la incapacita parcialmente (supervisión medicación y actos patrimoniales complejos) y resuelve no haber lugar a la provisión judicial de apoyos en aplicación del principio de necesidad (no es necesario un apoyo para supervisar una medicación y para gestionar una pensión no contributiva tampoco).

.- **SAP Barcelona 16 febrero 2022** que estima el recurso y declara la necesidad de apoyos sólo en la esfera de la salud y anula el fallo de la sentencia recurrida que lo extendía a la esfera patrimonial y a la posibilidad de fijar su residencia: la intervención del asistente debe limitarse al ámbito del cuidado de la salud y toma de medicación, lo que debe abarcar en cuanto al área de cuidado personal a la interlocución con los facultativos que atiendan a X, con el consiguiente derecho de información y posibilidad de prestar consentimiento informado por representación en los términos establecidos en la ley 21/2000, de 29 de diciembre sobre los derechos de información concernientes a la salud y la autonomía del paciente, y la documentación clínica, lo que incluye que el asistente tenga acceso al conocimiento sobre el estado de la atención médica de X, pueda hablar con los facultativos sobre el paciente, acompañarle y estar legitimado para interesar su internamiento y recabar para ello la autorización judicial pertinente cuando sea necesario

Y es que, un tema a discutir, es el alcance de los apoyos

Como han señalado algunos, el seguimiento de la aplicación de la nueva ley por parte de jueces y tribunales pone de manifiesto que, en muchas ocasiones, al determinar la esfera en la que es precisa la asistencia o la representación del curador, se hace referencia a las actividades básicas de la vida diaria (ABVD), tales como el aseo personal, vestirse, comer, desplazamientos, comprar, preparar la comida, limpiar la casa, telefonar. En este sentido, pueden consultarse, entre otras, las siguientes decisiones judiciales: SAP PO, 17 septiembre de 2021; SJPI Massamagrell 21 septiembre 2021; SAP Palma de Mallorca 5 octubre 2021; SJPI n.º 14 Bilbao 6 octubre 2021; SAP Pontevedra 19 y 28 octubre 2021; SJPI n.º 9 Castellón 23 septiembre 2021; SJPI Archidona 23 septiembre 2021; SJPI Tafalla 28 septiembre 2021; SAP Valladolid 2 noviembre 2021; SAP Valencia 10 febrero 2022; SJPI Castellón 13 febrero 2022; SAP Bizkaia 18 febrero 2022; SJPI n.º 2 Paterna 1 y 2 marzo 2022; SAP Madrid 11 marzo 2022; AJPI n.º 14 Bilbao 4 abril 2022; SJPI n.º 2 Torre Vieja 7 abril 2022; AJPI Balmaseda 19 abril 2022; SAP Valencia 21 abril 2022; SAP Pontevedra 21 abril 2022; AJPI n.º 7 Castellón de 6 de mayo de 2022.

También se procede a dualizar las medidas, distinguiendo apoyos para el cuidado de la persona en su vida diaria (ABVD) y apoyos para el resto de los actos. En este sentido, la SAP PO 17 de septiembre de 2021 nombra guardadora a la madre porque hace la comida a su hijo con problemas de salud mental, al tiempo que se nombra curadora a la FUNGA; igualmente en SAP PO 28 octubre 2010 nombra guardadora de hecho a la madre para la ingesta de medicación; la SJPI n2 Paterna 2 marzo 2022 encomienda el cuidado de las actividades básicas de la vida diaria al personal del centro donde la persona está internada; la SJPI n.º 4 Carlet, de 31 de marzo de 2022 reconoce

la guarda de hecho ejercida por el marido en el cuidado y la esfera personal y nombra curador representativo a un sobrino en el ámbito jurídico y administrativo.

4.2.2.- Malas prácticas

a) Resoluciones que no se han enterado de la reforma; b) Resoluciones que privan derechos; c) Resoluciones contrarias a la voluntad de la persona con discapacidad; d) Resoluciones que optan por la curatela y que no establecen plazo de revisión; e) Resoluciones que no recaban la voluntad de la persona con discapacidad; f) Resoluciones que adoptan medidas no necesarias; g) Ausencia de dictámenes de especialistas más allá de los de los médicos forenses; h) Pero sobre todo, resoluciones que pasan de tutela a curatela representativa prácticamente como un simple cambio de nombre

a.- Resoluciones que, directamente, parecen no haberse enterado de la reforma

.- Sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo de 27 de octubre de 2021, nº 428/2021

Se desestima el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia que declaraba la incapacitación, confirmando la decisión de nombrar tutor, se dice que en beneficio del discapacitado, y respetando así el mandato legal y jurisprudencia de nuestro más alto Tribunal sobre la materia, en el sentido de que la incapacitación ha de adaptarse a la concreta necesidad de protección de la persona afectada (lo que el Tribunal Supremo viene calificando como un " traje a medida" como expresa la sentencia del Tribunal Supremo núm. 341/2014, de 1 de julio).

.- Sentencia Juzgado de Primera Instancia Número 1 de Motril de 28 de enero de 2022

Si bien se cita la CDPD y la reforma, se resuelve el caso desde el antiguo paradigma sustitutivo. Se declara la **incapacitación total** tanto para el gobierno de su persona como para la administración de sus bienes. La sentencia incluso va más allá del dictamen médico que entiende restringida la capacidad exclusivamente en materia de derechos patrimoniales. Por otro lado, no se deja ver en la sentencia que la persona haya tenido participación durante el proceso ni tampoco respecto de la elección de la Fundación que se designa curadora.

No tan extrema, pero igualmente llamativa es la Sentencia de la Audiencia Provincial de Donostia-San Sebastián, de 17 de septiembre de 2021. Sentencia 1189/2021

Pese a adoptar unos días posterior a la entrada en vigor de la Ley 8/2021 la sentencia basa todos sus fundamentos en el viejo régimen legal y lo hace con una interpretación claramente basada en el modelo médico, dando importancia solamente a los informes médicos y haciendo caso omiso a la persona.

También puede citar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete 608/2021, de 14 de octubre de 2021

No considera la voluntad de la persona porque se considera que no tiene capacidad de obrar suficiente; entiende que la Disposición Transitoria Sexta considera aplicable la regulación anterior a la reforma el orden de preferencia en la designación de tutores del antiguo artículo 213 y todo ello a pesar de que considera beneficioso para la persona pasar los fines de semana y los períodos de vacaciones con el recurrente.

b.- Resoluciones que privan derechos

El nuevo sistema impide que, en la práctica, se produzca esta situación, de una parte, porque en el artículo 269 CC se prohíbe incluir en la resolución judicial la mera privación de derechos

A pesar de esta prohibición, algunas decisiones judiciales siguen incluyendo privación de actos como el testamento (AJPI Gernika n.º 1 1 diciembre 2021; AJPI n.º 5 Benidorm 24 febrero 2022; AJPI n.º 7 Castellón 6 mayo 2022), capitulaciones matrimoniales (SAP Valladolid 11 abril 2022), uso de armas y conducción de vehículos (SAP Santander 29 octubre 2021; SAP Coruña 3 marzo 2022).

c.- Resoluciones contrarias a la voluntad de la persona con discapacidad y con escasa justificación

El eje que vertebra esta nueva regulación viene representado por el **respeto a los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona**. Sin embargo, los datos revelan que esto sólo se hace en un 35% de los casos. De nuevo, estos porcentajes no varían si comparamos los datos de 2021 y 2022.

.- Sentencia de la Audiencia Provincial de Gijón, 31 de marzo 2022

La PCD claramente expresa no querer estar en centro residencial y claramente expresa (y su hermano lo ratifica en testimonial) que la relación con su hermano no es estrecha. Pese a ello, se le nombra curador (en lo patrimonial) a su hermano y se ratifica el ingreso al centro residencial.

Se podrían haber buscado otras alternativas, pese a ello el tribunal decide ignorar la voluntad de la persona bajo el pretexto de que es en beneficio de su integridad personal.

El tribunal expresa que estimar el recurso de dicho ingreso (al centro residencial) significaría que se produjeran nuevos ingresos involuntarios. El Tribunal no tuvo en cuenta el resto de las medidas que la nueva ley ofrece y con las cuales se podría haber respetado la voluntad de la persona y mantenido su integridad.

Otras resoluciones que plantean serias dudas:

.- SAP Murcia, 8 octubre 2021: en los casos en que existe una clara necesidad asistencial cuya ausencia está provocando un grave deterioro personal que le impide el ejercicio de sus derechos y las necesarias relaciones con las personas de su entorno y la salvaguarda de su propia salud, justifica la adopción de las medidas asistenciales, aun en contra de la voluntad del interesado ... el trastorno que provoca la situación de necesidad de apoyo le impide tener una conciencia clara de su situación ...

.- SAP Valladolid 12 abril 2022 que también sostiene que pueden adoptarse en contra de la voluntad del interesado porque el trastorno que provoca la situación de necesidad de apoyo le impide tener una conciencia clara de su situación.

d.- Resoluciones que optan por la curatela y no establecen plazo de revisión

En este sentido, puede ser citadas las siguientes sentencias: SAP Valencia 16 septiembre 2021; SJPI Tafalla 28 septiembre 2021; SAP Murcia 8 octubre 2021; SAP Navarra 21 octubre 2021; SAP Cádiz 27 octubre 2021; SAP Santander 29 octubre 2021; SAP Bizkaia 18 enero 2022; SAP Guipúzcoa 28 enero 2022; SAP Valencia 10 febrero 2022; SAP Bizkaia 18 febrero 2022; SAP Coruña 3 marzo 2022; SAP Madrid 11 marzo 2022; SAP Pontevedra 17 marzo 2022; SAP Pontevedra 18 marzo 2022; SAP Oviedo 31 Marzo 2022; SAP Valencia 27 abril 2022; SPI n.º 2 Torre Vieja 29 abril 2022.

También es significativo que las que optan por 6 años no justifiquen esa excepción: SJPI Archidona 23 septiembre 2021; SJPI n.º 7 Guadalajara 20 octubre 2021; AJPI n.º 1 Gernika 1 diciembre 2021; SJPI n.º 6 Baracaldo 22 diciembre 2021; SJPI n.º 2 Torre Vieja 10 febrero 2022; SJPI n.º 2 Torre Vieja 23 febrero 2022; AJPI n.º 5 Benidorm 24 febrero 2022; SJPI n.º 2 Torre Vieja 9 marzo 2022; SJPI Picassent 9 marzo 2022; SJPI n.º 6 Cartagena 17 marzo 2022; AJPI Balmaseda 19 abril 2022; AJPI n.º 1 Gernika 27 abril 2022; AJPI Gernika 28 abril 2022; AJPI n.º 7 Castellón 6 mayo 2022; SJPI n.º 16 Granada 23 mayo 2022.

Del análisis de los plazos establecidos en las resoluciones judiciales consultadas puede concluirse que los plazos legales de tres años y seis años son los más frecuentes y otros de menor duración son menos habituales.

e.- Resoluciones que no recaban la voluntad de la persona con discapacidad

.- Auto del Tribunal de Primera Instancia n.º 14, de Bilbao, de 16 de noviembre. Auto n.º 3499/2021

Se limita a establecer la curatela representativa solicitada por los progenitores de la persona con discapacidad sobre la base de los informes médicos, los cuales se ciñen a indicar la incapacidad de la persona para realizar la mayoría de las actividades de la vida diaria sin recabar la voluntad y preferencias de la persona, y sin contemplar la

posibilidad de otras medidas menos restrictivas. El Ministerio Público entiende que la guarda de hecho vigente no sería medida de apoyo suficiente.

.- Auto del Tribunal de Primera Instancia n. 30, de Madrid, de 24 de mayo de 2022.)

Se limita a establecer la curatela representativa solicitada por los progenitores de la persona con discapacidad sobre la base de los informes médicos, los cuales se ciñen a indicar la incapacidad de la persona para realizar la mayoría de las actividades de la vida diaria sin recabar la voluntad y preferencias de la persona, y sin contemplar la posibilidad de otras medidas menos restrictivas.

f.- Resoluciones que se extralimitan

.- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 9 de febrero 2022

Bastaría una asistencia simple, no representativa, en particular en todo lo relativo a la esfera de la salud; sobra la referencia a la supervisión de las actividades vida diaria y de las instrumentales.

.- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 28 de abril de 2022

La sentencia es confusa en cuanto a los contornos de la representación (que más parece de sustitución) y lo que denomina “acompañamiento” que, seguramente, deba ser una asistencia; sin embargo, no especifica hasta dónde llega una y donde empieza la otra. No se tienen en cuenta adecuadamente la voluntad, deseos y preferencias; no se respeta la libre voluntad de la paciente acerca del tratamiento médico. Además, extiende el apoyo hacia áreas no solicitadas por ninguna de las partes en el procedimiento (laboral, de relación...). Se designa curadora a una fundación en contra de los deseos de la concernida.

Desde este punto de vista, resultan especialmente criticables las numerosas sentencias que se inclinan por la **constitución de una curatela representativa y que hacen alusión al artículo 9.2 de la Ley sobre los derechos del paciente que es anterior a la reforma de 2021 y que debe ser interpretado desde los nuevos principios informadores del sistema de apoyos diseñado en el Código civil** (SAP Valencia, 16 septiembre 2021; SJPI Archidona 23 septiembre 2021; SJPI n.º 9 Castellón 4 octubre 2021; SAP Palma de Mallorca 5 octubre 2021; SJPI n.º 14 Bilbao, 6 octubre 2021, SJPI n.º 14 Bilbao, 16 noviembre 2021; AJPI n.º 5 Benidorm 24 febrero 2022; SAP Pontevedra 18 marzo 2022; AJPI n.º 1 Gernika, 27 abril 2022; AJPI n.º 30 Madrid, 24 mayo 2022.).

Algunas decisiones resultan particularmente criticables, con grave vulneración del artículo 12 y 14 CNY y las correspondientes Observaciones Generales del Comité;

.- SAP León, 31 marzo 2022 en la que la persona con discapacidad pide que se sustituya la tutela adoptada por la curatela y que se levante el ingreso en el centro residencial ratificado en la instancia; la Sala mantiene el ingreso porque si no se producirían nuevos ingresos involuntarios.

.- SAP Guipúzcoa 28 enero 2022 concluye que no es posible atender al deseo de volver a su vivienda “de cara a un aseo digno, a una alimentación suficiente, a mantener un

mínimo de relación adecuada con sus vecinos y a llenar su tiempo de manera saludable ... Si no tiene supervisión permanente puede poner en peligro su vida o la de terceros, por lo que se confirma la sentencia en este aspecto y se sustituye la tutela por curatela representativa”.

g.- Resoluciones que se apoyan en dictamen de especialista que no es médico forense

Sólo un 8% de las resoluciones se apoyan en un dictamen en el que participa un especialista que no sea médico forense.

h.- Resoluciones que pasan de tutela a curatela representativa simplemente como un cambio de nombre.

.- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, 12145/2021 de 19 de octubre de 2021

Si bien se revoca la sentencia de incapacitación, se replican en la figura de asistencia las funciones representativas en todos los ámbitos (solo parece modificar la terminología). Por otro lado, en relación a quién ejerce la asistencia, no se ha dado participación a la joven durante el proceso (o al menos no se deduce de la lectura de la sentencia).

.- Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de Tafalla 819/2021, de 28 de septiembre de 2021

La hija interpone demanda en la que solicita la declaración de incapacidad del padre diagnosticado con enfermedad de Alzheimer. Teniendo en cuenta el diagnóstico, la exploración judicial y la opinión de la hija y de los dos hijos que “explicaron que el padre no puede vivir sólo teniendo una dependencia total necesitando la ayuda de terceras personas para todas las actividades de la vida diaria” **y dado que conforme a la nueva ley 8/2021 “no cabe hablar de tutela sino de curatela”,** se nombra curadora con funciones de representación a su hija (“habiéndose acreditado en juicio tanto su capacidad para ejercerla como su disposición. Así lo manifestó ella enjuicio y todos los familiares directos del discapaz”). La curadora debe “prestar el apoyo necesario para las actividades cotidianas, situación económica y administración de sus bienes, consentimiento en tratamientos médicos y seguimiento de pautas de alimentación y médicas”

.- Sentencia del Tribunal de Primera Instancia núm. 2 de L'Hospitalet de Llobregat, 264/2021, de 17 de septiembre de 2021

Persona menor de edad con síndrome de Down. Petición de prórroga de la patria potestad. Con la reforma se solicita apoyos consistentes en asistencia representativa (curatela representativa) en el ámbito personal, de salud, económico patrimonial y jurídico administrativo. Se opta por una curatela representativa y muy amplia -a pesar

de los principios de necesidad y proporcionalidad y del carácter supuestamente excepcional que deben tener las funciones representativas -para una discapacidad intelectual que se reconoce como moderada y que podría tratarse con apoyos menos limitantes para los derechos del demandado, como una guarda de hecho en el entorno familiar.

.- Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 27 de abril de 2022

Es un claro ejemplo de equiparación automática de tutela e incapacidad total a curatela representativa. Además, curatela no parece necesaria y bastaría con guarda de hecho.

También en este punto, la aplicación judicial de la nueva ley resulta, en conjunto, un tanto decepcionante, y no sólo por el importante número de sentencias que constituyen curatelas con función de representación¹ frente a las curatelas meramente asistenciales², sino porque, en la determinación de los actos que precisan asistencia o representación, se incluye un amplio catálogo de actos que abarca la práctica totalidad de la vida jurídico-económica de la persona (actividades básicas de la vida diaria, esfera de la salud, lugar de residencia, actos de naturaleza económica, administrativa y jurídica y, a veces, a pesar del artículo 269 CC, algunas prohibiciones).

5.- UNAS ÚLTIMAS CONSIDERACIONES

5.1.- Sobre las revisiones

La Ley 8/2021 contiene una serie de **disposiciones transitorias** entre las que interesa destacar dos: la 5ª y la 6ª.

La Disposición transitoria 5ª, dice:

¹ SAP Valencia 16 septiembre 2021; SJPI Archidona 23 septiembre 2021; SAP Santander 23 septiembre 2021; SJPI Tafalla 28 septiembre 2021; SJPI n.º 9 Castellón 4 octubre 2021; SAP Palma de Mallorca 5 octubre 2021; SJPI n.º 6 Baracaldo 13 octubre 2021; SAP Valencia 20 octubre 2021; SAP Navarra 21 octubre 2021; SJPI n.º 7 Guadalajara 20 octubre 2021; SAP Navarra 28 octubre 2021; AJPI n.º 14 Bilbao, 16 noviembre 2021; SJPI n.º 2 Paterna 2 diciembre 2021; SJPI n.º 6 Baracaldo 22 diciembre 2021; SJPI n.º 6 Baracaldo 22 diciembre 2021 (418/2021); SAP Madrid 21 enero 2022; SAP Guipúzcoa 28 enero 2022; AJPI n.º 6 Baracaldo 2 febrero 2022; SAP Valencia 10 febrero 2022; SJPI Castellón 13 febrero 2022; AJPI n.º 5 Benidorm 24 febrero 2022; SJPI n.º 2 Paterna 1 marzo 2022; SJPI n.º 2 Paterna 2 marzo 2022; SJPI n.º 4 Carlet 7 marzo 2022; SJPI Picassent 9 marzo 2022; AJPI n.º 5 Benidorm 10 marzo 2022; SAP Madrid 11 marzo 2022; SJPI n.º 6 Cartagena 17 marzo 2022; SAP Pontevedra 18 marzo 2022; AJPI n.º 14 Bilbao 4 abril 2022; SJPI n.º 2 Paterna 5 abril 2022; SAP Coruña 6 abril 2022; SJPI n.º 2 Torrevieja 7 abril 2022; SAP Pontevedra 21 abril 2022; SAP Pontevedra 28 abril 2022; SAP Valladolid 12 abril 2022; AJPI Balmaseda 19 abril 2022; SAP Valencia 21 abril 2022; AJPI n.º 1 Gernika 27 abril 2022; SAP Valencia 27 abril 2022; AJPI Gernika 28 abril 2022; SAP Salamanca 13 mayo 2022; SJPI n.º 16 Granada 23 mayo 2022; AJPI n.º 30 Madrid 24 mayo 2022; SJPI n.º 16 Granada 9 junio 2022.

² SAP Córdoba 15 septiembre 2021; SAP Pontevedra 19 octubre 2021; SAP Madrid 25 octubre 2021; SAP Cádiz 27 octubre 2021; SAP Santander 29 octubre 2021; SAP Valladolid 2 noviembre 2021; AJPI n.º 1 Gernika 1 diciembre 2021; AJPI n.º 14 Bilbao 10 enero 2022; AJPI n.º 14 Bilbao 10 marzo 2022; SAP Pontevedra 21 marzo 2022; AJPI n.º 14 Bilbao 4 de abril 2022.

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

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

Por su parte la Disposición transitoria 6ª señala:

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

Solo un 16% de las resoluciones examinadas tienen que ver con la Disposición Transitoria 5ª, lo que quiere decir que el **ritmo de revisiones es bajo**, sin que hayamos observado un cambio significativo en términos porcentuales entre 2021 y 2022.

5.2.- Sobre las medidas no voluntarias y formales

La reforma, como no podría ser de otra forma, da prioridad a las medidas voluntarias (lo que son los acuerdos de apoyo, la autotutela y los poderes preventivos), seguidas de la guarda de hecho y, en último lugar, las medidas judiciales y legales (tutela, defensor judicial y guarda legal de la entidad pública que en el respectivo territorio tenga encomendada la función de apoyo).

Sin embargo, de nuestro análisis se deduce que un 50% de las resoluciones se decantan por una medida judicial. En concreto, un 35% se pronuncian por una tutela representativa y un 15% por una tutela asistencial con apoyos en ámbitos personales, de la salud o patrimoniales. Estos porcentajes no cambian si comparamos los datos de 2021 y 2022.

La normativa señala que solo “en casos excepcionales, cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona, las medidas de apoyo podrán incluir funciones representativas”. Y además, que “en el ejercicio de esas funciones se deberá tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación”.

Pero ya hemos visto la atención que se presta a la voluntad de la persona con discapacidad.

Es importante recordar que la bondad del nuevo sistema de apoyos no puede medirse de manera absoluta por las tutelas que se constituyan y que están marcadas

por el procedimiento iniciado conforme a la regulación anterior, ni por los procedimientos contradictorios. El nuevo sistema se medirá también por el número de medidas informales y voluntarias vigentes.

En todo caso, en opinión de los especialistas del Observatorio, un 20% de las Resoluciones se acomodan completamente a la filosofía de la reforma, si bien, ese porcentaje aumenta hasta el 50% si contemplamos una acomodación parcial.