

# La adopción de medidas de apoyo a personas con discapacidad: la jurisdicción voluntaria y el procedimiento contencioso

## The adoption of support measures for people with disabilities: the voluntary jurisdiction and the contentious procedure

RAQUEL LÓPEZ JIMÉNEZ

*Profesora Titular de Derecho Procesal*

*Universidad Carlos III de Madrid*

*Miembro del Instituto “Alonso Martínez” de Justicia y Litigación*

ORCID ID: 0000 0002 5409 3738

Recibido: 30.06.2022 / Aceptado: 19.07.2022

DOI: 10.20318/cdt.2022.7196

**Resumen:** La aprobación de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica, ha supuesto la implantación en nuestro Ordenamiento jurídico de un nuevo paradigma de modelo de discapacidad, tal y como se prevé en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, celebrada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, inspirado en los mecanismos de asistencia a las personas con necesidades.

El punto de partida de dicha reforma es la desaparición de la regulación legal de cualquier declaración judicial de modificación de la capacidad de las personas. En este sentido, el sistema implantado gira en torno a la sustitución del tradicional sistema de representación en la toma de decisiones por el sistema de asistencia y apoyo previsto en la Convención donde la pieza clave de dicho sistema es atender principalmente a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad. Para atender a dicho objetivo, se han suprimido los antiguos procedimientos de modificación de la capacidad por un expediente de jurisdicción voluntaria y un procedimiento especial de adopción de medidas judiciales de apoyo. El legislador ha otorgado una relevancia fundamental a la jurisdicción voluntaria, dando preferencia a dicho procedimiento y atribuyendo el carácter de subsidiario al procedimiento contencioso contemplado en la LEC.

En el presente estudio, se analiza, sin pretender agotar la vasta temática, además del fundamento y el marco jurídico aplicable de dicha reforma, también los procedimientos de adopción de medidas de apoyo profundizando en el proceso especial regulado en la LEC.

**Palabras clave:** Discapacidad, autonomía, interés, jurisdicción voluntaria, medidas de apoyo.

**Abstract:** The approval of Law 8/2021, 2 June, which reforms the civil and procedure legislation for the support of persons with disabilities in the exercise of their legal capacity, has resulted in the implementation of a new vision of the model of disability in our legal system, as established in the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, celebrated in New York on 13 December of 2006, inspired on the mechanisms of support for persons with disabilities.

The departure point of this reform is the extinction of the legal regulation in relation to any legal declaration which modifies the legal capacity of persons. In this sense, the implemented system subs-

titutes the traditional system of representation regarding the decision-making process by the system of aid and support planned in the Convention, being the main concern of this system to look after the willingness, the desire and the preferences of the person with disabilities. To focus on this goal, the former proceedings regarding the modification of the legal capacity through a voluntary jurisdiction proceeding, establishing a special proceeding on the adoption of judicial measures of support. The lawmaker has given a great importance to the voluntary jurisdiction proceedings, placing priority to them over the contentious proceedings under the Spanish procedural law, which has a subsidiary character.

The current essay will develop, not intending to exhaust the vast topic, the basis and the legal framework of application to the reform as well as the proceedings of the adoption of specialized support regulated in the Spanish procedural law.

**Keywords:** Disability, autonomy, interest, voluntary jurisdiction, support measures.

**Sumario:** I. Introducción. II. Fundamento y finalidad. III. Antecedentes normativos. IV. La Ley 8/2021 de 2 de junio por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. A) Breve apunte a las principales reformas. B) El protagonismo de la autonomía de la voluntad de la persona discapacitada frente al mejor interés de la persona con discapacidad. V. Solicitud de medidas de apoyo ante la autoridad judicial. A) El expediente de jurisdicción voluntaria. B) El procedimiento civil especial previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil. a) Introducción. b) Aspectos generales de los procesos contemplados en el título I del libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil. c) Ámbito de aplicación. d) Competencia. e) Clase de procedimiento. f) Partes legitimadas. g) Intervención de terceros. h) Comparecencias. i) Prueba. j) Sentencia. k) Notificación de la sentencia. l) Medidas cautelares. VI. Conclusiones. VII. Bibliografía.

## I. Introducción

1. La regulación actual de los procedimientos atinentes a las personas con discapacidad tiene necesariamente que ser una legislación que, independientemente de su concreta regulación, se dirija a ser *“respetuosa con la discapacidad, integral, justa y satisfactoria, debe partir del valor de su diferencia y tener presente que afecta no sólo a las condiciones de vida de millones de personas, el 10 por ciento de la población mundial, sino también a su dignidad, libertad e igualdad con las demás personas”*<sup>1</sup>. Que una persona sea distinta a otra no significa y no puede significar, y menos jurídicamente, que haya una desigualdad en sus derechos y aún menos en su dignidad. A ello debe tender toda regulación normativa. Además, la discapacidad no es igual en todas las personas, no existe en este sentido una categoría uniforme de personas con discapacidad sino que existen diferentes ámbitos a los que puede afectar la discapacidad (física, intelectual, sensorial, etc.), como también diferentes graduaciones o niveles de discapacidad y por ello la normativa debe reflejar tal diversidad y tender a regularlo adecuadamente atendiendo a las necesidades de cada persona.

2. La reforma que se acomete, llevada a cabo por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica<sup>2</sup>, recoge y asienta la nueva concepción de la discapacidad, pasando de un modelo de discapacidad médico o rehabilitador a un modelo de discapacidad social, tal como ya lo recogía la Convención de 2006, dejando de considerar a la persona con discapacidad el objeto a tutelar y volcando todos los esfuerzos en dar preferencia a la autonomía de la voluntad por encima del interés de la persona con discapacidad, si bien, no descuidando por otro lado el mejor interés del discapacitado<sup>3</sup>. Sin embar-

<sup>1</sup> A. FERNÁNDEZ BUJÁN, “La Ley 8/2021, para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica: un nuevo paradigma de la discapacidad”, en *Diario La Ley*, Nº 9961, Sección Tribuna, 26 de Noviembre de 2021, Wolters Kluwer.

<sup>2</sup> Publicada en el BOE, número 132, de 3 de junio de 2021.

<sup>3</sup> Como indica A. L. PALACIO, “El sistema de notificaciones en el proceso de restricción a la capacidad de las personas”, en

go, la determinación del “interés superior” debe ser sustituida por “la mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias”, tal y como se establece en la Observación al artículo 12 del Comité de Derechos de las personas con Discapacidad<sup>4</sup>.

En el apartado I de la Exposición de Motivos de la Ley 8/2021 se indica precisamente que: “*Se impone así el cambio de un sistema como el hasta ahora vigente en nuestro ordenamiento jurídico, en el que predomina 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, será la encargada de tomar sus propias decisiones*”.

3. Hay que destacar que la reforma llevada a cabo por la Ley 8/2021 es una reforma integral, que ha venido a modificar tanto la Ley de Enjuiciamiento Civil, como el Código Civil, la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, la Ley del Notariado, Código de Comercio, Ley Hipotecaria, Ley del Registro Civil, Código Penal, Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad. Aunque desde el 2011 hemos asistido a numerosas reformas referidas todas ellas a implementar disposiciones concretas de la Convención de 2006, relativas a las personas con discapacidad no es hasta la publicación de la Ley 8/2021 cuando se ha considerado incorporado de forma plena el nuevo modelo de la discapacidad al Ordenamiento jurídico español<sup>5</sup>.

## II. Fundamento y finalidad

4. De acuerdo al artículo 249 del Código Civil, incardinado en las Disposiciones generales del Capítulo I, dentro del Título XI, denominado “De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica”, modificado por la Ley 8/2021, de 2 de junio, “*las medidas de apoyo a las personas mayores de edad o menores emancipadas que las precisen para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica tendrán por finalidad permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad*”. Las medidas de apoyo están fundamentadas en el derecho a la dignidad de las personas y en la tutela de los derechos fundamentales de la persona. Todo ello, teniendo en cuenta los principios de necesidad y proporcionalidad<sup>6</sup>.

Así, de acuerdo al mismo artículo 249 del Código Civil, en su nueva regulación, las medidas de apoyo previstas están “*inspiradas en el respecto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales*” y tienen por “*finalidad permitir el desarrollo pleno de la personalidad y su desenvolvimiento en condiciones de igualdad*”. Sólo en casos excepcionales prevé el Código Civil, en el mismo artículo, que si pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no es posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, las medidas de apoyo podrán incluir funciones representativas. La figura correspondiente será la del curador que actuará de representante, deberá decidir pero teniendo presente siempre las preferencias y deseos de la persona con discapacidad. Es necesario poner de manifiesto que la función principal del curador será la de asistir a la persona con

---

<https://revistas.unlp.edu.ar>, “*El “modelo social” entiende que es el entorno en el que la persona con discapacidad desarrolla su vida el que discapacita, ya que la estructura social, en todas sus manifestaciones (política, cultural, civil, económica, etc), no se ajusta a las circunstancias de la persona, obstaculizando el pleno goce y ejercicio de sus derechos, en condiciones de igualdad con los demás*”.

<sup>4</sup> Se indica en dicha Observación que: “*El principio del “interés superior” no es una salvaguardia que cumpla con el artículo 12 en relación con los adultos. El paradigma de “la voluntad y las preferencias” debe reemplazar al del “interés superior” para que las personas con discapacidad disfruten del derecho a la capacidad jurídica en condiciones de igualdad con los demás*”, pág. 6.

<sup>5</sup> A. FERNÁNDEZ BUJÁN, “La Ley 8/2021, para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica: un nuevo paradigma de la discapacidad”, op. cit.

<sup>6</sup> Véase a A. SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, “Aspectos generales de la reforma del Código Civil relativa a las personas con discapacidad intelectual en el ejercicio de su capacidad jurídica”, en *Revista Boliviana de Derecho*, Nº 33, enero 2022, ISSN: 2070-8157, pág. 18. Dicho autor indica en la misma obra que “*han de ser proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona (principio de proporcionalidad), y que se aplicarán en el plazo más corto posible (principio de temporalidad), siendo necesario que esas medidas estén sujetas a revisión periódica (principio de revisión), de cara a su posible modificación o supresión*”, pág. 29.

discapacidad y sólo en supuestos muy excepcionales el curador tendrá funciones representativas. La curatela, a diferencia de la tutela que ha desaparecido para las personas mayores de edad con discapacidad o menores emancipados con discapacidad<sup>7</sup>, es graduable<sup>8</sup>.

5. Nuestra jurisprudencia ha venido considerando a la tutela como un instrumento a adoptar en supuestos graves de incapacidad de las personas, de hecho, en una de las sentencias más relevantes en esta materia<sup>9</sup>, el Tribunal Supremo manifestó que la tutela debía quedar reservada para supuestos de “incapacitación total”, optando en estos casos por la representación legal, pero atendiendo siempre a las preferencias de la persona con discapacidad y quedando a salvo aquellos actos que puedan realizar per se. El Tribunal Supremo en esta misma sentencia ponía de manifiesto que en los casos de “incapacitación parcial” es cuando debía acudir a la curatela con funciones distintas a la representación. Es evidente que la tutela como instrumento de apoyo a la persona con discapacidad implica la sustitución de sus decisiones por otra persona y ello no es lo que establece la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad donde se da primacía a un sistema de apoyo para tomar decisiones y no de sustitución de las mismas. No obstante, el Tribunal Supremo ha incluido dentro de la denominación de “sistemas de apoyo” tanto a la tutela como a la curatela que debiendo ser reinterpretadas conforme a la Convención no serían en ningún caso discriminatorias<sup>10</sup>.

6. El elemento fundamental sobre el que pivota la reforma llevada a cabo por la Ley 8/2021, queda claramente fijado en el apartado III del Preámbulo de dicha Ley, en el que se indica que: “*el elemento sobre el que pivota la nueva regulación no va a ser ni la incapacitación de quien no se considera suficientemente capaz, ni la modificación de una capacidad que resulta inherente a la condición. De la persona humana y, por ello, no puede modificarse. Muy al contrario, la idea central del nuevo sistema es la del apoyo a la persona que lo precise (...)*”.

Por tanto, en la adopción de las medidas de apoyo debe primar siempre que ello sea factible la voluntad de la persona con discapacidad. Precisamente, en el principio de la autonomía de la voluntad se basa toda la reforma, por encima incluso, como veremos del interés de dicha persona. Así, el legislador ha usado varios vocablos diferentes como son la voluntad, los deseos y las preferencias de la persona con discapacidad para fundamentar la adaptación de las medidas a ese objetivo. Concretamente, en la consecución de esos objetivos, la ley otorga al órgano judicial un papel relevante en su salvaguarda permitiéndole que en garantía de la voluntad, deseos o preferencias de la persona con discapacidad pueda adoptar cualquier medida de apoyo o que el ejercicio de las ya adoptadas se ajusten a los criterios mencionados.

7. La autonomía de la voluntad hay que considerarla desde dos perspectivas, por un lado, la autonomía de la voluntad psíquica o volitiva y, por otro lado, la autonomía de la voluntad física, referida ésta al acceso al entorno. El legislador debe velar porque la persona con discapacidad pueda tomar decisiones libremente, debe primar la autonomía de la voluntad volitiva y, por tanto, dirigir las medidas de apoyo a la consecución de esa autonomía<sup>11</sup>.

<sup>7</sup> Se mantiene únicamente para los menores de edad no sometidos a patria potestad.

<sup>8</sup> Como indica A. FERNÁNDEZ BUJÁN, “La Ley 8/2021, para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica: un nuevo paradigma de la discapacidad”, en *Diario La Ley*, N° 9961, Sección Tribuna, 26 de Noviembre de 2021, Wolters Kluwer, “*La eliminación de estas instituciones se debe a que se consideran figuras demasiado rígidas y poco adaptadas al sistema de promoción de la autonomía de las personas adultas con discapacidad previsto en la Ley 8/2021*”.

<sup>9</sup> STS 341/2014, 1 de junio (Rec. 1365/2012). TOL4.468.983.

<sup>10</sup> STS 298/2017, 16 de mayo (Rec. 2759/2016), TOL6.113.490. También en la STS 310/2018 - ECLI:ES:TS:2018:310, se indica literalmente que: «*El sistema de apoyos a que alude la Convención está integrado en el Derecho español por la tutela y la curatela, junto a otras figuras, como la guarda de hecho y el defensor judicial, que también pueden resultar eficaces para la protección de la persona en muchos supuestos. Todas ellas deben interpretarse conforme a los principios de la Convención. Así lo ha venido declarando la jurisprudencia de esta sala en los últimos tiempos tras descartar que el «procedimiento de modificación de la capacidad» y la constitución de tutela o curatela sean discriminatorias y contrarias a los principios de la Convención (así, en sentencia 716/2015, de 15 de julio)*”.

<sup>11</sup> Véase a este respecto a M. PETIT SÁNCHEZ, “La adopción de medidas de apoyo para las personas con discapacidad: armonización entre la autonomía de la voluntad y el mejor interés”, en *Revista de Derecho Civil*, <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC>, ISSN 2341-2216, vol. VII, núm. 5 (octubre-diciembre, 2020), Ensayos, pág. 272.

8. Por otro lado, en la ley no se menciona el interés como criterio a tener en cuenta a la hora de la adopción de dichas medidas, sin perjuicio, de que evidentemente el interés de la persona puede estar incluido en la voluntad, deseos o preferencias. Ahora bien, también pueden ser distintos o contrapuestos, es decir, el interés de la persona con discapacidad puede ser diferente a su propia voluntad, deseo o preferencia. En cualquier caso, aunque debe primar la autonomía de la voluntad siempre habrá que atender al mejor interés de la persona discapacitada a la hora tener en cuenta las salvaguardas adecuadas a adoptar<sup>12</sup>. Precisamente, el interés de la persona discapacitada en la adopción de las medidas de asistencia por encima de su propia voluntad ha sido siempre una cuestión controvertida tanto por parte de la doctrina como por la jurisprudencia<sup>13</sup>. De hecho, ha sido siempre uno de los objetivos principales hasta ahora de la adopción de medidas asistenciales a las personas con discapacidad. No obstante, aunque la reforma legal quiere abandonar un sistema de protección por otro de preferencias de la persona con discapacidad, en la primera sentencia dictada tras la entrada en vigor de la Ley 8/2021, el Tribunal Supremo siendo consciente de los principios inspiradores de dicha reforma, sin embargo, viene a acoger una solución que tiende a romper precisamente con los principios que inspiran dicha reforma. Ello ha sido bastante criticado pero, a mi parecer, la solución acogida por el Tribunal Supremo no ajustándose a la voluntad, deseos o preferencias de la persona y, por tanto, no ajustándose a los deseos del legislador, garantiza una convivencia pacífica y además con el sistema de apoyos protege a la persona con discapacidad<sup>14</sup>. Por tanto, es cierto que en la práctica la jurisprudencia aplica un método de protección por encima de los deseos de la persona con discapacidad y deja al margen los principios inspiradores de la reforma, pero creo que es la única solución posible para garantizar en el caso concreto objeto de enjuiciamiento un sistema pacífico de convivencia respetando por encima de otros bienes o intereses la dignidad de las personas. En este sentido, la doctrina, y en concreto los operadores jurídicos, han manifestado que para las personas con discapacidad reviste verdaderamente importancia su autonomía e independencia individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones pero esa autonomía tiene un carácter instrumental respecto de la dignidad<sup>15</sup>. Además, comparto igualmente la consideración de que no es exactamente cierto que la Ley 8/2021 no garantice la protección de las personas y sólo respete su voluntad, deseos o preferencias, el principio de protección no está totalmente ausente de la Ley y se

<sup>12</sup> De hecho, en el primer caso jurisprudencial tras la publicación de la ley 8/2021, y de aplicación por establecerlo así la Disposición Transitoria 6ª, el Tribunal Supremo ha indicado en la STS nº 589/2021, 8 de septiembre, ECLI: ES: TS: 2021: 3276, que: “*Aunque en la provisión de apoyos judiciales hay que atender en todo caso a la voluntad, deseos y preferencias del afectado, en casos como este, 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, está justificada la adopción de las medidas asistenciales, proporcionadas a las necesidades y respetando la máxima autonomía de la persona, aun en contra de la voluntad del interesado, porque el trastorno que provoca la situación de necesidad impide que tenga una conciencia clara de su situación*”. Se observa en esta decisión que aunque se considera que la autonomía de la persona está por encima de su interés, no obstante, prevalece este último cuando la persona no tenga verdadera conciencia. Literalmente el TS considera que “*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 del 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*”. También el Tribunal Supremo ha manifestado en STS 706/2021, de 19 octubre que: “*No obstante, la autoridad judicial podrá prescindir total o parcialmente de esas disposiciones voluntarias, 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 la persona que las estableció o alteración de las causas expresadas por ella o que presumiblemente tuvo en cuenta en sus disposiciones ( art. 272 II CC)*”. DOCUMENTO TOL8.628.066, ECLI: ES:TS:2021:3770.

<sup>13</sup> *Ibidem*, pág. 281 y ss.

<sup>14</sup> A este respecto ha señalado la doctrina M. PEREÑA VICENTE, “Una contribución a la interpretación del régimen jurídico de las medidas de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica consagradas en la Ley 8/2021 de 2 de junio”, en *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio*, Tirant lo Blanch, 2022, DOCUMENTO TOL8.810.735, que: “A mi modo de ver, es en esta rigidez en lo que el legislador se equivoca, provocando con ello un movimiento pendular, de extremo a extremo, que pasa de ignorar por completo la voluntad de la persona a ignorar por completo su mejor interés, renunciando así a buscar un modelo equilibrado y encerrándonos en una retórica que dificulta la apertura de vías de salida cuando no sea posible aplicar el criterio de la voluntad. Y es que el legislador no ignora que hay circunstancias que hacen que, en ocasiones, no exista una voluntad (...)”.

<sup>15</sup> Véase a S. ÁLVAREZ-ROYO VILLANUEVA, “Protección o derecho a equivocarse en la Ley 8/2021, (más sobre la STS de 8 de septiembre de 2021)”, en *el notario del siglo xxi – mayo - junio / Nº 103*.

hace referencia al mismo en diferentes apartados de la misma. A mayor abundamiento, a mi parecer hay que analizar caso por caso, atendiendo a la diversidad de las personas con discapacidad, como hace el Tribunal Supremo en el caso planteado, en el mismo no se podría garantizar la dignidad de la persona sino es precisamente teniendo en cuenta el principio de protección por encima de sus preferencias, atendiendo a que la persona en cuestión no es totalmente consciente dado el trastorno psíquico y mental que padece para tomar sus propias decisiones. De otra forma, el perjuicio para la persona con discapacidad sería considerable y por ello en ocasiones como el caso planteado, casos excepcionales, se requiere de actuaciones incluso en contra de la voluntad de la persona<sup>16</sup>.

Como ha indicado a este respecto la doctrina<sup>17</sup>, el Tribunal Supremo al resolver el asunto que se le plantea incorpora un criterio de flexibilidad al buscar el equilibrio entre los intereses en juego pues establece que es necesario contar con la voluntad de la persona “en la medida de lo posible” y entendiendo que la literalidad del artículo 268 CC, que exige “atender” en todo caso a la voluntad de la persona “no determina que haya que seguir siempre el dictado de su voluntad”, sino que impone la obligación de tenerla en consideración y, en el caso resuelto, no es posible seguirla porque esa voluntad contraría al apoyo “es consecuencia del propio trastorno”.

9. Dicho ello, no puedo dejar de concluir que en el caso planteado el Tribunal Supremo hubiera resuelto igual, se hubiese o no publicado la Ley, porque vela por la protección de la dignidad de la persona como bien jurídico por encima de todos. Otra cuestión diferente dentro del contenido de la sentencia es la relativa a la declaración judicial de la incapacidad que no sería posible tras la entrada en vigor de la Ley, y ello sí lo acoge la sentencia en cuestión.

### III. Antecedentes normativos

10. La Convención Internacional de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, y ratificada por España el 23 de noviembre de 2007<sup>18</sup>, es el referente a nivel internacional de la regulación actual llevada a cabo en nuestro ordenamiento por el legislador con la ley 8/2021.

La finalidad fundamental de la Convención Internacional era establecer un marco normativo para conseguir que las personas con discapacidad tengan todos los derechos y libertades, sean respetadas como las demás personas y participen plenamente en la sociedad en igualdad de condiciones. En concreto, la finalidad de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, según se indica en el artículo 1º es: “*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 y promover el respeto de su dignidad inherente*”. Precisamente, con esta finalidad en el artículo 12 de la Convención se indica que: “*Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica. 2. 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. -12- 3. 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. 4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más*

<sup>16</sup> *Ibidem*.

<sup>17</sup> M. PEREÑA VICENTE, “Una contribución a la interpretación del régimen jurídico de las medidas de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica consagradas en la Ley 8/2021 de 2 de junio”, *op. cit.*

<sup>18</sup> Publicada en el BOE, el 21 de abril de 2008.

*corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas. 5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria”.*

**11.** Tomando en consideración ello, la reforma efectuada por la Ley 8/2021, ha querido adecuar nuestro ordenamiento jurídico a los mandatos contenidos en la Convención, estableciendo el marco legal para otorgar a las personas con discapacidad las mismas posibilidades de actuación que al resto de personas puesto que viene a reconocerles capacidad jurídica en igualdad de condiciones, y para ejercitar esa capacidad jurídica se les facilita el apoyo necesario con respeto a los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona en cuestión.

Si bien, ya nuestro legislador con anterioridad a la Ley 8/2021, había llevado a cabo algunas modificaciones legislativas, precisamente para ir adecuando la capacidad jurídica de las personas con discapacidad a la del resto de personas. Una de las modificaciones se materializó a través de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, sustituyendo los términos “incapaz” o “incapacitación” por el de “personas con capacidad modificada judicialmente”, que aunque en relación con el contenido seguía siendo lo mismo, puesto que seguía suponiendo la posibilidad de eliminar por sentencia judicial la capacidad de obrar de la persona implicada, sin embargo, las nuevas expresiones marcadas o utilizadas por la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, suponían un paso adelante, por lo menos terminológicamente, en la labor de establecer una igualdad en la capacidad jurídica de las personas. Y con anterioridad a dicha Ley, y en lo que se refiere a la materia de Derecho Civil, concretamente en materia de cuestiones matrimoniales, la Ley 26/2011 de adaptación normativa a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, y posteriormente el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y su inclusión social, modifican precisamente el derecho de las personas con discapacidad a contraer matrimonio en igualdad de condiciones<sup>19</sup>.

**12.** La reforma efectuada por la Ley 8/2021, ha supuesto un nuevo paradigma muy significativo en la concepción de la capacidad jurídica, tal y como hasta ahora ha sido entendida o tratada. Como veremos, la persona con discapacidad va a seguir ostentando la capacidad jurídica, entendida ésta como capacidad para ser parte y capacidad procesal, es decir, la persona con discapacidad seguirá siendo titular de derechos y obligaciones y podrá ejercitarlos como el resto de personas. Si bien, en el caso de que lo necesite se acordarán medidas de apoyo para el ejercicio de esos derechos, pero serán medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás, y no medidas que sustituyan la voluntad de la persona con discapacidad. Considero que esta es la interpretación que debe efectuarse de la lectura de los preceptos de la Ley 8/2021, y digo interpretación porque la ley no define los conceptos de capacidad jurídica ni discapacidad.

En este sentido, si acudimos al Preámbulo de la Ley 8/2021, donde se indica que: “*ha de tomarse en consideración que, como ha puesto en evidencia la Observación General del Comité de Expertos de las Naciones Unidas elaborada en 2014, dicha capacidad jurídica abarca tanto la titularidad de los derechos como la legitimación para ejercitarlos*”<sup>20</sup>, observamos que la capacidad jurídica engloba tanto la ostentación de los derechos como su ejercicio. El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad realizó una Observación al artículo 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad relativo al igual reconocimiento como persona ante la ley. La interpretación que se

<sup>19</sup> Véase el Preámbulo de la Ley 8/2021.

<sup>20</sup> Véase dicho documento en <http://www.convenciondiscapacidad.es/wp-content/uploads/2019/01/Observaci%C3%B3n-1-Art%C3%ADculo-12-Capacidad-jur%C3%ADdica.pdf>.

hace del artículo 12 por parte del Comité se funda en los principios generales de la Convención expuestos en el artículo 3, “*a saber, el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas; la no discriminación; la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad; el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas; la igualdad de oportunidades; la accesibilidad; la igualdad entre el hombre y la mujer; y el respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad*”<sup>21</sup>. A este respecto es muy importante lo que se indica en el apartado 7 de la misma Observación, que manifiesta que “*los Estados partes deben examinar de manera holística todas las esferas de la legislación para asegurarse de que el derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad no esté limitado de modo distinto al de las demás personas*”. Por tanto, reconoce una igualdad en la capacidad jurídica de las personas tanto con discapacidad como sin discapacidad evitando la sustitución de las decisiones de las personas con discapacidad precisamente previendo la plena capacidad jurídica de aquellas personas en igualdad de condiciones que las demás. El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad establece que “*en el artículo 12, párrafo 1, de la Convención se reafirma que las personas con discapacidad tienen derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica. Esto garantiza que todo ser humano sea respetado como una persona titular de personalidad jurídica, lo que es un requisito indispensable para que se reconozca la capacidad jurídica de la persona*”<sup>22</sup>. Por tanto, el reconocimiento de la capacidad jurídica incluye la capacidad de ser titular de derechos y la de actuar en derecho, lo que equivale en el derecho procesal a la capacidad para ser parte y la capacidad de obrar.

**13.** En definitiva, el sistema adoptado por la reforma aboga por abolir definitivamente en relación a las personas mayores con discapacidad, excluyendo a los menores, los mecanismos jurídicos que implican la sustitución de sus decisiones, como la tutela, por medidas de apoyo que ayuden a aquellas a decidir libremente de acuerdo a sus deseos y preferencias. El ordenamiento jurídico no debe negar a las personas con discapacidad su capacidad jurídica sino proporcionarles acceso al apoyo necesario para que puedan tomar decisiones con efectos jurídicos. Si bien, sin olvidar que siendo esta la regla general, no obstante, en el caso de no ser posible, cabría la figura de la representación siempre con carácter de excepcional.

**14.** Con anterioridad a la reforma, los regímenes jurídicos del menor y la persona con discapacidad tenían una regulación conjunta ante la falta o disminución de la capacidad natural de aquellos para poder autogobernarse, en este sentido, las medidas de apoyo tenían un mismo presupuesto e iban dirigidas a una misma finalidad. De ahí, su tratamiento de forma conjunta. Sin embargo, la nueva regulación diferencia las medidas a adoptar atendiendo a si es un menor o si es una persona con discapacidad puesto que a la persona con discapacidad se le va a asegurar una capacidad jurídica en igualdad de condiciones que a las demás personas<sup>23</sup>. Y en este sentido van dirigidas las medidas de apoyo, a ayudar a la persona con discapacidad a adoptar sus propias decisiones en la medida de lo posible atendiendo a su voluntad y preferencias, cosa que no ocurre con el menor de edad sobre el que sigue girando el interés superior del mismo como presupuesto habilitante para adoptar cualquier medida que le pueda afectar. Con la nueva regulación, tras la supresión de la declaración de incapacidad de las personas con discapacidad, tanto los presupuestos como la finalidad de las medidas sean menores o personas con discapacidad son diferentes, y por ello, su regulación ya no va a la par sino que ahora se regulan en el Código Civil en dos Títulos diferentes, en el Título IX para los menores “De la tutela y de la guarda de los menores” y el Título XI para las personas con discapacidad “De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica”.

<sup>21</sup> Apartado 4 de la Observación citada anteriormente.

<sup>22</sup> Apartado 11, pág. 3 de la Observación citada.

<sup>23</sup> Véase en este sentido a M<sup>a</sup> V. MAYOR DEL HOYO (con L. CAYO PÉREZ BUENO; R. DE LORENZO GARCÍA; Directora C. GUILARTE MARTÍN-CALERO, et. ali.), *Comentarios a la Ley 8/2021, por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Aranzadi, 2021.



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

15. Tal y como se indica en la Exposición de Motivos de la Ley 8/2021, de 2 de junio, la reforma efectuada es “una reforma ambiciosa que opta por el cauce de la jurisdicción voluntaria de manera preferente, considerando de manera esencial la participación de la propia persona, facilitando que pueda expresar sus preferencias e interviniendo activamente y, donde la autoridad judicial interese la información precisa, ajustándose siempre a los principios de necesidad y proporcionalidad”. En estas cinco frases se encuentra, a mi parecer, la clave esencial de la reforma que aunque parece escueta implica cambios considerables por lo menos en apariencia.

16. En relación al tipo de procedimiento que se ha seguir para adoptar las medidas de apoyo a la persona con discapacidad fue una cuestión que generó bastante discusión durante la aprobación de la Ley; finalmente, se optó por dar preferencia a la jurisdicción voluntaria frente a la contenciosa como vía más beneficiosa<sup>24</sup> para dar prioridad a la voluntad de la persona. No hay que olvidar que la preferencia de la jurisdicción voluntaria como vía para adoptar las medidas de apoyo a las personas con discapacidad es la cuestión baladí de toda la reforma<sup>25</sup>.

##### A) Breve apunte a las principales reformas

17. Las modificaciones llevadas a cabo por la Ley 8/2021, alcanzan a distintos ámbitos normativos, entre las principales destacan la eliminación de la incapacitación judicial, tal y como se conocía hasta ahora, lo que conlleva la recuperación de la capacidad jurídica y la eliminación, por tanto, de la modificación de la capacidad de obrar. Ello ha supuesto a su vez la desaparición de figuras hasta ahora utilizadas para integrar la capacidad de la persona con discapacidad, como era la patria potestad prorrogada y rehabilitada o la tutela<sup>26</sup>, sustituidas ahora por medidas de apoyo como la institución de la curatela o autocuratela, dejando la institución de la tutela únicamente para los menores de edad no emancipados no protegidos por la patria potestad.

18. La reforma legal pretende ofrecer una protección integral a las personas con discapacidad, por ello se ha modificado toda la normativa necesaria para posibilitar que las personas con discapacidad puedan tomar sus propias decisiones. Por tanto, sin entrar a estudiar la totalidad de las modificaciones producidas con dicha reforma, sí mencionar que se ha modificado tanto el Código Civil, la Ley de Enjuiciamiento Civil, como la Ley de Jurisdicción Voluntaria, La Ley Hipotecaria, El Código Penal, la Ley del Registro Civil, Ley del Notariado, Ley de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad, y Código de Comercio.

19. El objetivo fundamental de la reforma es posibilitar que la persona con discapacidad pueda gestionar libremente su patrimonio y, en definitiva, su capacidad para decidir. Para ello, la ley sustituye algunas instituciones hasta ahora utilizadas que iban destinadas a sustituir la voluntad de la persona con discapacidad por medidas de apoyo que tienen como finalidad, en definitiva, prestarles apoyo, y sólo apoyo, para que puedan tomar decisiones ellos mismos. De acuerdo a la disposición adicional cuarta, apartado

---

<sup>24</sup> Véase en contrario el trabajo de M<sup>a</sup> T. MANGAS ALONSO, “Incidencia de la Convención sobre las personas con discapacidad en el Derecho español”, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, Número 48, mayo 2019 ISSN: 2254-3805, quien sostiene que “las apuestas a favor del expediente voluntario no me parecen acertadas pues la agilidad, sencillez, flexibilidad y rapidez propia de esa jurisdicción tendría mal encaje vista la gran cantidad de pruebas que necesariamente han de ser mantenidas”.

<sup>25</sup> Como indica A. FERNÁNDEZ BUJÁN, “La Ley 8/2021, para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica: un nuevo paradigma de la discapacidad”, op. cit., “la jurisdicción contenciosa puede suponer **una estigmatización** (la negrita es del autor) de la discapacidad contraria al modelo de priorizar la voluntad de la persona con discapacidad”.

<sup>26</sup> También se ha modificado la prodigalidad que de acuerdo con la reforma ya no tiene una regulación autónoma.

segundo, del Código Civil, tras la reforma, se indica que toda referencia la discapacidad habrá de ser entendida a aquella que haga precisa la provisión de medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica.

20. Desde el punto de vista procesal, la reforma llevada a cabo ha supuesto la eliminación de los procesos de modificación de la capacidad por procesos de adopción de medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica que respeten la voluntad de la persona con discapacidad y posibiliten la comparecencia en juicio de dichas personas. Así, tanto en el nuevo artículo 7 bis de la LEC como de la Ley de Jurisdicción Voluntaria se prevén los ajustes y adaptaciones necesarios para posibilitar la participación en juicio de la persona con discapacidad en condiciones de igualdad con el resto de personas.

En el primer apartado del artículo 7 bis tanto de la LEC como de la Ley de Jurisdicción Voluntaria se indica literalmente que: “1. *En los procesos en los que participen personas con discapacidad, se realizarán las adaptaciones y los ajustes que sean necesarios para garantizar su participación en condiciones de igualdad.*”

*Dichas adaptaciones y ajustes se realizarán, tanto a petición de cualquiera de las partes o del Ministerio Fiscal, como de oficio por el propio Tribunal, y en todas las fases y actuaciones procesales en las que resulte necesario, incluyendo los actos de comunicación. Las adaptaciones podrán venir referidas a la comunicación, la comprensión y la interacción con el entorno”.*

El contenido de este artículo reviste especial importancia puesto que para que las personas con discapacidad puedan ejercitar sus derechos en igualdad de condiciones que el resto de personas es necesario que toda la administración de justicia se adapte a sus necesidades.

## **B) El protagonismo de la autonomía de la voluntad de la persona discapacitada frente al mejor interés de la persona con discapacidad**

21. La autonomía de la voluntad es la pieza clave de la reforma llevada a cabo por la Ley 8/2021, frente al concepto de “mejor interés” de la persona discapacitada. El superior interés sigue estando presente en relación con los menores de edad, pero desaparece para las personas adultas con discapacidad.

22. Lo que se entiende por discapacidad no ha sido recogido expresamente en la normativa modificada por la Ley 8/2021, y ello es una cuestión clave para saber cuándo se le va a proveer a la persona de medidas de apoyo. Como indica PÉREZ ÁLVAREZ, “*la discapacidad guarda relación con las enfermedades que por incidir en la conformación de la voluntad de una persona o en la expresión de la misma requieren de una medida de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica. Corrobora la interpretación expuesta el artículo 663. 2º del Código civil al disponer que no puede testar la persona que no pueda conformar o expresar su voluntad ni aun con ayuda de medios o apoyos para ello*”<sup>27</sup>.

En este sentido, la noción de discapacidad va ligada a la formación de la voluntad de la persona por sí misma respetando sus decisiones, y si no es posible que conforme su voluntad ella misma, entonces será ayudada con las medidas de apoyo. Será la propia persona la que decida qué medidas de apoyo prefiere y la tendencia será intentar que la persona con discapacidad tenga menos medidas de apoyo en un futuro.

23. Atendiendo precisamente a esta autonomía de la voluntad de la persona con discapacidad la reforma llevada a cabo por la Ley 8/2021 ha regulado en el artículo 249 del Código Civil, medidas de apoyo de diferente naturaleza, con carácter preferente, por un lado, estarían las que tienen naturaleza voluntaria, y las segundas, serían las establecidas legal o judicialmente. Deben acordarse en escritura pública y pueden referirse a su propia persona o a sus bienes.

<sup>27</sup> M. A. PÉREZ ÁLVAREZ, “Las medidas de apoyo a las personas con discapacidad”, Capítulo 17 del Curso Derecho Civil IV. Derecho de familia, s.n. (inédito). Citado por P. JATO DÍAZ, El Derecho sucesorio en la Ley 8/2021, de 2 de junio, “por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”, dirigida por M. A. PÉREZ ÁLVAREZ, Universidad de la Coruña, 2021, pág. 21.

24. Sin entrar en profundidad a estudiar todas y cada una de las medidas de apoyo, por exceder del objetivo de nuestra investigación, sólo quisiera apuntar en este momento que además de las medidas de apoyo de carácter o naturaleza voluntaria, es decir, las que el propio interesado decide designando libremente a la persona que le va a prestar apoyo y el alcance de esa ayuda<sup>28</sup>, se encuentran reguladas las medidas de apoyo como “la guarda de hecho<sup>29</sup>, la curatela y el defensor judicial”, contempladas en el artículo 250, párrafo 1º, del Código Civil. La tutela ya no se contempla como medida de apoyo a las personas mayores de edad con discapacidad, sólo estaría prevista para los menores de edad.

25. Las medidas de apoyo de carácter voluntario serían preferentes a las medidas de apoyo de naturaleza legal o judicial y<sup>30</sup>, dentro de éstas, habría que respetar también la preferencia de la persona con discapacidad pudiendo elegir la que más le interese o desee. De hecho, la persona puede combinar ambas medidas de apoyo, tanto las de naturaleza voluntaria como las legales o judiciales, sin tener que inclinarse por una u otra en concreto. Como vemos, en la regulación comentada se ha respetado, por encima de cualquier otra consideración, la voluntad, deseos y preferencias de la persona interesada. La adopción de medidas de apoyo por la autoridad judicial solamente procedería “en defecto o insuficiencia de estas medidas de naturaleza voluntaria, y a falta de guarda de hecho que suponga apoyo suficiente”. En definitiva, el legislador ha abogado por la adopción de las medidas de apoyo como la guarda de hecho y las medidas voluntarias como regla general y como excepción las medidas judiciales de apoyo. El legislador ha dejado la adopción de las medidas judiciales de apoyo a la insuficiencia de las medidas voluntarias, en este sentido, tal y como ha manifestado la doctrina, “*Si las medidas judiciales son pertinentes o no lo ha hecho depender la ley de un concepto jurídico indeterminado: lo serán si las demás no son suficientes. Será la práctica judicial y, en último término, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la que irá perfilando en qué consiste esta suficiencia*”<sup>31</sup>.

En concreto, en el artículo 255 del Código Civil, se hace referencia a la posibilidad de elegir medidas de apoyo así como el alcance y actuación de las mismas, se indica literalmente que: “*Cualquier persona mayor de edad o menor emancipada en previsión o apreciación de la concurrencia de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, podrá prever o acordar en escritura pública medidas de apoyo relativas a su persona o bienes.*

*Podrá también establecer el régimen de actuación, el alcance de las facultades de la persona o personas que le hayan de prestar apoyo, o la forma de ejercicio del apoyo, el cual se prestará conforme a lo dispuesto en el artículo 249*”<sup>32</sup>.

<sup>28</sup> Medidas de apoyo de naturaleza voluntaria reguladas en el Capítulo II, del Título XI del Código Civil, en concreto, artículos 254 y 255 del Código Civil, redacción dada por la Ley 8/2021.

<sup>29</sup> La guarda de hecho, tal y como recoge el Código Civil en el artículo 250, párrafo 4º, “*es una medida informal de apoyo que puede existir cuando no haya medidas voluntarias o judiciales que se estén aplicando eficazmente*”. La curatela, párrafo 4º del mismo artículo del Código Civil, “*es una medida formal de apoyo que se aplicará a quienes precisen el apoyo de modo continuado*”. Dependiendo de las circunstancias y necesidades de la persona que necesita dicha medida, se extenderá más o menos de acuerdo a lo que decida el órgano judicial. La curatela es una figura asistencial y sólo excepcionalmente será una figura representativa. Se prevé la necesidad de que obtenga una autorización judicial ad hoc, previo análisis de las circunstancias.

Y, finalmente, el defensor judicial, de acuerdo al apartado 6º, es “*una medida formal de apoyo, cuyo nombramiento procederá cuando la necesidad de apoyo se precise de forma ocasional, aunque sea recurrente*”. Esta figura está prevista legalmente para los casos en los que pueda existir un conflicto de intereses entre la persona con discapacidad y la que haya de prestarle apoyo.

<sup>30</sup> Así, se prevé en el párrafo 1º del artículo 249 del Código Civil, donde se establece que: “*Las medidas de apoyo a las personas mayores de edad o menores emancipadas que las precisen para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica tendrán por finalidad permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad. Estas 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*”.

<sup>31</sup> M. PEREÑA VICENTE, “Una contribución a la interpretación del régimen jurídico de las medidas de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica consagradas en la Ley 8/2021 de 2 de junio”, op. cit., quien indica además que la suficiencia “*deberá contemplar tres aspectos: que las medidas existentes permitan a la persona ejercer su capacidad jurídica en todos los ámbitos en los que lo precise y con la intensidad que sea necesaria, y que existan salvaguardias para evitar los abusos*”.

<sup>32</sup> Además, se indica también que:

“*Asimismo, podrá prever las medidas u órganos de control que estime oportuno, las salvaguardas necesarias para evitar*

**26.** Cobran un especial interés los poderes y mandatos preventivos como medidas de apoyo de naturaleza voluntaria, regulados en los artículos 256 a 262 del Código Civil a los cuales nos remitimos. También dentro de estas medidas voluntarias de apoyo estarían la autotutela y los mandatos sin poder. En definitiva, la persona con discapacidad podrá adoptar medidas de apoyo en previsión de su futura discapacidad y sólo subsidiariamente entrarían las medidas de carácter no voluntario que serían subsidiarias a las medidas adoptadas preventivamente o que las mismas fuesen insuficientes. Por tanto, la ley da preferencia a la auto-regulación por parte de la persona con discapacidad<sup>33</sup>.

**27.** Es importante delimitar cuándo precisa la persona con discapacidad las medidas de apoyo para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica ya que en el artículo 249 del Código Civil, sólo se establece que: “*Las medidas de apoyo a las personas mayores de edad o menores emancipadas que las precisen para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica...*”. La doctrina hace una reflexión en sentido contrario, es decir, entendiendo que sería preciso adoptar las medidas de apoyo cuando la persona por sí sola no puede desarrollar su propio proceso de toma de decisiones necesitando, por tanto, la ayuda de otra persona que le preste el apoyo para decidir<sup>34</sup>.

## V. Solicitud de medidas de apoyo ante la autoridad judicial

**28.** Con anterioridad a la Ley 8/2021, también era posible la solicitud ante la autoridad judicial de medidas de apoyo a las personas con discapacidad, la diferencia con la actual regulación es que ello solo era posible si con antelación se había declarado judicialmente la incapacitación de la persona interesada. Actualmente ello ha desaparecido, se han suprimido los procesos de incapacitación de las personas y directamente se pueden solicitar las medidas judiciales de apoyo sin necesidad de una previa declaración judicial de incapacitación<sup>35</sup>. Se ha eliminado la dicotomía entre capacidad jurídica y capacidad de obrar decidiendo el legislador que nadie pueda ser declarado incapaz sino ayudado de medidas en caso de necesitarlas.

**29.** En la reforma llevada a cabo es patente la preferencia del legislador por acudir a la jurisdicción voluntaria para la adopción de medidas de apoyo a la persona con discapacidad, y sólo se convertirá en un contradictorio cuando exista oposición en el expediente de jurisdicción voluntaria o éste, una vez iniciado, no haya podido resolverse. No era esta la intención del legislador en el Anteproyecto de 2018 (a diferencia del Anteproyecto de 2019<sup>36</sup> que aunque no era preferente sin embargo se consideraba como alternativa), donde había que promover un proceso jurisdiccional contencioso en el que los sujetos legitimados para solicitar al juez la adopción de medidas de apoyo tenían que demandar formalmente a la persona para la que se solicitaban dichas medidas<sup>37</sup>. Sin embargo, tal y como finalmente ha quedado regulado, una de las piezas claves de la reforma es la apuesta por la Jurisdicción Voluntaria como vía de

---

*abusos, conflicto de intereses o influencia indebida y los mecanismos y plazos de revisión de las medidas de apoyo, con el fin de garantizar el respeto de su voluntad, deseos y preferencias.*

*El Notario autorizante comunicará de oficio y sin dilación el documento público que contenga las medidas de apoyo al Registro Civil para su constancia en el registro individual del otorgante.*

*Solo en defecto o por insuficiencia de estas medidas de naturaleza voluntaria, y a falta de guarda de hecho que suponga apoyo suficiente, podrá la autoridad judicial adoptar otras supletorias o complementarias”.*

<sup>33</sup> A. SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, “Aspectos generales de la reforma del Código Civil relativa a las personas con discapacidad intelectual en el ejercicio de su capacidad jurídica”, op. cit., pág. 27.

<sup>34</sup> *Ibidem*, pág. 38.

<sup>35</sup> De acuerdo al anterior artículo 199 del Código Civil, la declaración de incapacitación sólo podía llevarse a cabo “por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la ley”, y por supuesto en un proceso jurisdiccional contencioso.

<sup>36</sup> Véase en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2019-34>.

<sup>37</sup> Por tanto, la naturaleza que el legislador le atribuía, como se ha puesto de manifiesto, era la de considerarla “*una herramienta jurisdiccional concebida para dirimir conflictos entre partes en posiciones contrapuestas, y construida sobre la base de que esas partes, en condiciones de igualdad, defienden ante el tribunal sus respectivas pretensiones, decidiendo finalmente el tribunal a la vista de lo alegado y probado por los litigantes*”. Véase a J. VEGAS TORRES, “Los principios informadores de la reforma. La adopción judicial de las medidas de apoyo a las personas con discapacidad”, en *Tirant on line*, DOCUMENTO TOL8.810.724.

solución antes de acudir a la jurisdicción contenciosa<sup>38</sup>. Concretamente, en el artículo 756 de la LEC, que regula el ámbito de aplicación y competencia de los procesos de adopción de medidas de apoyo, se indica literalmente que: “1. En los supuestos en los que, de acuerdo con la legislación civil aplicable, sea pertinente el nombramiento de curador y en el expediente de jurisdicción voluntaria dirigido a tal efecto se haya formulado oposición, o cuando el expediente no haya podido resolverse, la adopción de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad se regirá por lo establecido en este Capítulo”.

Como indica FONTESTAD PORTALÉS, “Es cierto que, con carácter preferente, los procesos de adopción de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad se regirán por lo dispuesto en la LJV. Sin embargo, que el legislador se haya decantado en esta reforma por resolver esta cuestión, bajo los principios de necesidad y proporcionalidad, a través de expedientes de jurisdicción voluntaria, no obsta a que el procedimiento se transforme en un contradictorio”<sup>39</sup>. Así, en el Libro IV, Título I, del Capítulo II de la Ley de Enjuiciamiento Civil viene a contemplar los procesos de adopción de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad como a continuación pasaremos a comentar.

**30.** A mi parecer, el legislador de la Ley 8/2021 ha apostado por una solución intermedia en la elección de la Jurisdicción Voluntaria como vía preferente para encauzar las medidas de apoyo a las personas con discapacidad, y ello porque a diferencia de lo que ocurre en el resto de los procedimientos que se siguen por la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, la oposición en el expediente de jurisdicción para acordar medidas de apoyo conlleva el inicio de un proceso contencioso. Sin embargo, no ocurre así en el resto de procedimientos seguidos por la Ley 15/2015, de Jurisdicción Voluntaria, donde la oposición en sí no convierte al expediente en contencioso ni tampoco impide que continúe el expediente hasta que sea resuelto, a no ser que la propia ley prevea lo contrario. Por ello, a mi parecer aunque el legislador de la Ley 8/2021, prevé el expediente de jurisdicción voluntaria como vía preferente, sin embargo, es proclive a convertirlo fácilmente en un proceso contencioso con la sola oposición de cualquier legitimado, sin que la oposición tenga que partir de la propia persona con discapacidad o por lo menos así parece desprenderse de la literalidad de la ley. Diferente sería el supuesto de que la oposición la manifestara la persona discapacitada, pero no es así como lo ha previsto el legislador<sup>40</sup>.

### A) El expediente de jurisdicción voluntaria

**31.** La reforma llevada a cabo por la Ley 8/2021 crea un nuevo expediente de provisión de medidas judiciales de apoyo para las personas con discapacidad regulado en el Capítulo III bis del Título II de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria. Junto a este nuevo expediente, la Ley de Jurisdicción Voluntaria ya regulaba con anterioridad y sigue manteniéndolo actualmente con las necesarias adaptaciones a la nueva Ley, los expedientes de habilitación para comparecer en juicio y nombramiento de defensor judicial y los expedientes de tutela, curatela y guarda de hecho, regulados en los artículos 27 y siguientes y 43 y siguientes de la LJV, respectivamente.

En este ámbito, el legislador pretende con la reforma ajustar el texto de la Ley de Jurisdicción Voluntaria en este nuevo expediente con la normativa civil sustantiva, fundamentalmente en lo que se refiere al nombramiento de defensor judicial a los menores y a las personas con discapacidad.

---

<sup>38</sup> Con anterioridad cualquier decisión judicial en materia de capacidad de las personas se hacía a través de un procedimiento jurisdiccional contencioso. No obstante, como hemos dicho, la nueva regulación ha suprimido los antiguos procesos de modificación de la capacidad y la finalidad del proceso de adopción de medidas de apoyo no es declarar la incapacitación de las personas sino ayudarles a ejercitar esa capacidad en condiciones de igualdad.

<sup>39</sup> L. FONTESTAD PORTALÉS, “Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”, en CRÓNICA DE LEGISLACIÓN (Enero-Junio 2021) PROCESAL, *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 9, Diciembre 2021, 392-415 eISSN: 2340-5155, Ediciones Universidad de Salamanca, pág. 410.

<sup>40</sup> En el mismo sentido, véase a A. FERNÁNDEZ BUJÁN, “La Ley 8/2021, para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica: un nuevo paradigma de la discapacidad”, op. cit.

**32.** Como anteriormente indiqué el legislador establece la preferencia de acudir a la jurisdicción voluntaria como sistema de adopción de medidas de apoyo a la persona con discapacidad, sin perjuicio de que se convierta en un sistema contencioso si hay oposición o no se resuelve el expediente pero no se va a poder iniciar nunca un procedimiento contencioso si antes no se acude a la jurisdicción voluntaria.

Es el artículo 42 bis de la Ley de Jurisdicción Voluntaria el que regula el expediente de provisión de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad. Por tanto, cuando se solicite alguna medida judicial de apoyo estable o de modo continuado, dentro de las contempladas en la legislación civil, hay que estar a lo especificado en dicho artículo.

Tal y como sostienen VEGAS TORRES, la única medida de apoyo de carácter estable que establece el Código Civil es la curatela, por lo que sólo para designar al curador podría abrirse este expediente de acuerdo a la legislación civil sustantiva. Sin embargo, la redacción final del artículo 42 por la Ley 8/2021, se refiere a “alguna medida” por lo que deja abierta la puerta a cualquier medida de apoyo de carácter estable previstas en las legislaciones civiles forales o especiales y en un futuro las que pudieran introducirse en el Código Civil, sin que tenga que ser específicamente la curatela<sup>41</sup>.

**43.** Sin entrar en profundidad al estudio de este expediente quisiera, no obstante, destacar algunos de los aspectos más relevantes. En general, se trata de un procedimiento sencillo, por lo menos el legislador lo ha regulado con dicha finalidad, y que constaría de dos fases: una fase escrita, y otra relativa a la comparecencia con la persona con discapacidad prevista para informarle de medidas de apoyo alternativas distintas a las judiciales y acordarlas una vez practicada la prueba.

**44.** En relación con la competencia para conocer de este expediente se atribuye al Juzgado de Primera Instancia del lugar donde resida la persona con discapacidad. Un aspecto relevante a destacar en relación con la competencia territorial, tanto para este expediente como para el proceso contencioso de la LEC, es que la ley prevé el supuesto de traslado del expediente al lugar donde resida la persona si ésta cambia de residencia una vez iniciado el expediente siempre antes de la celebración de la comparecencia prevista en la ley para acordar las medidas de apoyo. Esta previsión va encaminada precisamente a garantizar la accesibilidad de las personas con discapacidad al juicio aunque se cambien de residencia, por tanto, no se exigiría que la persona con discapacidad se tuviese que trasladar al tribunal de su residencia anterior para continuar con el procedimiento, todo ello para conseguir una mejor tutela de los derechos de aquellas personas. Esta regla supone no respetar uno de los efectos de la admisión a trámite de la demanda como es la *perpetuatio iurisdictionis*, puesto que permite cambiar la competencia del órgano judicial si la persona con discapacidad cambia de residencia siendo competente el órgano judicial de la nueva residencia<sup>42</sup>.

**45.** Por lo que respecta a la legitimación para iniciar este expediente la ostentarían tanto el Ministerio Fiscal como la propia persona con discapacidad, su cónyuge no separado de hecho o legalmente o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable y sus descendientes, ascendientes o hermanos. Además, la ley prevé que cualquier persona, diferente a las legitimadas, estaría facultada para poner en conocimiento del Ministerio Fiscal, quien iniciaría el expediente, los hechos que pudieran ser determinantes para acordar una medida de apoyo a la persona con discapacidad. La ley regula este aspecto como

---

<sup>41</sup> Véase a J. VEGAS TORRES, “Los principios informadores de la reforma. La adopción judicial de las medidas de apoyo a las personas con discapacidad”, op. cit.

<sup>42</sup> El Tribunal Supremo ha resuelto un procedimiento planteado sobre dicha cuestión relativa al cambio de residencia habitual de la persona con discapacidad cuando se encuentra pendiente el proceso de provisión de apoyos y ha manifestado que la ley 15/2015, 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria, establece que la competencia para el conocimiento del expediente de jurisdicción voluntaria para la provisión de alguna medida de apoyo recae en el juzgado de primera instancia del lugar donde resida la persona con discapacidad y, si antes de la celebración de la comparecencia se produjera un cambio de la residencia habitual de aquella, se remitirán las actuaciones al juzgado correspondiente en el estado en que se hallen. Señala el Tribunal Supremo que tal y como recoge el Preámbulo ya citado, se considera esencial la participación de la propia persona, por lo que se facilita que pueda expresar sus preferencias y su intervención activa, de manera que la autoridad judicial interese la información precisa, ajustándose siempre a los principios de necesidad y proporcionalidad. Auto del TS 9347/2022, 17 de mayo, ECLI: ES:TS:2022:9347A, DOCUMENTO TOL9.049.267.

una obligación cuando las personas que conocen esos hechos determinantes de las medidas de apoyo son autoridades y funcionarios públicos que han tenido conocimiento de los hechos por razón de su cargo.

**46.** En relación con la postulación, la ley aboga por respetar la voluntad de la persona con discapacidad de designar libremente al abogado y procurador. Podrá acudir con su propio abogado y procurador. Si bien, la ley prevé el supuesto de que si dicha persona no pudiera realizar por sí misma tal designación, en la solicitud del expediente se solicite el nombramiento de un defensor judicial que actuará asimismo por medio de abogado y procurador. Como se puede observar, la ley prevé de forma preferente la designación libremente de la postulación por parte de la persona con discapacidad, y sólo en el caso de que fuese previsible que no pueda hacerlo se solicite el nombramiento de un defensor judicial para una mejor tutela de sus derechos.

**47.** De acuerdo al art. 42 bis b).1 de la LJV, la solicitud en este expediente de jurisdicción voluntaria debe llevar adjunta tanto la prueba documental como de un informe pericial elaborado por profesionales especializados de los ámbitos social y sanitario que acredite la necesidad de acordar las medidas de apoyo a la persona con discapacidad.

**48.** En relación con la comparecencia serán citados, y esto es relevante, no sólo la persona legitimada que ha presentado la solicitud sino que también serán citados todos los que estando legitimados no hayan promovido el expediente teniendo las mismas posibilidades de alegación y proposición de prueba.

**49.** El expediente puede finalizar de diferentes formas: bien con la oposición de la persona con discapacidad, del Ministerio Fiscal o de las personas interesadas en la adopción de las medidas de apoyo; bien, con el expediente sin resolver; o finalmente, mediante auto acordando alguna de las medidas de apoyo previstas en la legislación civil, o acordando alguna medida alternativa que haya optado la persona con discapacidad, medidas que estarán sujetas a revisión en la forma y plazo que se prevea en el propio auto judicial. En los dos primeros supuestos estaría abierta la puerta para presentar la demanda correspondiente en el proceso contencioso.

**50.** La competencia para tramitar el expediente de jurisdicción voluntaria la tiene el órgano judicial, por tanto, terminaría con auto y no con decreto del Letrado de la Administración de Justicia. El auto puede acordar las medidas de apoyo solicitadas o denegarlas. En este sentido, se indica en el artículo 42 bis c).1 LJV que las medidas que se adopten en el auto deberán ser conformes a lo dispuesto en la legislación civil aplicable sobre esta cuestión. Independientemente de la medida que se adopte, el juez deberá tener en cuenta los deseos y preferencias de la persona con discapacidad así como evitar los abusos, conflictos de intereses y la influencia indebida, tal y como se dispone en el art. 270 del Código Civil.

**51.** En relación con la posibilidad de impugnar el auto decretando las medidas de apoyo cualquier interesado estaría legitimado para interponer un recurso de apelación, tal y como se establece en el artículo 20 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, que se ajustaría a lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

**52.** Por otro lado, también cabe la posibilidad, como anuncié anteriormente, que el expediente de jurisdicción voluntaria acabe con la oposición de la persona con discapacidad, del Ministerio Fiscal o de cualquier interesado (art. 42 bis b).5 de la LJV). El momento procesal concreto en el que se puede ejercitar dicha oposición abarcaría dos posibles: bien, en el plazo de los 5 días desde que se da traslado de la citación para la comparecencia; o bien, en la misma comparecencia en el trámite de alegaciones. Hay que dejar claro que la oposición va referida a las medidas judiciales de apoyo y no a la oposición de una persona concreta en el caso de acordar la curatela<sup>43</sup>.

---

<sup>43</sup> *Ibidem*.

## B) El procedimiento civil especial previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil

### a) Introducción

53. Una de las novedades de la nueva regulación legal es la supresión de los procesos de modificación de la capacidad para establecer otro procedimiento pensado, no para modificar la capacidad de las personas, sino para proveerlas de medidas de apoyo o ayuda en el caso de necesitarlas<sup>44</sup>. Como veremos la regulación efectuada por el legislador ha sido la de establecer un procedimiento con una finalidad distinta pero procedimentalmente muy parecido al anterior de incapacitación, si bien con una serie de novedades a las cuales me voy a referir a continuación.

54. Una de las cuestiones que a mi parecer suscita la nueva regulación es la de si es necesario o no, obtener algún reconocimiento por parte de las autoridades correspondientes de discapacidad para poder solicitar las medidas de apoyo ahora que han desaparecido los procesos de modificación de la capacidad. A mi entender, no sería necesario puesto que considero que al desaparecer la incapacitación del Derecho Civil como un estado civil, por tanto, no modificarse legalmente la capacidad no se requiere que ningún organismo lo acredite oficialmente. Otra cosa distinta es que una vez iniciado el procedimiento para solicitar las medidas de apoyo se deba presentar algún informe pericial por profesionales del ámbito sanitario o psicosocial que manifieste o acredite la necesidad de adoptar las medidas de apoyo para la persona con discapacidad. Deberá quedar justificada la necesidad de la adopción de las medidas de apoyo.

55. El acceso a la justicia de estas personas con discapacidad debe ser el mismo que el resto de las personas en condiciones de igualdad, no cabe modificar en juicio la capacidad de las personas, así en el artículo 13 de la Convención de 2006 se indica que: *“Todas las personas tienen derecho a acceder a la justicia en igualdad de condiciones. También las personas con discapacidad. Por eso, estas personas no serán excluidas de ningún tipo de acto judicial. Por ejemplo, podrán declarar como testigos”*. Por tanto, modificar en juicio la capacidad de las personas sería discriminatorio. A mayor abundamiento, el artículo 12 de dicha Convención, titulado *“Igual reconocimiento como persona ante la Ley”* es claro al respecto.

56. En definitiva, entiendo que la Ley 8/2021 es aplicable a todas las personas con discapacidad y pueden beneficiarse de las medidas de apoyo, hayan o no obtenido algún tipo de reconocimiento de su discapacidad<sup>45</sup>, si bien, deberá acreditarse en juicio dicha discapacidad.

### b) Aspectos generales de los procesos contemplados en el Título I del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil

57. En los artículos 748 a 755 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se regulan los aspectos generales aplicables a determinados procesos, entre ellos, el referido al procedimiento especial sobre provisión de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad objeto de dicho comentario.

58. Entre estos aspectos generales podemos destacar la intervención del Ministerio Fiscal que, de acuerdo al artículo 749 de la LEC, en estos procesos siempre será parte aunque no lo haya promovido ni deba, conforme a la ley, asumir la defensa de alguna de las partes. Por tanto, con carácter general, en su participación deberá velar por la salvaguarda de la voluntad, deseos, preferencias y derechos de las personas con discapacidad que participen en dichos procesos, así como por el interés superior del menor.

---

<sup>44</sup> Tal y como se indica en la primera sentencia dictada por el Tribunal Supremo 589/2021, 8 de septiembre, ECLI: ES: TS: 2021: 3276, ya citada anteriormente, tras la reforma, desaparece de la regulación legal cualquier declaración judicial de modificación de la capacidad.

<sup>45</sup> En el mismo sentido, véase a A. FERNÁNDEZ BUJÁN, *“La Ley 8/2021, para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica: un nuevo paradigma de la discapacidad”*, op. cit.



En los demás procesos del Título I del Libro IV de la LEC también será preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal cuando intervenga una persona con discapacidad.

**59.** En este procedimiento como en los otros contemplados en el mismo Título no caben los actos de disposición como son la renuncia, el allanamiento o la transacción. En relación con el desistimiento requerirá la conformidad del Ministerio Fiscal, en otros procedimientos existen algunas excepciones.

**60.** El procedimiento a seguir será el del juicio verbal con una serie de especialidades, entre ellas, la referida al plazo de la contestación a la demanda que es de 20 días. El juez de oficio puede acordar la práctica de las pruebas que estime convenientes y el juez no estará vinculado a la fuerza probatoria de determinados medios de prueba como el interrogatorio de las partes o los documentos como ocurre en la generalidad de los procesos civiles.

**61.** En relación a la publicidad de estos procesos dependiendo de las circunstancias del caso concreto, de acuerdo al artículo 754 de la LEC, los tribunales podrán decidir mediante providencia, de oficio o a instancia de parte, que los actos y vistas se celebren a puerta cerrada y que las actuaciones sean reservadas aunque no se den ninguna de las circunstancias contempladas en el artículo 138 de la LEC<sup>46</sup>.

### c) **Ámbito de aplicación**

**62.** El procedimiento para la adopción de medidas de apoyo a las personas con discapacidad regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil está previsto en los supuestos en los que sea necesario, de acuerdo a la legislación civil, nombrar un curador y en el expediente de jurisdicción voluntaria que se inició para ello no hubiese sido posible por formularse oposición o también cuando el expediente no haya podido resolverse. Por tanto, estas serían las dos circunstancias en las que iniciado el expediente de jurisdicción voluntaria darían lugar a un procedimiento contencioso a tramitar por la Ley de Enjuiciamiento Civil. Es importante reseñar que sólo cabría acudir a este procedimiento cuando se ha iniciado el expediente de jurisdicción voluntaria y no ha podido concluirse por existir oposición o que el expediente no ha podido resolverse. Como anteriormente indiqué, el legislador ha optado por dar primacía a la Jurisdicción Voluntaria frente al procedimiento contencioso para proveer de medidas de apoyo a las personas con discapacidad.

**63.** En relación a la segunda de las circunstancias por las que puede iniciarse el procedimiento contencioso contemplado en la LEC, que se refiere a “que el expediente no haya podido resolverse”, la doctrina entiende que esta causa podría ir referida tal vez a los casos en los que el expediente de jurisdicción voluntaria haya finalizado por la estimación de alguna cuestión procesal planteada en la comparecencia<sup>47</sup>. Si bien, también podría ser admitida dentro de esa circunstancia el que el auto en el expediente de jurisdicción voluntaria desestime la solicitud de medidas judiciales de apoyo sin necesidad de que exista oposición (primera de las circunstancias prevista legalmente para iniciar el proceso contencioso). La razón se encuentra en que el auto firme del expediente de jurisdicción voluntaria no tiene efecto de cosa juzgada material lo que supone la posibilidad de promover un proceso contencioso de la LEC. Es evidente, que la carencia de eficacia de cosa juzgada material implica la posibilidad de poder iniciar un proceso contencioso con el mismo objeto sin necesidad que éste vaya dirigido a la revocación de aquél.

<sup>46</sup> Literalmente se indica en el apartado 2 de dicho artículo que: “Las actuaciones a que se refiere el apartado anterior podrán, no obstante, celebrarse a puerta cerrada cuando ello sea necesario para la protección del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes y de otros derechos y libertades lo exijan o, en fin, en la medida en la que el tribunal lo considere estrictamente necesario, cuando por la concurrencia de circunstancias especiales la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia”.

<sup>47</sup> J. VEGAS TORRES, “Los principios informadores de la reforma. La adopción judicial de las medidas de apoyo a las personas con discapacidad”, op. cit.

## **d) Competencia**

### **d.1) Competencia objetiva y funcional**

64. La competencia objetiva la tiene el Juzgado de Primera Instancia y es competencia funcional puesto que va a conocer el Juzgado de Primera Instancia que conoció del previo expediente de jurisdicción voluntaria a no ser, como se indica en el artículo 756 de la Ley de Enjuiciamiento Civil cambie de residencia la persona con discapacidad que entonces corresponderá al Juzgado de Primera Instancia del lugar donde resida. Ahora bien, como se indica en el siguiente apartado 3, para trasladar los autos al nuevo Juzgado es necesario que el cambio de residencia se efectúe antes de la celebración de la vista.

### **d.2) Competencia territorial**

65. De acuerdo a lo establecido en el artículo 52.1, 5º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, modificado por la Ley 8/2021, la competencia territorial para conocer del procedimiento para proveer de medidas de apoyo a personas con discapacidad sería el Tribunal del lugar en que resida la persona con discapacidad sea ella o no quien solicite las medidas. Así, literalmente, se indica en dicho artículo que: *«En los juicios en que se ejerciten acciones relativas a las medidas judiciales de apoyo de personas con discapacidad será competente el Tribunal del lugar en que resida la persona con discapacidad, conforme se establece en el apartado 3 del artículo 756»*.

Es un fuero legal imperativo por lo que no cabe la sumisión tácita ni expresa a otro órgano que no sea este.

## **e) Clase de procedimiento**

66. Este procedimiento se encuadra dentro de los procedimientos especiales contemplados en la Ley de Enjuiciamiento Civil que se tramitan por la vía del juicio verbal.

De acuerdo al apartado 1 del artículo 753 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el procedimiento por el que se tramitará la solicitud de medidas de apoyo a personas con discapacidad será el del juicio verbal. Por tanto, la tramitación del verbal será la correspondiente para este procedimiento, al igual que estaba previsto para tramitar el procedimiento de incapacitación.

Además, de acuerdo al párrafo 3 del mismo artículo 753, la tramitación de este procedimiento será preferente cuando se designe a la persona con discapacidad medidas de apoyo con funciones representativas.

La opción del legislador por seguir los trámites del juicio verbal nos lleva a pensar que quiere darse a este procedimiento la mayor agilidad posible siendo un procedimiento con una tramitación más ágil que el ordinario.

## **f) Partes legitimadas**

67. En este procedimiento especial por ser una de las partes una persona con discapacidad siempre debe intervenir el Ministerio Fiscal en defensa o tutela de los derechos de aquél. Como sabemos el Ministerio Fiscal actúa en el proceso defendiendo los intereses tanto de los menores como de las personas con discapacidad. Por lo tanto, como veremos el Ministerio Fiscal está legitimado por la ley para intervenir en defensa de los derechos de aquellos. Si bien, se puede situar en el lado activo o en el lado pasivo del procedimiento. En el lado activo, el Ministerio Fiscal, tal y como se indica en el artículo 757.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, deberá promover el proceso cuando no existan las personas legitimadas para plantear la demanda, que trataremos a continuación, o que existiendo no la hayan interpuesto. En este último supuesto, la ley prevé una excepción al planteamiento de la demanda por parte del

Ministerio Fiscal, y es que existan otras vías a través de las cuales la persona interesada pueda obtener los apoyos que precisa. Veremos cuáles podrían ser estas vías alternativas.

### f.1) Parte activa

**68.** Legitimados para interponer la demanda en este procedimiento de solicitud de medidas de apoyo a las personas con discapacidad están, de acuerdo al artículo 757 de la LEC:

- a) la propia persona con discapacidad
- b) su cónyuge no separado de hecho o legalmente
- c) quien se encuentre en una situación de hecho asimilable
- d) su descendiente, ascendiente o hermano.

Por su parte, como acabo de indicar en el apartado anterior, el Ministerio Fiscal estaría legitimado activamente cuando no existan las personas anteriormente mencionadas para plantear la demanda, o que existiendo las mismas no la hayan interpuesto. Por tanto, en el proceso contencioso a diferencia del expediente de jurisdicción voluntaria le legitimación del Ministerio Fiscal es subsidiaria, sólo va a ejercitar la acción en el supuesto de que los demás legitimados no puedan interponerla, tal y como se establece en el art. 757. 1 y 2 de la LEC.

Iniciado el proceso por alguna de las personas legitimadas activamente, cualquiera de las otras podrá intervenir a su costa y también podrán hacerlo aquellas personas que acrediten un interés legítimo, con los efectos previstos en el artículo 13 de la LEC.

### f.2) Parte pasiva

**69.** En el lado pasivo de este procedimiento de adopción de medidas de apoyo tendríamos que hablar del demandado pero es más correcto hablar de interesado puesto que todo el procedimiento gira entorno a ayudar a la persona con discapacidad precisamente proveyéndole de medidas de apoyo. De hecho en el propio artículo 758 de la LEC se hace referencia al demandado como persona interesada. Como indica ADAN DOMÈNECH, “*su existencia es siempre necesaria ya que únicamente de esta forma se logra dotar al procedimiento de las suficientes garantías de contradicción*”<sup>48</sup>.

**70.** Es importante la función tan relevante que se le ha atribuido al Letrado de la Administración de Justicia en este punto y no es otra que la de hacer comprender a la persona con discapacidad el objeto, la finalidad y los trámites de este procedimiento, tal y como se indica en el artículo 7 bis de la LEC y de la LJV, introducido por la Ley 8/2021, para lo cual podrá llevar a cabo las actuaciones que considere y adecuadas .

**71.** En este sentido, para determinar quién es la parte demandada o interesada en este procedimiento hay que tener en cuenta quien está situado en el lado activo. De acuerdo al artículo 758 de la LEC, “*Una vez notificada la demanda por medio de remisión o entrega, o por edictos cuando la persona interesada no hubiera podido ser notificada personalmente, si transcurrido el plazo previsto para la contestación a la demanda la persona interesada no compareciera ante el Juzgado con su propia defensa y representación, el letrado de la Administración de Justicia procederá a designarle un defensor judicial, a no ser que ya estuviera nombrado o su defensa corresponda al Ministerio Fiscal por no ser el promotor del procedimiento. A continuación, se le dará al defensor judicial un nuevo plazo de veinte días para que conteste a la demanda si lo considera procedente*”.

<sup>48</sup> F. ADAN DOMÈNECH, “Proceso sobre la adopción de medidas de apoyo a personas con discapacidad,” en <https://vlex.es/vid/reintegracion-incapacidad-decretada-395800138>.

72. Hay que dejar claro que la acción en el proceso contencioso se va a dirigir contra la persona para la que se reclaman las medidas judiciales de apoyo con independencia de quién haya sido quien se haya opuesto en el expediente de jurisdicción voluntaria. Cobra verdadera relevancia el papel del Ministerio Fiscal en defensa de los derechos de la parte demandada, ha de velar porque se respeten sus derechos.

### g) Intervención de terceros

73. Una de las novedades más relevantes de la reforma llevada a cabo en este procedimiento comparándolo con los antiguos procesos de modificación de la capacidad (proceso de incapacitación, proceso de reintegración de la capacidad y proceso de declaración de prodigalidad) se encuentra precisamente en la posibilidad de intervenir en este procedimiento civil cualquier persona legitimada para instarlo o que acredite un interés legítimo en el mismo.

Así, en el apartado 4 del artículo 757 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se prevé la posibilidad de que intervengan en este procedimiento tanto las personas que están legitimadas para plantear la demanda como las que acrediten un interés legítimo. Este artículo nos remite al artículo 13 del mismo cuerpo legal que regula la institución de la intervención, en concreto, se remite a la intervención voluntaria de sujetos originariamente no demandantes ni demandados. Por tanto, la persona con interés directo y legítimo en el proceso podrá plantear la demanda (intervenir) una vez iniciado el mismo.

Por otro lado, si se solicita el nombramiento de un concreto curador se le deberá dar traslado de la demanda aunque no sea parte para que pueda alegar lo que considere más conveniente, art.757.3 de la LEC.

### h) Comparecencias

74. Otra de las novedades más relevantes de este procedimiento en relación con el anterior de modificación de la capacidad es la referida a la posibilidad de no celebrar las audiencias preceptivas cuando lo solicita la persona con discapacidad que además es la que ha iniciado el procedimiento por entender que afecta a su derecho a la intimidad y privacidad. Es evidente que para poder llevar a cabo esta posibilidad es necesario que la persona con discapacidad entienda las actuaciones que se están llevando a cabo y sopesa las consecuencias de cada una de ellas, de otra forma sería muy difícil por no decir imposible que la persona con discapacidad pudiese decidir libremente con total autonomía.

A este respecto, es importante tener en consideración lo que se especifica en el artículo 758 último apartado de la LEC, que indica “*El letrado de la Administración de Justicia llevará a cabo las actuaciones necesarias para que la persona con discapacidad comprenda el objeto, la finalidad y los trámites del procedimiento, de conformidad con lo previsto en el artículo 7 bis*”.

En concreto en el artículo 7 bis del mismo cuerpo legal que se titula precisamente “Ajustes para personas con discapacidad” se establece que todas las personas con discapacidad tienen derecho a entender y ser entendidas en cualquier actuación que deba llevarse a cabo<sup>49</sup>. Para conseguir

<sup>49</sup> Concretamente, el significado de tal enunciado queda englobado en lo siguiente:

“*A tal fin:*

a) *Todas las comunicaciones con las personas con discapacidad, orales o escritas, se harán en un lenguaje claro, sencillo y accesible, de un modo que tenga en cuenta sus características personales y sus necesidades, haciendo uso de medios como la lectura fácil. Si fuera necesario, la comunicación también se hará a la persona que preste apoyo a la persona con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica.*

b) *Se facilitará a la persona con discapacidad la asistencia o apoyos necesarios para que pueda hacerse entender, lo que incluirá la interpretación en las lenguas de signos reconocidas legalmente y los medios de apoyo a la comunicación oral de personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas.*

c) *Se permitirá la participación de un profesional experto que a modo de facilitador realice tareas de adaptación y ajuste necesarias para que la persona con discapacidad pueda entender y ser entendida.*

d) *La persona con discapacidad podrá estar acompañada de una persona de su elección desde el primer contacto con las autoridades y funcionarios”.*

este objetivo es por lo que el legislador ha introducido las adaptaciones y ajustes necesarios para las personas con discapacidad con la finalidad de que puedan participar en el proceso en condiciones de igualdad.

### **i) Prueba**

**75.** En materia de prueba, como hemos visto anteriormente en el apartado de aspectos generales aplicables a todos los procesos incluidos en el Título I del Libro IV de la LEC, de acuerdo al artículo 752: *“Sin perjuicio de las pruebas que se practiquen a instancia del Ministerio Fiscal y de las demás partes, el tribunal podrá decretar de oficio cuantas estime pertinentes”*.

Por tanto, el órgano judicial puede practicar la prueba que considere conveniente para proveer de medidas de apoyo a la persona con discapacidad. Pero además, el legislador ha previsto específicamente para este procedimiento que el Tribunal lleve a cabo de forma preceptiva la práctica de las siguientes (artículo 759 de la LEC):

*“1.º Se entrevistará con la persona con discapacidad.*

*2.º Dará audiencia al cónyuge no separado de hecho o legalmente o a quien se encuentre en situación de hecho asimilable, así como a los parientes más próximos de la persona con discapacidad.*

*3.º Acordará los dictámenes periciales necesarios o pertinentes en relación con las pretensiones de la demanda, no pudiendo decidirse sobre las medidas que deben adoptarse sin previo dictamen pericial acordado por el Tribunal. Para dicho dictamen preceptivo se contará en todo caso con profesionales especializados de los ámbitos social y sanitario, y podrá contarse también con otros profesionales especializados que aconsejen las medidas de apoyo que resulten idóneas en cada caso”*.

**76.** Además, el legislador ha preceptuado que la práctica preceptiva de estas pruebas de oficio lo sean tanto para primera instancia como la segunda en el caso de que la sentencia fuese apelada. A mi parecer, ello garantiza un contacto estrecho entre el órgano judicial y la persona interesada con el fin de evaluar sus necesidades de forma más adecuada. Entiendo fundamental la entrevista con la persona con discapacidad puesto que si la intención del legislador al regular este procedimiento es atender fundamentalmente a la voluntad, deseos y preferencias de la persona, deba entrevistarse con ella necesariamente para saberlos. No hay que confundir esta entrevista con la tradicional exploración judicial del incapaz que se llevaba a cabo con anterioridad a la reforma<sup>50</sup>. Al igual considero importante la práctica de las otras actuaciones puesto que a mi parecer van todas dirigidas al mismo propósito que no es otro que saber la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad.

**77.** Recientemente, el Tribunal Supremo ha declarado la nulidad de las actuaciones en un procedimiento para acordar medidas de apoyo precisamente porque la Audiencia infringió las garantías procesales de fundamental importancia a los efectos de pronunciarse sobre la fijación judicial de apoyos, por lo que procede decretar la nulidad de actuaciones. En concreto, la Audiencia debió llevar a efecto las diligencias prevenidas en el art. 759 LEC, cuales son la entrevista con la demandada, audiencia de los familiares más próximos y dictamen pericial, y con su resultado decidir el recurso de apelación interpuesto<sup>51</sup>.

En los fundamentos jurídicos de dicha resolución que recojo literalmente, el Tribunal Supremo ha manifestado que:

*“No obstante, la nueva ley dispone que en los casos en que la demanda haya sido presentada por la propia persona con discapacidad -que no es el caso- el Tribunal podrá, previa solicitud de ésta -que no*

<sup>50</sup> Véase sobre esta cuestión J. GONZÁLEZ GUTIÉRREZ, *formularios judiciales y notariales comentados de discapacidad y medidas de apoyo. Líneas maestras de la reforma de la discapacidad en la Ley 8/2021, de 2 de junio*, (Coord. LINACERO DE LA FUENTE; A. GÓMEZ LINACERO), 2022, documento tol8.998.823.

<sup>51</sup> Véase la STS 206/2022, 14 de marzo, ECLI: ES:TS:2022:940, DOCUMENTO TOL8.876.309.

*ha realizado- y, de forma excepcional -sin que concurran razones para ello-, no practicar las audiencias preceptivas, si así resultara más conveniente para la preservación de su intimidad ( art. 759.2 LEC).*

*Este tribunal ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre las consecuencias legales derivadas de la falta de observancia de dichos requisitos, de imperativo acatamiento, tanto en primera como en segunda instancia, concebidos como expresión de orden público procesal.*

*De esta manera, la jurisprudencia, de la que es expresión la sentencia 185/2000, de 4 de marzo, anuda a la falta de práctica de tales pruebas, la declaración de oficio de la nulidad de actuaciones, y así se razonó:*

*“[...] como quiera que es uniforme y consolidada doctrina de esta Sala la de que la inobservancia de los trámites esenciales y previos a toda declaración de incapacidad (audiencia de los parientes más próximos del presunto incapaz y examen de éste por el propio Juez), en cuanto cuestión de orden público e incluso de trascendencia constitucional, puede ser apreciada “ex officio” por esta Sala de casación (Sentencias de 20 de Febrero y 12 de Junio de 1989, 20 de Marzo y 24 de Mayo de 1991, 30 de Diciembre de 1995), un somero examen del proceso (tan defectuosamente tramitado) a que este recurso se refiere, pone ostensiblemente de manifiesto que no han sido oídos los parientes más próximos del presunto incapaz (ni uno solo de ellos), cuyo requisito, exigido expresamente por el artículo 208 del Código Civil, tiene trascendencia constitucional (Sentencias de 20 de marzo de 1991 y 19 de Febrero de 1996)”.*

*Las sentencias 252/2001, de 16 de marzo y 947/2002, de 14 de octubre, con las citadas en ellas, recogieron el matiz jurisprudencial de considerar la repetición de las diligencias preceptivas como necesarias, solamente, para el caso de que se hubiera producido un cambio de criterio por el tribunal de apelación, en relación con la sentencia dictada en primera instancia.*

*No obstante, en la sentencia 610/2005, de 15 de julio, bajo la redacción del art. 759.3 LEC 1/2000, se consideran tales pruebas de oficio como necesarias para determinar las medidas de apoyo que, en su caso, precise la persona para ejercer su capacidad jurídica en condiciones de igualdad, tanto en primera como en segunda instancia, y de esta forma se señala:*

*“El art. 759.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ha supuesto una trascendental modificación respecto del derogado art. 208 del Código Civil, al imponer, expresamente y para todo caso, la práctica de las pruebas a que se contrae su apartado 1, extendiendo así el principio de inmediación, de especial relevancia en estos procesos, al Tribunal de apelación. Cualquiera que sea la crítica que doctrinalmente pueda merecer el precepto, la obligación que impone al Tribunal de apelación es de estricta observancia por constituir una norma esencial en esta clase de procesos, cuya omisión constituye causa de nulidad de acuerdo con el art. 238.3º de la Ley Orgánica del Poder Judicial .*

*En el presente caso, la Audiencia Provincial, al conocer del recurso de apelación contra la sentencia del Juzgado, no dio cumplimiento a lo prevenido en el art. 759.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, resultando así infringida una norma esencial del procedimiento de incapacitación, lo que aboca a la nulidad de pleno derecho de la sentencia impugnada, solicitada por el Ministerio Fiscal, de acuerdo con el art. 238.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, siendo evidente la indefensión producida atendida la especial finalidad protectora de la persona que caracteriza esta clase de procesos”.*

*Es obvio, por lo tanto, que la Audiencia infringió una garantía procesal de fundamental importancia a los efectos de pronunciarse sobre la fijación judicial de apoyos, por lo que procede decretar la nulidad de actuaciones, sin que sea óbice para ello que la parte recurrente no hubiera impugnado la diligencia de ordenación, que fijaba el día y hora para deliberación y fallo, dado que se trata de una norma imperativa, ajena al comportamiento procesal y disposición de la recurrente, que es de orden público y de relevancia constitucional, con las únicas causas de exención del actual 759.2 LEC, que no concurren como antes hemos analizado.*

*Deberá pues la Audiencia llevar a efecto las diligencias prevenidas en el art. 759 LEC, cuales son la entrevista con la demandada, audiencia de los familiares más próximos y dictamen pericial, y con su resultado decidir el recurso de apelación interpuesto y, al hacerlo, adaptar la sentencia al nuevo régimen legal impuesto por la Ley 8/2021, como exige su disposición transitoria sexta”.*

Queda patente la relevancia que tiene en este procedimiento especial la práctica de las pruebas que preceptivamente impone el legislador, no sólo en primera instancia sino también en segunda, como es el caso enjuiciado en dicha sentencia.

## j) Sentencia

78. De acuerdo al artículo 760 de la LEC, “*Las medidas que adopte la autoridad judicial en la sentencia deberán ser conformes a lo dispuesto sobre esta cuestión en las normas de derecho civil que resulten aplicables*”.

Las medidas previstas en la sentencia serán revisadas, tal y como prevé la legislación civil, siguiendo los trámites de la jurisdicción voluntaria.

## k) Notificación de la sentencia

79. La Ley establece en el artículo 755 de la LEC el acceso de las sentencias al Registros públicos. Literalmente se indica en dicho artículo que: “*El letrado de la Administración de Justicia acordará que las sentencias y demás resoluciones dictadas en los procedimientos a que se refiere este Título se comuniquen de oficio a los Registros Civiles para la práctica de los asientos que correspondan.*”

*A petición de parte, se comunicarán también al Registro de la Propiedad, al Registro Mercantil, al Registro de Bienes Muebles o a cualquier otro Registro público a los efectos que en cada caso correspondan. En el caso de medidas de apoyo, la comunicación se hará únicamente a petición de la persona en favor de la cual el apoyo se ha constituido*”.

## l) Medidas cautelares

80. De acuerdo al artículo 762 de la LEC cabe la posibilidad de solicitar medidas cautelares en este procedimiento, tanto las personas legitimadas para solicitarlas como el momento proceso oportuno puede ser distinto.

81. En relación con las personas legitimadas para solicitar las medidas cautelares pueden serlo tanto el órgano judicial, como el Ministerio Fiscal.

82. En relación con el órgano judicial tal y como se indica en el primer apartado del art. 762 de la LEC: “*Cuando el Tribunal competente tenga conocimiento de la existencia de una persona en una situación de discapacidad que requiera medidas de apoyo, adoptará de oficio las que estime necesarias para la adecuada protección de aquella o de su patrimonio y pondrá el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal para que inicie, si lo estima procedente, un expediente de jurisdicción voluntaria*”, por tanto, el juez de oficio podrá acordar las medidas cautelares necesarias en protección de la persona con discapacidad poniéndolo en conocimiento inmediatamente del Ministerio Fiscal, ya que no se fija ningún plazo, para que éste si lo considera conveniente inicie el expediente de jurisdicción voluntaria. En este sentido, las medidas cautelares pueden acordarse con anterioridad al inicio del expediente de jurisdicción voluntaria.

83. No existe vinculación de las medidas cautelares con ningún proceso ya que como hemos visto pueden ser acordadas antes de que se inicie ningún proceso. La adopción de las medidas cautelares de oficio, parten de la consideración de amenaza o desvalimiento en el que se puede encontrar la persona con discapacidad siendo necesaria la adopción de medidas de apoyo. La posibilidad de acordar medidas cautelares de oficio sin necesidad de ir preordenadas a la efectividad de la sentencia ha hecho que la doctrina abogue por la consideración de estas medidas más como medidas provisionales que no cautelares<sup>52</sup>.

84. Por otro lado, en el segundo apartado del mismo artículo se indica que: “*El Ministerio Fiscal podrá también, en las mismas circunstancias, solicitar del Tribunal la inmediata adopción de las medidas a que se refiere el apartado anterior.*”

<sup>52</sup> Véase el trabajo de M<sup>a</sup> T. MANGAS ALONSO, “Incidencia de la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad en el Derecho español”, op. cit. 138.

*Tales medidas podrán adoptarse, de oficio o a instancia de parte, en cualquier estado del procedimiento”.*

En las mismas circunstancias a las que hace referencia el precepto se refiere al conocimiento de la existencia de una persona en una situación de discapacidad que requiera medidas de apoyo.

**85.** Se entiende que la adopción de estas medidas cautelares, pueden solicitarse en cualquier estado del procedimiento, entendiéndose que cabe tanto en el expediente de jurisdicción voluntaria como en el proceso contencioso.

**86.** Finalmente, en el tercer apartado del mismo artículo comentado se indica que: *“Siempre que la urgencia de la situación no lo impida, las medidas a que se refieren los apartados anteriores se acordarán previa audiencia de las personas con discapacidad. Para ello será de aplicación lo dispuesto en los artículos 734, 735 y 736 de esta Ley”.* Por tanto, es de especial relevancia para acordar las medidas cautelares que se lleve a cabo una audiencia con la persona con discapacidad para valorar las medidas a adoptar. Esta exigencia que ya estaba prevista anteriormente a la reforma se ha visto reforzada con la Ley 8/2021. Así, el Tribunal Supremo ha venido a decir que:

*“El art. 762 LEC establece la posibilidad de adoptar medidas de protección de las personas que se encuentren en una situación de discapacidad que requiera medidas de apoyo, con la regla general de la previa audiencia de las personas afectadas. Esta regla general se acentúa en la nueva redacción del art. 762.3, tras la reforma de la Ley 8/2021, de 2 de junio (en vigor a partir del 3 de septiembre de 2021) que solo permite excepcionarla en los casos de “urgencia de la situación”. Como señala el auto de 6 de marzo de 2019 (rec. 5345/2018):*

*“[...] la finalidad de las medidas cautelares es asegurar un resultado futuro del proceso a fin de evitar el riesgo de ineffectividad de la sentencia firme que en su día se dicte. El Tribunal Constitucional destaca esa finalidad afirmando que “todas las medidas cautelares responden a la necesidad de asegurar, en su caso, la efectividad del pronunciamiento futuro del órgano judicial, esto es, de evitar que un posible fallo favorable a la pretensión deducida quede (contra lo dispuesto en el artículo 24.1 CE) desprovisto de eficacia” (sentencia 218/1994)”.*

Sigue recordando dicho auto que, de acuerdo con los arts. 728 y 730.4 LEC, los requisitos que deben concurrir para el acogimiento de la pretensión cautelar con posterioridad a la demanda o en fase de recurso “son los siguientes: i) Peligro por la mora procesal. Sólo podrán acordarse medidas cautelares si quien las solicita justifica que podrían producirse durante la pendencia del proceso, de no adoptarse las medidas solicitadas, situaciones que impedirían o dificultarían la efectividad de la tutela que pudiere otorgarse en una eventual sentencia estimatoria. ii) Apariencia de buen derecho. iii) Caución. Salvo que expresamente se disponga otra cosa, el solicitante de la medida cautelar deberá prestar caución suficiente para responder, de manera rápida y efectiva, de los daños y perjuicios que la adopción de la medida cautelar pudiera causar al patrimonio del demandado. iv) La adopción de medidas cautelares con posterioridad a la presentación de la demanda o durante la pendencia de un recurso, exige que la petición se base en hechos y circunstancias que justifiquen su solicitud en esos momentos, por haber sido desconocidos al hacerse aquélla o ser posteriores (art. 730.4 LEC)”<sup>53</sup>.

## VI. Conclusiones

**87.** La reforma que lleva a cabo la Ley 8/2021 es una reforma integral que afecta a distintas leyes y va dirigida a proporcionar a las personas con discapacidad de los mecanismos necesarios y adecuados para ejercitar sus derechos en igualdad de condiciones que el resto de personas. Para ello, considero de especial relevancia la introducción del artículo 7 bis de la LEC y LJV que establece las adaptaciones y ajustes necesarios para que las personas con discapacidad puedan ejercitar sus derechos en igualdad de condiciones.

<sup>53</sup> Auto del TS 11405:2021, 13 de septiembre de 2021, ECLI: ES:TS:2021:11405<sup>a</sup>, DOCUMENTO TOL8.594.611.



**88.** Toda la reforma va dirigida a que las personas con discapacidad puedan decidir libremente y, por tanto, a garantizar la autonomía de la voluntad dando preferencia a sus deseos y preferencias. Por otro lado, la reforma también se dirige a proporcionar a las personas con discapacidad las medidas de apoyo que no supongan una medida de sustitución sino de asistencia a la persona y, por ello, ya no es presupuesto necesario la declaración por parte del juez de la incapacidad para que dicha persona pueda tener medidas de apoyo. De hecho, la reforma ha suprimido el procedimiento que anteriormente iba dirigido a declarar la incapacidad.

**89.** Aunque la Ley 8/2021 se inspira en principios diferentes a los que hasta entonces se aplicaban, sin embargo, la experiencia práctica hasta ahora, que no es mucha por la poca vigencia de la Ley, está demostrando -a través de la interpretación de la ley- que se sigue optando, en determinados casos todos ellos excepcionales, por la idea de protección frente a la voluntad, deseos o preferencias de la persona para garantizar por encima de todo su dignidad. La dignidad de las personas está por encima de cualquier otra consideración.

**90.** A mi parecer, lo más relevante de la reforma es el papel que ha concedido la ley a las personas con discapacidad, ha pasado de modelo de discapacidad médico o rehabilitador a un modelo de discapacidad social, ajustándose a lo establecido en la Convención Internacional de Derechos de las Personas con Discapacidad.