

LA REFORMA DEL DERECHO CATALÁN EN MATERIA DE DISCAPACIDAD*

THE REFORM OF CATALAN LAW IN TERMS OF DISABILITY

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 17, ISSN: 2386-4567, pp. 122-149

* Este estudio forma parte de los trabajos que se desarrollan en el seno del proyecto de investigación "El derecho de familia que viene. Retos y respuestas" PID 2019-109019RB-I00 Ministerio de Ciencia y de Innovación.



Judith SOLÉ
RESINA

ARTÍCULO RECIBIDO: 8 de marzo de 2022

ARTÍCULO APROBADO: 25 de abril de 2022

RESUMEN: La Comisión de Codificación de Cataluña está trabajando en el encargo del Gobierno de la Generalitat de la revisión del Código Civil de Cataluña para su adaptación a la Convención de Nueva York. Los trabajos prelegislativos todavía no han finalizado y aún no ha empezado la tramitación parlamentaria de la reforma del derecho catalán en materia de discapacidad. Con todo, ya es posible avanzar cuáles son las bases que van a regir esta reforma, que se encuentran recogidas en el documento de Bases. Además, se ha aprobado el Decreto ley 19/2021, de 31 de agosto, por el que se adapta el Código Civil de Cataluña a la reforma del procedimiento de modificación judicial de la capacidad, que ha venido a salvar el vacío legal que de otro modo habría comportado la aprobación de la Ley estatal 8/2021 en el territorio catalán. Y también existen ya algunas resoluciones judiciales que aplican esta nueva normativa y sientan nuevos criterios jurisprudenciales que resultan de gran interés.

PALABRAS CLAVE: Capacidad jurídica; discapacidad; medidas de apoyo; salvaguardas; poder preventivo; asistencia.

ABSTRACT: *The Codification Commission of Catalonia is working on the commission of the Government of the Generalitat to revise the Civil Code of Catalonia for its adaptation to the New York Convention. The pre-legislative work has not yet been completed and the parliamentary processing of the reform of Catalan law on disability has not yet begun. However, it is already possible to advance what are the bases that will govern this reform, which are included in the Bases document. In addition, Decree Law 19/2021, of 31 August, which adapts the Civil Code of Catalonia to the reform of the procedure of judicial modification of capacity, which has come to bridge the legal vacuum that otherwise would have led to the approval of State Law 8/2021 in The Catalan territory. And there are also already some judicial decisions that apply this new regulation and establish new jurisprudential criteria that are of great interest.*

KEY WORDS: *Legal capacity; disability; support measures; safeguards; preventive power; attendance.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. LAS BASES DE LA REFORMA.- I. Sistema de apoyos (Base 1ª).- 2. Principios de necesidad, proporcionalidad, y voluntariedad de las medidas de apoyo (Bases 2ª, 3ª y 4ª).- 3. Tipos de apoyo y su compatibilidad (Bases 5ª, 6ª, 7ª, 8ª y 9ª).- 4. Las salvaguardas (Base 12ª, 14ª, 15ª y 16ª).- 5. Responsabilidad civil y penal (Base 17ª).- 6. Mediación (Base 18ª).- III. EL DECRETO 19/2021, DE 31 DE AGOSTO, POR EL QUE SE ADAPTA EL CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA A LA REFORMA DEL PROCEDIMIENTO DE MODIFICACIÓN JUDICIAL DE LA CAPACIDAD.- IV. LAS PRIMERAS RESOLUCIONES JUDICIALES TRAS LA REFORMA DEL PROCEDIMIENTO DE MODIFICACIÓN JUDICIAL DE LA CAPACIDAD.- 1. La Sentencia 550/2021, de 15 de septiembre, de la Sección 18ª de la Audiencia Provincial de Barcelona (Ponente: Excmo. Sr. Javier Pereda Gámez).- 2. La Sentencia 594/2021, de 13 de octubre, de la Sección 18ª de la Audiencia Provincial de Barcelona (Ponente: Excmo. María Dolores Viñas Maestre).- 3. La Sentencia 604/2021, de 14 de octubre, de la Sección 18ª de la Audiencia Provincial de Barcelona (Ponente: Excmo. María Dolores Viñas Maestre).- 4. La Sentencia 612/2021, de 15 de octubre, de la Sección 18ª de la Audiencia Provincial de Barcelona (Ponente: Excmo. María Dolores Viñas Maestre).- 5. La Sentencia 618/2021, de 18 de octubre, de la Sección 18ª de la Audiencia Provincial de Barcelona (Ponente: Excmo. María José Pérez Tormo).- 6. La Sentencia 622/2021, de 19 de octubre, de la Sección 18ª de la Audiencia Provincial de Barcelona (Ponente: Excmo. María José Pérez Tormo).

I. INTRODUCCIÓN.

En el momento en que se ha terminado de escribir esta colaboración, siguen los trabajos prelegislativos de la Comisión de Codificación de Cataluña, de la que su autora tiene el honor de ser miembro, para la adaptación del Código Civil de Catalunya a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. De ahí que cuanto se explica en estas líneas debe leerse teniendo en cuenta esta situación. Cuando concluyan los trabajos en curso, se habrán ordenado definitivamente las instituciones de apoyo de las personas con discapacidad de acuerdo con el nuevo concepto de capacidad jurídica establecido en la Convención.

Con la finalidad de hacer efectivo este objetivo con la celeridad necesaria, la DF 3ª Decreto Ley 19/2021, de 31 de agosto, por el que se adapta el Código civil de Cataluña a la reforma del procedimiento de modificación judicial de la capacidad, ordena al Gobierno que, en el plazo de doce meses desde la entrada en vigor de este Decreto ley, presente un proyecto de ley de modificación del Código civil de Cataluña en materia de apoyos al ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. De este modo, si los plazos se cumplen, en septiembre de 2022 dispondremos de la esperada completa adaptación.

• Judith Solé Resina

Catedrática de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Barcelona. Vocal permanente de la Sección Civil de la Comisión General de Codificación Miembro de la Sección Persona y Familia de la Comisión de Codificación de Cataluña. Correo electrónico: Judith.Sole@uab.cat.

II. LAS BASES DE LA REFORMA.

La Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, obliga a reformar y replantear las instituciones de protección de la persona a las que se someten las personas mayores de edad en el Código civil de Cataluña y a formular legalmente los nuevos principios y reglas generales sobre los apoyos en el ejercicio de la capacidad jurídica.

Con este objetivo, el Gobierno de la Generalitat ha encargado una propuesta de modificación del ordenamiento civil catalán a la Comisión de Codificación de Cataluña, adscrita al Departamento de Justicia. Dicha Comisión ha elaborado un documento de Bases de la reforma del Código civil de Cataluña en materia de apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica¹ y ha impulsado un proceso participativo que concluyó el día 30 de octubre de 2020 y del que se han obtenido numerosas aportaciones de personas individuales y entidades que han sido incorporadas al anteproyecto de ley encomendado.

El documento de Bases establece los principios que han de orientar las reformas de las instituciones de protección de la persona actualmente reguladas por el título II del libro segundo del Código Civil de Catalunya. Tal como se explica en la exposición de motivos de dicho documento, estas bases, conforme la Convención de Nueva York, parten del derecho al apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica en condiciones de igualdad; determinan las modalidades que puede revestir este apoyo; e incorporan las salvaguardas para prevenir los abusos, la influencia indebida y los conflictos de interés en la realización por la persona concernida de actos con trascendencia jurídica. Se deja fuera de estas bases las orientaciones para la adaptación a la Convención de Nueva York de las actuales disposiciones de los capítulos I y II del Código civil de Cataluña en materia de tratamientos médicos e internamientos, que concuerdan y despliegan normas estatales básicas u orgánicas, que serán tratadas más adelante.

Las bases sobre las se trabaja y desarrolla el texto articulado que ha de substituir la normativa actual son las siguientes²:

- 1 Consultable en: https://participa.gencat.cat/uploads/decidim/attachment/file/1841/BASES_REFORMA_CcC_suport_a_l_exercici_de_la_capacitat_jca.pdf (Última consulta 23 de enero de 2022)
- 2 GETE-ALONSO Y CALERA, M.C.: “El nuevo modelo de la discapacidad: la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad”, en AAVV: *Jornadas sobre el nuevo modelo de discapacidad* (coord. GETE-ALONSO), Marcial Pons, Madrid, 2020, p. 31, explica que “En las bases catalanas se hace un esfuerzo para empoderar a la persona que, como se explica en el lugar oportuno, tiene como objetivo potenciar su voluntad. La finalidad buscada es crear unos apoyos que sean auténticos instrumentos de inclusión social de la persona. Aunque individualizados, pues la dignidad personal es única e intransferible, y voluntarios, personalísimos, no se olvida que de lo que se trata es que la persona supere las trabas que encuentra en la sociedad. De ahí que el carácter integral con el que se las configura implica, también, la priorización de la intervención del grupo o grupos sociales próximos a ella (las familias, el entorno). De manera que la intervención judicial haya de ser subsidiaria. Así se procura, o al menos esa es la intención, despojar al

I. Sistema de apoyos (Base 1ª).

La Convención de Nueva York reconoce la capacidad jurídica de las personas sin condiciones ni límites. Este cambio de paradigma comporta que las instituciones de protección de las personas mayores de edad basadas en la limitación de su capacidad de obrar deben desaparecer. La tutela, la curatela y la potestad parental prorrogada o rehabilitada ya no se pueden constituir respecto a las personas mayores de edad. Tampoco la prodigalidad puede ser una causa legal de limitación de la capacidad jurídica.

En el lugar de un sistema basado en instituciones de protección que tiende a la sustitución de la voluntad de la persona con base en su supuesto interés objetivo, el ordenamiento jurídico debe articular un sistema de apoyos que proporcione a las personas los medios necesarios para ejercer sus derechos y tomar sus propias decisiones con efectos jurídicos. Un sistema de apoyos, que se fundamente en el respeto a su voluntad y preferencias de la persona concernida y garantice así la igualdad de todas las personas en el ejercicio de su capacidad jurídica³. No en vano, conforme a la Convención, la provisión de apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica es una obligación de los Estados parte.

Dichos apoyos en el proceso de toma de decisiones con efectos jurídicos pueden servir para la comunicación de la decisión adoptada por la persona concernida que no pueda exteriorizarla por sí misma; pueden ayudar a interpretar la voluntad de la persona concernida, cuando sea preciso; pueden utilizarse para ayudarle en la consideración de las diversas opciones posibles; o pueden aconsejar para la comprensión de los actos jurídicos a realizar y de sus consecuencias.

2. Principios de necesidad, proporcionalidad, y voluntariedad de las medidas de apoyo (Bases 2ª, 3ª y 4ª).

El principio de necesidad significa que las medidas de apoyo han de estar a disposición de cualquier persona que las necesite para ejercer su capacidad jurídica

sistema de las instituciones clásicas o históricas (tutela-curatela), que se fundan en el modelo paternalista de protección.”

3 RIBOT I IGUALADA, J.: “Las bases de la reforma del Código Civil de Cataluña en materia de apoyos en el ejercicio de la capacidad jurídica” en AAVV.: *Jornadas sobre el nuevo modelo de discapacidad* (coord. GETE-ALONSO), Marcial Pons, Madrid, 2020, p. 75, explica que “El apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica consiste en facilitar a la persona los medios necesarios para ejercer sus derechos y tomar sus propias decisiones en condiciones de igualdad. Hay que subrayar, en este sentido, que el apoyo está orientado a que la persona pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones a través de la prestación de información, de ayuda para la comprensión y razonamiento, y de medios que facilitan la expresión de su voluntad. Todas las formas de apoyo en la toma de decisiones deben consistir en instrumentos orientados a canalizar a la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad y facilitar su comunicación con los demás, tanto en el ámbito extrajudicial como en el marco de los procedimientos judiciales que se establezcan”.

en igualdad de condiciones que las demás, sin que para ello se requiera una previa calificación de persona con discapacidad.

Y es que la declaración de incapacitación se descarta porque ya no fundamenta unos determinados efectos jurídicos -hasta ahora era precisamente la declaración de incapacitación la que justificaba el establecimiento de una medida de protección de la persona incapacitada-. Tampoco es necesario ni posible, en el nuevo paradigma, distinguir entre personas discapacitadas y personas no discapacitadas como dos tipos de personas (dos estados civiles), porque esta distinción atenta contra la dignidad de las personas, y porque con toda probabilidad todas las personas presentan, en mayor o menor medida, algún tipo de discapacidad.

Como regla general, la necesidad de apoyo ha de ser decidida por la persona concernida y no por otras personas con base en un interés objetivo que se predique de aquella. El apoyo es un derecho y no una obligación y la persona puede rechazarlo⁴. En este sentido, hay que superar la idea de que existe un interés objetivo (general) de la persona con discapacidad que otras personas pueden valorar.

De ahí que únicamente en circunstancias excepcionales y solo la autoridad judicial podrá acordar medidas de apoyo no previstas por la persona concernida, y siempre tomando en consideración su voluntad deseos y preferencias. Es en estos supuestos en los que habrá de regir también el principio de proporcionalidad, que ha de entenderse en el sentido de que la intensidad o contenido de la medida de apoyo que acuerde la autoridad judicial debe adaptarse a las circunstancias concretas de la persona concernida y limitarse a los aspectos indispensables.

De otro lado, el principio de voluntariedad significa que el apoyo es voluntario y se insta por la propia persona concernida, que decide su alcance y que puede modificarlo y ponerle fin en cualquier momento. De ahí que, por regla general, no pueda imponerse una medida de apoyo a ninguna persona. La excepción es el supuesto en el que a pesar de haber hecho el esfuerzo necesario, dado el caso concreto no sea posible conocer la voluntad y las preferencias de la persona concernida, caso en el que se puede instar a la autoridad judicial competente para que dicte las medidas de apoyo correspondientes, considerando su trayectoria de vida, las previas manifestaciones de voluntad en contextos similares, la información con la que cuentan sus personas de confianza y cualquier otra consideración pertinente para el caso concreto.

⁴ En este sentido se expresa El Comité de las Naciones Unidas sobre Derechos de las Personas con discapacidad, Observación General núm. 1, &29, letra g).

Consecuencia directa del principio de voluntariedad es que nadie puede atribuirse la representación de una persona si no le ha sido conferida de forma expresa, y que en el desarrollo de la “representación” la persona representante ha de estar siempre sujeta a la voluntad deseo y preferencias de la representada.

3. Tipos de apoyo y su compatibilidad (Bases 5ª, 6ª, 7ª, 8ª y 9ª).

El derecho a tomar decisiones en condiciones de igualdad se debe garantizar, en primer lugar, mediante las medidas de accesibilidad universal que permiten que cualquier persona pueda ejercer su capacidad jurídica sin necesidad de adaptación ni diseño especializado. Cuando no resulten suficientes las medidas de accesibilidad universal, se deberán llevar a cabo las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas para hacer posible la realización del acto en cuestión, siempre que esto no imponga una carga desproporcionada o indebida. Y para cuando las medidas de accesibilidad universal y los ajustes razonables no consigan posibilitar la expresión de la voluntad y las preferencias de una persona, hay que prever otras medidas de apoyo adecuadas a las que pueda acudir. Estas últimas podrán consistir en un apoyo formal o no formalizado.

El apoyo formal es el que se proporciona en virtud de la designación hecha mediante una de las formas previstas para ello por la ley, que además goza de publicidad con efectos a terceras personas. Son apoyos formales los que resultan de un poder preventivo, de un acuerdo de apoyo que conste en escritura pública, y los que se constituyan en una resolución judicial que pone fin a un procedimiento de provisión de medidas de apoyo.

A estos efectos, tiene especial interés el poder preventivo otorgado en escritura pública notarial, que consiste en un instrumento formal mediante el que una persona (poderdante) anticipa su voluntad y preferencias ante la posibilidad de encontrarse en situación de no poder comunicarlas.

También mediante un acuerdo formalizado en documento público, o por resolución judicial podrán constituirse medidas de apoyo formalizadas con un contenido de mayor o menor alcance en los ámbitos personal o patrimonial.

Mediante estos instrumentos/procedimiento se constituye la asistencia, que puede definirse como una medida de apoyo formalizada por la que se designa a una o varias personas físicas o jurídica para que asista a la persona concernida en la toma de decisiones relativas a un asunto o cuestión concreta, o bien con carácter continuado en las decisiones de uno o varios ámbitos de carácter personal o patrimonial. Como se ha dicho, el nombramiento de la persona o personas que van a prestar el apoyo puede resultar de un acuerdo entre la persona asistenta y la concernida formalizado en escritura pública, de un poder preventivo, o de

la designación hecha por la resolución judicial que pone fin a un expediente de provisión de apoyos, que puede haber sido instado por la propia persona concernida o por otra persona legitimada por la ley.

Por el contrario, son apoyos informales o no formalizados las prácticas sociales que se llevan a cabo al margen de la existencia de un procedimiento judicial, administrativo o notarial que los formalice. A menudo, se prestan en el entorno familiar y comunitario y se dirigen a ayudar a la persona concernida a comunicar su voluntad; a aconsejar en la toma de decisiones con efectos jurídicos; a concluir actos de mero trámite de acuerdo con los usos sociales; o a realizar actos de administración ordinaria de la persona concernida. También puede tratarse de un apoyo a la persona concernida para un asunto o cuestión concreta, o tener carácter continuado, y afectar al ámbito personal o patrimonial. En la sociedad actual, la importancia y valor -absoluto y relativo- de los apoyos no formalizados a la discapacidad son máximos y por ello deben ser objeto de un reconocimiento y una regulación legal que los reconozca y los facilite, y que responda a su alcance como función social.

Desde luego que una misma persona se puede valer de apoyos formales y apoyos no formalizados, por bien que el apoyo formal prevalecerá sobre el no formalizado en el caso de que resulten incompatibles.

4. Las salvaguardas (Base 12ª, 14ª, 15ª y 16ª).

El ordenamiento jurídico no debe ignorar la vulnerabilidad que lleva aparejada la discapacidad. Sin embargo, la respuesta a esta mayor vulnerabilidad ya no puede pasar por limitar la capacidad de obrar de las personas con discapacidad e imponerles una medida de protección, sino que se debe concretar en la ordenación de instrumentos que impidan que por este motivo -la discapacidad- algunas personas se encuentren en situación de mayor riesgo en el tráfico jurídico. Para ello se han de organizar las medidas de apoyo y prever salvaguardas.

En este sentido, es claro el mandato del art. 12.4 de la Convención de Nueva York que dispone que hay que asegurar que "en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardas adecuadas y efectivas para impedir abusos". Y añade que las medidas de salvaguardas tienen por objetivo garantizar que la persona que presta el apoyo actúa con pleno respeto a los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona concernida, y evitar los conflictos de intereses y la influencia indebida.

En todo caso, además, la prestación de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica ha de quedar siempre sujeta a la supervisión de la autoridad judicial y, cuando la persona concernida o la ley lo prevean, también se sujetará a la

supervisión de la persona o entidad encargada de velar porque se respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona implicada.

Finalmente, las medidas de apoyo constituidas judicialmente deben estar sometidas a un plazo automático de revisión, que puede variar en función del alcance del apoyo y de la situación de la persona concernida.

5. Responsabilidad civil y penal (Base 17ª).

La persona que asume la prestación del apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica debe actuar con diligencia y lealtad, respetando los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona implicada. Si en el curso de la prestación del apoyo se acredita la comisión de abusos, de influencias indebidas o de actuaciones en conflicto de interés, a instancia de la misma persona concernida, o de cualquier persona con interés legítimo o del ministerio fiscal cuando la persona concernida no puede expresar su voluntad, se exigirán las responsabilidades penales y civiles que correspondan.

6. Mediación (Base 18ª).

Los eventuales desacuerdos en materia de apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica, como los relativos a la designación de las personas que lo prestan, el alcance del apoyo, o el respeto a la voluntad y preferencias de la persona concernida, pueden ser objeto de mediación, en tanto que “procedimiento no jurisdiccional de carácter voluntario y confidencial que se dirige a facilitar la comunicación entre las personas, para que gestionen por ellas mismas una solución de los conflictos que les afectan, con la asistencia de una persona mediadora que actúa de forma imparcial y neutral” (art. 1.1 Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado de Cataluña).

III. EL DECRETO 19/2021, DE 31 DE AGOSTO, POR EL QUE SE ADAPTA EL CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA A LA REFORMA DEL PROCEDIMIENTO DE MODIFICACIÓN JUDICIAL DE LA CAPACIDAD.

La Ley estatal 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, modifica, como su propio nombre indica, normas estatales de derecho sustantivo y normas de derecho procesal. La modificación del derecho sustantivo en materia de capacidad no es de aplicación a las personas cuya ley personal es la catalana, a las que se aplica el derecho catalán (art. 9.1 CCE); pero las reformas en materia procesal, dada la competencia exclusiva del Estado (ex art. 149.1.8 CE) rigen en todo el territorio español. Y, en este ámbito, la Ley 8/2021

suprime los procesos de modificación de la capacidad y los sustituye por procesos dirigidos a proveer de apoyos a las personas con discapacidad, revisando para ello la LEC y la LJV.

Consecuencia de lo anterior es que la entrada en vigor de la Ley 8/2021, prevista para el 3 de septiembre 2021, habría impedido la aplicación del derecho sustantivo catalán al provocar un vacío legal derivado de la supresión del procedimiento de incapacitación en el que se venían acordando las instituciones de protección de la persona previstas en el Código Civil de Cataluña (tal como las previstas en el Código Civil español hasta la reforma) de no haber actuado. De ahí la perentoria urgencia con la que fue necesario tramitar el Decreto Ley 19/2021, de 31 de agosto, por el que se adapta el Código Civil de Cataluña a la reforma del procedimiento de modificación judicial de la capacidad⁵. Esta norma busca disponer un marco normativo suficiente para hacer tránsito a la aprobación de la completa adaptación del derecho catalán a la Convención de Nueva York; de una parte, para dar respuesta a los nuevos procedimientos de provisión de apoyo que se inicien en Cataluña tras la entrada en vigor de la Ley 8/2021; y, de otra, para la revisión, después de esta fecha, de las medidas que se aplican a las personas sujetas a alguna de las instituciones tutelares reguladas por la legislación civil catalana.

El nuevo régimen que establece el Decreto ley 19/2021, de 31 de agosto, se basa en la modificación de la actual institución de la asistencia, que reemplazará en Cataluña las tutelas y curatelas, las potestades parentales prorrogadas y rehabilitadas y otros regímenes tutelares. A partir de su entrada en vigor, la tutela, la curatela y la potestad parental prorrogada o rehabilitada no se pueden constituir respecto a las personas mayores de edad.

Así, pues, el Decreto ley 19/2021, contiene una nueva regulación de la asistencia, una figura que ya se encontraba contemplada en el Código Civil de Cataluña y partía de premisas coherentes con la Convención de Nueva York⁶. Con todo, en

- 5 FONT I SEGURA, A.: “Problemas de Derecho interregional suscitados a raíz de la aprobación de la Ley 8/2021 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 *La reforma civil y procesal de la discapacidad. Un tsunami en el ordenamiento jurídico*, LA LEY Derecho de familia nº 31, julio-septiembre (coord. por GARCÍA RUBIO), pone de manifiesto cómo el carácter plurilegislativo del ordenamiento español en materia civil, junto a la competencia atribuida con carácter exclusivo al legislador estatal en materia procesal, suscita problemas relevantes.
- 6 También el derecho alemán, en una línea similar, apuesta por la asistencia jurídica a las personas con discapacidad. En este sentido, RIBEROS FERRADA, C.: “La nueva regulación de la asistencia jurídica para adultos por causa de enfermedad o discapacidad en el derecho alemán”, en *La reforma civil y procesal de la discapacidad. Un tsunami en el ordenamiento jurídico*, LA LEY Derecho de familia nº 31, julio-septiembre (coord. GARCÍA RUBIO), explica que “Por lo que se refiere a la asistencia jurídica, las modificaciones se centran en reforzar la autodeterminación y la autonomía de las personas necesitadas de apoyo antes y durante la asistencia jurídica, de conformidad con el Artículo 12 de la Convención de la Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad. Es importante indicar, que con esta reforma se enfatiza que la asistencia jurídica consiste principalmente en dar apoyo en la gestión de sus asuntos mediante la propia acción del asistido, y en la esencia de la reforma está el respeto y la primacía de los deseos de quien

el nuevo paradigma requería de una revisión de su contenido a los efectos de que resultara un instrumento de apoyo más flexible y que abarcara la diversidad de situaciones en las que una persona con discapacidad puede requerir un apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica.

La modificación del CCCat introducida por este Decreto ley identifica el objeto de la asistencia con todo el abanico de apoyos que la persona concernida pueda necesitar para ejercer su capacidad jurídica en condiciones de igualdad, que van desde el apoyo a una toma de decisión puntual, pasando por el apoyo esporádico, ocasional o recurrente, hasta el permanente o continuado en el tiempo, y que afecten tanto al ámbito personal como al patrimonial de la persona concernida, con un contenido absolutamente flexible y adaptable a la necesidad de apoyo del caso concreto.

Esta reforma incorpora también, como una trascendente novedad, que se pueda designar a la persona que tiene que prestar la asistencia, además de por la vía judicial (como hasta ahora preveía el CCCat en el caso de la tutela o la curatela), mediante el otorgamiento de una escritura pública notarial (art. 226-1.2). Esta segunda vía permite, conforme se explica la Exposición de Motivos, avanzar hacia la efectiva desjudicialización de la vida de las personas con discapacidad y de sus familias, y descongestionar la actividad de los juzgados, sin perjuicio de las funciones de control y supervisión que en todo caso corresponden a la fiscalía y a la autoridad judicial.

La constitución de la asistencia vía judicial puede llevarse a cabo a iniciativa de la persona mayor de edad que la solicite para sí misma. Pero también otras personas familiares o vinculadas⁷ podrán promover un expediente de provisión de apoyo a personas con discapacidad para la constitución de la asistencia de persona distinta de quien lo promueve, cuando no se haya constituido previamente de forma voluntaria y siempre que no haya un poder preventivo en vigor que sea suficiente para proporcionar el apoyo que la persona precisa (art. 226-1.3).

está bajo asistencia. Ahí está el hilo conductor de la modificación, la norma fundamental de la legislación en materia de asistencia, que se aplica por igual a la actuación y a la idoneidad del asistente y también al ejercicio de la supervisión judicial. La persona que va a recibir asistencia debe estar completamente informada y participar de todas las fases del procedimiento de asistencia, en particular, en la decisión judicial sobre la designación del asistente y el modo concreto de la elección. También debe estar informado acerca del control que ejercerá el tribunal...”

- 7 Conforme el art. 42 bis a).3 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, en su redacción dada por la Ley 8/2021: “Podrá promover este expediente (de provisión de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad), 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. Cualquier persona está facultada para poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos que puedan ser determinantes de una situación que requiera la adopción judicial de medidas de apoyo. Las autoridades y funcionarios públicos que, por razón de sus cargos, conocieran la existencia de dichos hechos respecto de cualquier persona, deberán ponerlo en conocimiento del ministerio Fiscal. En ambos casos, este iniciará el presente expediente.”

Entonces, la designación de la persona que presta la asistencia debe basarse en la mejor interpretación de la voluntad de la persona concernida y de sus preferencias, de acuerdo con su trayectoria vital, sus manifestaciones previas de voluntad en contextos similares, la información con la que cuentan las personas de confianza y cualquier otra consideración pertinente para el caso. En dicho supuesto, es obligatorio comunicar a la autoridad judicial todas las circunstancias que se conozcan en relación a los deseos manifestados por la persona asistida (art. 226-2.2.) Y solo excepcionalmente, mediante una resolución motivada, se puede prescindir de lo que ha manifestado la persona afectada cuando se acrediten circunstancias graves desconocidas por ella o cuando, en caso de nombrar a la persona que ella ha indicado, se encuentre en una situación de riesgo de abuso, conflicto de intereses o influencia indebida (art. 226-2.3).

Conforme al art. 226-4 CCCat, el contenido de la asistencia constituida judicialmente -su alcance- también se debe corresponder con la voluntad, deseos y preferencias de la persona concernida. En la resolución de nombramiento de la asistencia, la autoridad judicial tiene que concretar las funciones que debe ejercer la persona que presta la asistencia, tanto en el ámbito personal como en el patrimonial, según proceda. Y sólo en los casos excepcionales en los que resulte imprescindible por las circunstancias de la persona asistida, y mediante resolución motivada, puede determinar actos concretos en los que la persona que presta asistencia puede asumir la representación de la persona asistida sin que ésta la consienta.

En todo caso, la autoridad judicial puede establecer las medidas de control que estime oportunas con el fin de garantizar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, y también para evitar los abusos, los conflictos de intereses y la influencia indebida (art. 226-2.4). El nombramiento de la persona que asiste y la toma de posesión del cargo se tienen que inscribir en el registro civil mediante la comunicación de la resolución judicial correspondiente (art. 226-4.5). La medida de asistencia se debe revisar de oficio cada tres años. Excepcionalmente, la autoridad judicial puede establecer un plazo de revisión superior, que no puede exceder de seis años (art. 226-4.6).

De otra parte, la “designación notarial de la asistencia” se basa en la posibilidad de que cualquier persona mayor de edad formalice en documento público unilateralmente su voluntad de constituirla. De ahí que la “designación notarial” se corresponde, en verdad, con la formalización ante notario o notaria, de la manifestación de voluntad de la persona concernida de constituirla.

De acuerdo con el art. 226-3.1 CCCat, en previsión o apreciación de una situación de necesidad de apoyo, la persona mayor de edad, en escritura pública, puede nombrar a una o más personas para que ejerzan la asistencia y puede

establecer disposiciones con respecto al funcionamiento y al contenido del régimen de apoyo adecuado, incluso con respecto al cuidado de su persona. También puede establecer las medidas de control que estime oportunas con el fin de garantizar sus derechos, el respeto a su voluntad y preferencias y para evitar los abusos, los conflictos de intereses y la influencia indebida.

El otorgamiento de un acto de designación de asistencia posterior revoca el anterior en todo aquello que lo modifique o sea incompatible (art. 226-3.2).

En caso de designación voluntaria de asistencia se pueden establecer sustituciones. Si se nombran diversas personas y no se especifica el orden de sustitución, se prefiere la que consta en el documento posterior y, si hay más de una, la designada en primer lugar (art. 226-3.3).

Las designaciones de asistencia otorgadas en escritura pública se deben comunicar al registro civil para inscribirlas en el folio individual de la persona concernida y también al Registro de nombramientos no testamentarios de apoyos a la capacidad jurídica o el que lo sustituya (art. 226-3.4).

La autoridad judicial, en defecto o por insuficiencia de las medidas adoptadas voluntariamente, puede establecer otras supletorias o complementarias. Excepcionalmente, mediante una resolución motivada, se puede prescindir de lo que ha manifestado la persona afectada, cuando se acrediten circunstancias graves desconocidas por esta o cuando, en caso de nombrar a la persona que ella ha indicado, se encuentre en una situación de riesgo de abuso, conflicto de intereses o influencia indebida (art. 226-3.5).

En cualquier caso, el ejercicio de las funciones de asistencia se debe corresponder con la dignidad de la persona y tiene que respetar sus derechos, voluntad y preferencias (art. 226-1.4).

Con relación al régimen de ineficacia de los actos de la persona asistida, el art. 226-5 CCCat dispone que los actos jurídicos que la persona asistida haga sin la intervención de la persona que la asista, si dicha intervención es necesaria de acuerdo con la medida de asistencia constituida, son anulables a instancia de quien asiste, de la persona asistida y de las personas que la sucedan a título hereditario en el plazo de cuatro años desde la celebración del acto jurídico.

Una vez constituida la asistencia, cabe su modificación. En este sentido, el art. 226-7 CCCat establece que las personas legitimadas para solicitar la constitución de la asistencia pueden solicitar su modificación o revisión si hay un cambio en las circunstancias que la motivaron y que, si la persona que asiste tiene conocimiento

de circunstancias que permiten la extinción de la asistencia o la modificación de su ámbito o de las funciones, lo debe comunicar a la autoridad judicial.

Conforme el art. 226-8 CCCat, la asistencia se extingue por la muerte o la declaración de muerte o de ausencia de la persona asistida y por la desaparición de las circunstancias que la determinaron apreciada por la autoridad judicial, que ha de declarar la extinción de la asistencia y dejar si efecto el nombramiento de la persona asistente.

Para completar el régimen jurídico de la asistencia, el art. 226-6 CCCat hace una remisión a las normas de la tutela y establece que se aplican a la asistencia las reglas de la tutela en todo aquello que no se opongan al régimen propio de la asistencia, interpretadas conforme a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad.

Finalmente, el régimen transitorio a la nueva normativa queda establecido en las 3 Disposiciones Transitorias del Decreto ley:

Conforme a la Disposición Transitoria Primera, las asistencias constituidas hasta la entrada en vigor del Decreto ley se mantienen en los términos en los que fueron acordadas por la autoridad judicial competente, sin perjuicio de su modificación judicial a instancia de la persona concernida o de quien le presta la asistencia, con el fin de adaptarlas a la nueva normativa

La Disposición Transitoria Segunda se dedica a la revisión de las medidas judiciales en vigor. Está en la línea de las previsiones que sobre esta cuestión realiza la Ley 8/2021, con la que concuerda⁸. En primer lugar, aclara que a partir de la entrada en vigor del Decreto ley, la tutela, la curatela y la potestad parental prorrogada o rehabilitada, reguladas por las disposiciones del título II del libro segundo del Código civil de Cataluña, no se pueden constituir respecto a las personas mayores de edad. En relación a las tutelas, las curatelas y las potestades parentales prorrogadas o rehabilitadas constituidas con anterioridad, dispone que se mantienen hasta su revisión. Y en relación a la revisión de las medidas ya constituidas establece que las personas con la capacidad modificada judicialmente, los progenitores que tienen la potestad parental prorrogada o rehabilitada y las personas que ejercen cargos tutelares o de curatela pueden solicitar en cualquier

8 La Disposición Transitoria Quinta de la Ley 8/2021, de 3 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, se dedica a la revisión de las medidas ya acordadas y dicta así: "Las personas con capacidad modificada judicialmente, los declarados pródigos, los progenitores que ostenten la patria potestad prorrogada o rehabilitada, los tutores, los curadores, los defensores judiciales y los apoderados preventivos podrán solicitar en cualquier momento de la autoridad judicial la revisión de las medidas que se hubiesen establecido con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley, para adaptarlas a esta. La revisión de las medidas deberá producirse en el plazo máximo de un año desde dicha solicitud. Para aquellos casos donde no haya existido la solicitud mencionada en el párrafo anterior, la revisión se realizará por parte de la autoridad judicial de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal en un plazo máximo de tres años."

momento la revisión de las medidas que se hayan establecido para adaptarlas a la supresión de la modificación judicial de la capacidad, que se tiene que realizar en el plazo de un año desde la solicitud. De no existir dicha solicitud, la revisión la tienen que realizar de oficio la autoridad judicial, o a instancia del ministerio fiscal, en un plazo máximo de tres años desde la entrada en vigor del Decreto ley. Por último, respecto las declaraciones de prodigalidad, dispone que las personas que han sido declaradas judicialmente pródigas y las que ejercen su curatela pueden pedir, en cualquier momento, la extinción de la curatela.

La Disposición Transitoria Tercera se refiere a las delaciones hechas por la propia persona concernida y establece que cuando estas son para el caso de la modificación judicial de la capacidad mantienen su eficacia y se aplican, si procede, en caso de que se solicite el nombramiento de una persona para que asista a la otorgante en el ejercicio de su capacidad jurídica. Se aplica a estas delaciones lo que establece el artículo 226-3 del Código civil de Cataluña.

IV. LAS PRIMERAS RESOLUCIONES JUDICIALES TRAS LA REFORMA DEL PROCEDIMIENTO DE MODIFICACIÓN JUDICIAL DE LA CAPACIDAD.

Durante el último trimestre de 2021 ya se han publicado algunas sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18^o) que aplican el Decreto 19/2021, de 31 de agosto, y que son de gran interés. Todas ellas resuelven procedimientos iniciados bajo la vigencia de la normativa derogada, por lo que comienzan advirtiendo de la reforma legal sucedida y de sus principales consecuencias; fundamentalmente, en lo que se refiere al cambio de paradigma que supone; a la imposibilidad de declarar la incapacitación de la persona y de constituir nuevas tutelas o curatelas; y la procedencia de constituir, en su caso, la asistencia en el modelo del derecho catalán. A continuación, se exponen resumidamente:

I. La Sentencia 550/2021, de 15 de septiembre, de la Sección 18^a de la Audiencia Provincial de Barcelona (Ponente: Excmo. Sr. Javier Pereda Gámez)⁹.

Es la primera Sentencia a nivel de Audiencia Provincial que se dictó tras la entrada en vigor de la Ley 8/2021 y del Decreto 19/2021 el día tres de septiembre. En nuestra opinión, consigue efectuar una aplicación de la norma perfectamente conforme al nuevo paradigma de la discapacidad definido en la Convención de Nueva York.

Esta resolución distingue las actividades de las personas en tres niveles: actividades básicas de la vida diaria, actividades instrumentales de la vida diaria, y actividades avanzadas de la vida diaria o actividades compleja; y sistematiza, en

⁹ SAP Barcelona 15 septiembre 2021 (RAJ 2021, 330459)

términos generales, los supuestos en los que cabe acordar judicialmente apoyos a una persona.

Con todo, en nuestra opinión, lo más interesante de esta resolución es cómo motiva la falta de voluntad de la persona, que entiende privada de libertad de decidir, y acuerda medidas en contra de su “supuesta” voluntad manifestada.

El supuesto de hecho es el siguiente:

El día 19 de noviembre de 2019 el Ministerio Fiscal presenta demanda en la que pone de manifiesto las dificultades de la fundación tutora para aplicar un plan de trabajo, por la negativa de la Sra. Zaida a usar los recursos de desintoxicación y pide que se amplíe la declaración de incapacidad a los aspectos patrimoniales, para evitar los consumos de tóxicos. La demandada no permanece en piso terapéutico y ha vuelto con su madre, y se apunta a un posible abuso económico sobre ésta por parte de la persona concernida.

La demandada contesta y dice vivir con su madre de forma estable y correcta, convivencia, sostiene, más positiva que la de las residencias o viviendas ofrecidas por la fundación. Su madre la protege y cuida y ella busca trabajo de diseñadora multimedia. Pide que se amplíe la declaración de incapacidad a la esfera patrimonial y que se nombre tutora a su madre.

La Sentencia recurrida, de fecha 18 de enero de 2021, analiza las pruebas practicadas y concluye que es preciso ampliar la incapacitación a la esfera patrimonial y que la fundación es entidad idónea para el cargo. En suma, estima la demanda y así lo establece.

La Sra. Zaida recurre y sostiene que la sentencia contribuye a empeorar su patología y no le ayuda. Afirma que la fundación tutora no tiene medios ni está especializada en esquizofrenias, sino en tercera edad. Añade que otorgar a la fundación facultades de gestión patrimonial no le favorece, ámbito en el que no ha tenido problemas. Niega que concurra una discapacidad cognitiva, está estable, trabaja, gestiona su patología, aunque precisa soporte médico puntualmente si aparece una crisis. Pide en suma que se mantenga la incapacidad parcial solo en el ámbito de la salud y se nombre fundación especializada de las que proponga la Generalitat.

El Ministerio Fiscal pide la confirmación de la sentencia, dada la enfermedad mental y el abuso de tóxicos, y sostiene que la fundación ofrece recursos de tratamiento que la recurrente rechaza.

En la segunda instancia se recaba de nuevo informe del médico forense y se entrevista a la recurrente. En el acto de la vista, la recurrente solicita que se adapte la resolución al Convenio de Nueva York y al Decreto catalán 19/2021, y que se respete, conforme al dictamen médico forense la capacidad de su defendida para las actividades básicas de la vida diaria (ABVD) y se le apoye en temas de salud, contratación, trámites económicos y administrativos y jurídicos, a través de la medida de asistencia judicial. Por su parte, el Ministerio Fiscal pide que se mantenga la capacidad jurídica de la Sra. Zaida y se nombre asistente a la Fundació Via Guasp para que preste apoyo personal en las ABVD, con funciones de representación en cuestiones de salud (consentimiento y tratamientos médicos, farmacológicos e ingresos en centro), administración patrimonial (en lo que la Sra. Zaida pueda comprometer su patrimonio), para otorgar poderes, hacer testamento y realizar actividades administrativas. Pide que se revise la situación a los tres años y que se lleve a cabo una rendición de cuentas anual, por parte del asistente, de la situación personal y patrimonial.

La Sala parte de la base de que hay que poner en relación la hipótesis de la voluntad presunta con “la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores” (art. 226-2.2 CCCat), aunque con las debidas cautelas para no recaer en el modelo médico-rehabilitador o asistencial que la reforma pretende superar. Y, en esta línea afirma que:

“Ello plantea el problema de su equiparación a las personas sanas que optan “libremente” por conductas autolesivas o destructivas (rechazar un tratamiento, drogarse, no medicarse, etc.), como sucede con la Sra. Zaida, y la solución deberá construirse encajando los parámetros de “crueldad social” o “desgracia” a que se refiere el Tribunal Supremo, sin caer en el pietismo, en el sentido y alcance de la libertad con relación a la dignidad de la persona y con los derechos, principios y valores constitucionales. Así, parecería que el tratamiento de una adicción no habría de poder imponerse si no lo desea el afectado y solo será posible si es claro un déficit de la conformación de la voluntad (dentro de la capacidad del sujeto) o si el afectado desea el tratamiento y admite una falta de perseverancia o una carencia de fuerza de voluntad que acepta que le sea controlada, si la adicción le perjudica, lo sabe y no lo “quiere”. Es este el supuesto que apreciamos en la Sra. Zaida.”

Para determinar los apoyos que hay que acordar en cada caso concreto, la Sala sienta unos axiomas aplicables con carácter general. En este sentido dispone que, partiendo de la tradicional distinción entre los ámbitos personal y patrimonial, conviene distinguir, entre actividades básicas de la vida diaria, actividades instrumentales y actividades complejas.

Considera que son actividades básicas de la vida diaria (ABVD) levantarse, acostarse, realizar el aseo personal, vestirse, comer por sí mismo, o caminar. En estas circunstancias, dispone que la asistencia, como medida de apoyo se centrará en garantizar los derechos, en el arrendamiento de servicios de terceros y en la determinación del lugar de residencia de la persona afectada, de sus cuidadores y de los convivientes en su caso (tarea en las que le será difícil evitar la asignación de funciones de representación).

Entiende que son actividades instrumentales de la vida diaria (AIVD) las de limpiar, lavar, cocinar, hacer las compras, manejar dinero, desplazarse por la calle, utilizar los transportes, hacer gestiones, ir al médico o controlar la medicación. En estos casos, sostiene la Sala, corresponde a la autoridad judicial determinar la tarea del asistente. Pero si la persona afectada, sin caer en situaciones indignas (riesgo para la vida no asumido, deterioro grave de salud no buscado de propósito, etc.) o que perjudiquen a terceros (síndrome de Diógenes, peligro de incendio, etc.) no incluye entre sus funcionamientos los referidos a estos ámbitos, parece que habrá de respetarse su capacidad y libertad. La atención de estas necesidades supone que el asistente aconseje el lugar de residencia del asistido, la contratación de sus cuidadores, las reglas de convivencia con otros convivientes, sustente la contratación de servicios de tercero, instruya en el manejo del dinero de bolsillo, apoye y complete la realización de gestiones (de salud, administrativas, económicas), siempre acompañando al interesado (incluso para otorgar poderes) y solo atribuyendo el juez funciones representativas cuando conste una falta de perseverancia o una carencia de fuerza de voluntad que la persona discapacitada admita que le perjudica y acepte el apoyo, o, en otro caso, si las limitaciones a la libertad que se puedan imponer son aceptables (igual que con cualquier otro ciudadano) en el seno de una sociedad democrática (cfr. art. 5.1,e CEDH).

Por último, entiende que las actividades avanzadas de la vida diaria (AAVD) engloban las de ocio y tiempo libre, la actividad laboral, la de participación social (en la familia, en la comunidad), la actividad educativa y cultural (asumiendo en igual medida su responsabilidad). Y afirma que “El alcance de los funcionamientos, respecto a la persona discapacitada, en estos ámbitos ha de ser definido en el proceso judicial conforme a los deseos y expectativas del afectado. Hay personas que no contemplan algunas de ellas y aunque socialmente pueda sufrir rechazo toda persona que no quiere trabajar u ocuparse (voluntariado), que presenta rasgos misántropos, que prescinde en su vida de aspectos educativos y culturales, ello no autoriza para imponer conductas (aunque es lícito hacer ver al discapacitado, según su alcance, sus compromisos sociales, no se le pueden imponer conductas). Si con personas sin discapacidad estas opciones se admiten, no podemos imponer a los discapacitados un estándar distinto, de modo que no podemos obligarles a trabajar, a participar en la sociedad, a ocupar su tiempo libre, a tener interés por

la cultura. Sólo en la medida en que el propio interesado así lo contemple y en la medida en que lo reclame (conforme a su capacidad, como medida de su libertad) se pueden establecer apoyos o como parte de una terapia sobre la que no hay capacidad de querer. Si la postura reacia, negacionista, alcanza riesgos de afectar a la dignidad de la persona o alguno de sus derechos fundamentales, es posible plantearse, de oficio, como hicimos respecto a las ABVD y a las AIVD, una medida de apoyo. Siempre podrá ser ésta la de asesoramiento o acompañamiento para la toma de nuevas decisiones. La asistencia supone en las AAVD, apreciado el deseo, voluntad y carencia de apoyo, sostener de forma consensuada al asistido en estos ámbitos: facilitar el trabajar, ocuparse el tiempo libre, socializarse, aprender, votar. Para actividades jurídicas complejas (testar, contraer matrimonio, etc.) parece mejor remitir a las reglas específicas sobre capacidad matrimonial y sobre intervención notarial.”

La Sala concluye que: “En suma, si la capacidad es la medida de la libertad y de la voluntad y el afectado realmente no puede “hacer” o “ser” en alguna de las actividades básica, instrumentales o avanzadas, de lo que se trata no es de prever apoyos para que consiga algo que, externamente, configuramos como manifestación de la libertad, sino de prestar, en las ABVD, por un esencial principio de dignidad de las personas, las ayudas y medios que sean necesarios para que pueda descansar, estar protegido, limpio, nutrirse y pueda deambular. En las AIVD y en la AAVD los apoyos no se fijan con base en la libertad (o que la persona discapacitada no se configura), ni por igualar su situación con la de las personas supuestamente “sanas”, sino en la medida que los reclame como “funcionamientos”. En el modelo social, el apoyo pasa por permitir a estas personas contribuir a la sociedad en la misma medida que el resto de las personas sin discapacidad, en función de la necesaria inclusión y aceptación plena de su diferencia, por la titularidad que ostenta, como persona, de los derechos fundamentales básicos. Si los funcionamientos no existen o no surgen, se debe respetar la situación, salvo que haya un riesgo de afectar a la dignidad de la persona o a alguno de sus derechos fundamentales, o de causar daño a tercero. Ante la configuración de aspiraciones de difícil ascensión, el asistente debe promover un proceso de reflexión con la persona afectada, intentando hacerle ver las dificultades de su alcance y/o de las limitadas o inexistentes medidas de apoyo para lograrlas o reducirlas.”

De la prueba practicada se constata que en el caso de autos no hay duda alguna de la necesidad de apoyo en el ámbito personal y patrimonial. La recurrente admite que persista un apoyo en los aspectos personales y ello comporta, en opinión de la Sala, la necesidad del control económico, en el sentido proyectivo de que la fundación, a través del uso del dinero de bolsillo y con la administración de la escasa pensión ayude a la Sra. Zaida a asumir un ejercicio responsable de su vida. De ahí que la Sala confirme en este punto la sentencia de instancia, aunque matiza

que: “si bien resaltando el carácter instrumental de la administración patrimonial se asigna a la fundación la administración de la pensión, pero ello en el sentido de prestar apoyo a la Sra. Zaida para que pueda gestionar su vida, a medio plazo y en la medida que demuestre responsabilidad, en el sentido que desee”.

En el ámbito personal, la Sala considera que “Las funciones de apoyo alcanzan a la administración económica no solo para intentar controlar los gastos corrientes, el consumo de drogas y la posible extorsión a la madre, sino porque, como se refleja en el informe médico forense, la afectada necesita ayuda para la gestión de su patrimonio y esas funciones deben incluso ampliarse al ingreso no voluntario en centros médicos de desintoxicación, si se dan las condiciones.”

Y añade que “No podemos hablar de “forzar su voluntad” cuando, como refiere el Dr. Marcos, se invoca esa libertad como falacia de control. La limitación de su capacidad condiciona su voluntad y su libertad. Por ello, si en ejecución de sentencia lo insta de nuevo el organismo tutelar, se podrá estudiar de nuevo el ingreso en un centro de larga estancia, aun en contra de la supuesta “voluntad” manifestada por la afectada.”

La AP estima en parte el recurso de apelación, en el sentido de que se deja sin efecto la declaración de incapacidad y acuerda que la Fundació Via Guaso administrará, como asistente, los bienes de la Sra. Zaida asignándole una cantidad de dinero de bolsillo (inicialmente, de 150 euros al mes) y velará por la progresiva asunción de las funciones de gestión por ella, debiendo rendir cuentas anualmente. Acuerda, asimismo, que la medida se revisará a los tres años.

2. La Sentencia 594/2021, de 13 de octubre, de la Sección 18ª de la Audiencia Provincial de Barcelona (Ponente: Excm. María Dolores Viñas Maestre)¹⁰.

En esta resolución la Sala acuerda nombrar asistente a la madre de la persona concernida, conforme a su voluntad, y determina de forma detallada el contenido de dicha asistencia, que limita a la función de acompañamiento y no de representación o sustitución.

Esta Sentencia resuelve un recurso de apelación interpuesto por la propia persona afectada (D. José Francisco) y su madre, que impugnan el pronunciamiento de incapacidad total de la sentencia de instancia y solicitan un complemento de capacidad que debe realizar la madre. El Ministerio Fiscal solicita un apoyo a través de la figura del asistente para la supervisión de las actividades instrumentales de la vida diaria y en temas de salud y para actos complejos administrativos y complejos con facultades representativas en este último ámbito de actuación. La

¹⁰ SAP Barcelona 13 octubre 2021 (RAJ 2021, 381536)

Administración que instó la demanda está conforme con lo solicitado por los recurrentes.

El resultado de la prueba practicada es el siguiente: El informe del médico forense de 29-9-2021 indica que el Sr. José Francisco está diagnosticado de hipoacusia profunda con pérdida neurosensorial y retraso mental leve, trastorno de desarrollo, deficiencia expresiva y psicosis inespecífica, patologías que califica de crónicas y que requieren de seguimiento y control médico. En cuanto a las afectaciones de dicha patología en su vida señala que limitan de forma muy importante su capacidad para vivir solo y gestionar su vida de forma independiente, precisando de apoyos para las actividades relacionadas con su salud y en la esfera patrimonial/contractual. En el acto de la vista la médico aclaró que no precisaba apoyos para las actividades básicas de la vida diaria, ni para las actividades instrumentales, sí que necesita apoyos para la gestión de su salud en relación a la toma de medicación y seguimiento de su tratamiento y para todas las cuestiones relativas al ámbito patrimonial. Preciso asimismo que necesita de un acompañamiento, pero no de una sustitución ya que entiende las cosas.

La Sala entiende que procede acceder a la petición del Sr. José Francisco y acordar que sea la madre Joaquina la que ejerza las funciones de la asistencia que conforme a la nueva normativa deben especificarse con el detalle exigido en el art. 226-4,2 y 3 CCC. Y señala que el ámbito de las funciones de la asistencia se centrará en los temas relativos a su salud, concretamente en el control y supervisión de su medicación y en el seguimiento de los tratamientos médicos y en la gestión, administración y disposición de sus bienes y en este último ámbito sin que la asistente ostente facultades representativas, sino tan solo de acompañamiento y no de sustitución.

3. La Sentencia 604/2021, de 14 de octubre, de la Sección 18ª de la Audiencia Provincial de Barcelona (Ponente: Excm. María Dolores Viñas Maestre)¹¹.

En este caso, la demandada plantea recurso de apelación en el que impugna la designación de tutor de la Fundación acordada en la sentencia de primera instancia. No son objeto de recurso los ámbitos en los que se ha limitado o modificado la capacidad de la Sra. Gloria en aplicación de la legislación vigente en el momento de dictarse la sentencia.

La Sala advierte que conforme a la nueva legislación aplicable ha de desplazarse la disconformidad de la figura del tutor a la figura del asistente, que es quien deberá ejercer las facultades de apoyo. Y acuerda nombrar una fundación como asistente que sustituya a la persona al tutor nombrado por la persona concernida

11 SAP Barcelona 14 octubre 2021 (RAJ 2021, 381173)

que no había desarrollado adecuadamente sus funciones. El motivo es que cuando se otorgaron los poderes y la escritura de delación la persona concernida tenía las facultades cognitivas y volitivas muy afectadas y comprometidas por la enfermedad y que desconocía los instrumentos.

El supuesto de hecho es el siguiente: La Sra. Gloria otorgó poderes generales a favor del Sr. Bernardo el 23-1-2019 y escritura de autotutela el 6-2-2019. El 14-2-2020, un año y ocho días después de otorgarse la escritura de delación voluntaria, se planteó demanda de modificación de capacidad, pero hubo actuaciones previas ya que a instancia del Ministerio Fiscal se dictó por el Juzgado Auto el 3-12-2019 nombrando defensor judicial a una Fundación, medida que fue confirmada por la Audiencia Provincial de Barcelona en Auto 374/2020 de 30 de septiembre, por lo que queda claro que el acto de delación fue otorgado antes de transcurrir el año al que se refiere el art. 222-9 CCCat¹².

Valorada la prueba, la Sala constata que “se han acreditado una serie de circunstancias que evidencian que, pese a que ha asumido funciones de guardador, (el Sr. Bernardo) no siempre ha actuado en interés y beneficio de la Sra. Gloria”. Observa que “existen indicios fundados de que la Sra. Gloria carecía de capacidad o entendimiento cuando otorgó los poderes y la escritura de delación voluntaria, por lo que no puede afirmarse que la designación de esta persona se corresponda con su real voluntad”. Asimismo, afirma que el Sr. Bernardo propició el asilamiento de la Sra. Gloria y que cuando ésta otorgó los poderes y la escritura de delación tenía las facultades cognitivas y volitivas muy afectadas y comprometidas por la enfermedad y que desconocía los instrumentos jurídicos de los que había hecho uso.

La Sala decide prescindir del nombramiento del Sr. Bernardo como asistente y designar para el cargo una Fundación habida cuenta que la única familiar que tiene la Sra. Gloria tampoco se ha postulado como tal.

4. La Sentencia 612/2021, de 15 de octubre, de la Sección 18ª de la Audiencia Provincial de Barcelona (Ponente: Excm. María Dolores Viñas Maestre)¹³.

Esta sentencia resuelve un recurso de alzada que interpone la persona afectada, D^a. Lina, que solicita se revoque el pronunciamiento de limitación o modificación de capacidad y el hijo de la misma que solicita ser nombrado curador. La Sala no accede a la petición y nombra a una fundación asistente de D^a Lina para las actividades básicas, instrumentales y avanzadas de la vida diaria y con facultades

¹² Conforme al art. 229-2 b) CCCat la autoridad judicial puede prescindir de la designación realizada en delación voluntaria cuando el acto de delación se realizó dentro del año anterior al inicio del procedimiento relativo a la capacidad de la persona protegida.

¹³ SAP Barcelona 15 octubre 2021 (RAJ 2021, 390785).

representativas, al entender que precisa de todos estos apoyos y que su hijo no está en condiciones de prestarle los cuidados que precisa.

El Informe médico emitido en la alzada recoge las diversas enfermedades o deficiencias que padece la Sra. Lina y, en cuanto a las consecuencias de dichas deficiencias se concluye que es dependiente para la mayoría de las ABVD, puede comer sola si se le prepara la comida pero requiere supervisión y ayuda para aseo e higiene ducha y vestido; no puede comprar alimentos ni cocinar, deficiente capacidad de cálculo mental, no puede administrar dinero ni realizar gestiones bancarias complejas, es incapaz de coger medios de transporte públicos, desconoce las limitaciones intelectivas y físicas y existiría nula adherencia terapéutica si no hubiera supervisión. Como conclusión, además de las anteriores afirma que está capacitada para aceptar y seguir los tratamientos médicos y farmacéuticos, para decidir su ingreso en un centro residencial o sanitario, aunque desconoce la medicación y conviene que terceras personas la ayuden a tomar decisiones y supervisar lo que mejor le conviene; no está capacitada para decidir sobre la disposición de sus rentas y bienes. El informe también señala que existe conciencia de presentar enfermedades físicas, pero expresa minimización y desconocimiento de las propias limitaciones intelectivas y físicas (afirma que es capaz de vestirse sola, de cocinar, de realizar su aseo higiene, que lleva pañales pero que es continente esfinteriana y sin embargo resultan dudosas esas afirmaciones en una persona con un déficit visual tan severo) y se evidencia escaso o nulo círculo social con tendencia al aislamiento si no se le estimula añadido a importante barrera idiomática que agrava la situación.

En la entrevista, la Sra. Lina muestra su disconformidad en vivir en lo que denomina casa del médico, refiere estar allí desde hace tres o cuatro meses y que ignora la razón, explica que en el aseo personal a veces le ayudan, que no puede caminar sola, pero que podría bajar las escaleras del piso donde vive su hijo. Afirma que podría realizar el aseo personal ella sola en la silla de ruedas en el baño y que están buscando otro piso más barato (dice que el alquiler del actual es de 250 euros) para vivir y que cree que con su pensión de setecientos y pico euros al mes pueden vivir. También refiere que su hijo no la visita desde hace un mes y medio por el Covid.

La médico forense en el acto de la vista precisa los ámbitos de la vida en los que precisa supervisión con remisión al informe médico. Reitera que la explorada minimiza las limitaciones que padece y que no tiene plena conciencia de las limitaciones que le suponen si fuera a vivir al domicilio. Y que son necesarios cuidados de enfermería y apoyo externo. También señala que precisa representación para los temas de salud en cuanto a toma de medicación y seguimiento de los tratamientos, así como en el ámbito patrimonial.

En relación al contenido del apoyo o supervisión, la Sala entiende que “la Sra. Lina no puede conformar su voluntad de forma consciente en los temas relativos a la salud y patrimoniales precisando representación. En cuanto a la voluntad de decidir el lugar de residencia ha mostrado su deseo de vivir con su hijo en el piso en el que residía con su esposo fallecido antes de ingresar en el centro socio sanitario pero dicho deseo o voluntad está conformada sobre la base de presupuestos fácticos erróneos. No tiene conciencia clara de las limitaciones que le supondría vivir en dicha vivienda y de las repercusiones perjudiciales para su cuidado personal en los ámbitos más básicos. Parte para conformar su voluntad de una apreciación errónea de la realidad en tanto minimiza sus propias limitaciones”.

Y con relación a la persona que ha de ejercer el apoyo, la Sala entiende que “el hijo no puede asumir la función de asistente. En la actualidad no se encuentra en condiciones de ofrecer garantías suficientes para cubrir, con la dignidad que su madre requiere, todas las necesidades de la misma, ni de proporcionarle el apoyo, cuidados y cobertura que precisa. Su dependencia es importante incluso para actividades básicas, el domicilio que ofrece carece de ascensor y la afectada deambula en silla de ruedas, precisa de supervisión constante y se desconocen medios o modo de vida del hijo que tampoco ha ofrecido alternativas razonables.”

De acuerdo con lo anterior, se confirma el nombramiento de una Fundación a la que se encomiendan las funciones de asistente conforme a la nueva normativa con el detalle exigido en el art. 226-4,2 y 3 CCC: supervisar y gestionar las actividades básicas de la vida diaria y las instrumentales; supervisar todo lo relativo a la salud, como toma de medicación, seguimientos médicos y consentimiento informado; decidir lugar de residencia, administración y disposición de bienes atribuyendo al asistente en estos tres ámbitos facultades representativas. La medida de asistencia deberá revisarse transcurridos tres años.

5. La Sentencia 618/2021, de 18 de octubre, de la Sección 18ª de la Audiencia Provincial de Barcelona (Ponente: Excm. María José Pérez Tormo)¹⁴.

Esta sentencia resuelve el recurso de apelación interpuesto por la Sra. Eurne contra la sentencia de primera instancia que modificó de forma total su capacidad de obrar y nombró como tutora a una fundación. Solicita la recurrente que se designe para tal cargo tutelar a su hija, la Sra. Ofelia. El Sr. Horacio (nieto de la Sra. Eurne y sobrino de la Sra. Ofelia) y el Ministerio Fiscal se oponen al recurso y solicitan la confirmación de la resolución recurrida.

La Sala estima el recurso y acuerda la asistencia a cargo de la Sra. Ofelia, de acuerdo con la voluntad de la Sra. Eurne, que ya viene cuidando adecuadamente de su madre:

¹⁴ SAP Barcelona 18 octubre 2021 (RAJ 2021, 392384).

En la práctica de la prueba queda acreditado que ha sido la Sra. Ofelia quien se ha hecho cargo del cuidado de su madre. Ha buscado la mejor Residencia donde pudieran atenderla, es la referente de dicha institución y siempre está dispuesta a resolver cualquier incidencia que ocurra en relación a su madre. Cuando los ingresos de aquella no han sido suficientes para pagar el importe mensual de la residencia lo ha sufragado la recurrente y la visita con frecuencia. La Sala, entiende que la Sra. Ofelia está cumpliendo así “de facto” los deberes que el cargo protector implica, y en este punto estima el recurso.

Siendo así se revoca la sentencia de instancia en lo que se refiere a la designa de asistente que recaerá en la hija de la recurrente, Sra. Ofelia, con el mismo ámbito de actuación que se indicó en la sentencia recurrida para el tutor, esto es, área personal y administración de sus bienes, acordando ahora, funciones representativas de la asistente en ambos ámbitos personal y de administración de bienes. La asistente rendirá cuentas anuales de su actuación ante el encargado del Registro Civil anualmente. La medida de apoyo será revisada cada seis años. En el caso de que se considere necesario modificar la medida de apoyo, se realizará la revisión en un periodo inferior:

6. La Sentencia 622/2021, de 19 de octubre, de la Sección 18ª de la Audiencia Provincial de Barcelona (Ponente: Excm. María José Pérez Tormo)¹⁵.

En este caso recurren el Sr. Constantino y la Sra. Estela, por separado, la sentencia de primera instancia que había modificado la capacidad de obrar de forma total de su hija Magdalena, y nombrada tutora a una Fundación. Solicitan cada uno de ellos en sus respectivos recursos que ellos sean nombrados para el cargo tutelar, y el Ministerio Fiscal se opone a ambos recursos y solicita la confirmación de la resolución recurrida.

La Sala acuerda la asistencia en favor del padre, que es quien se ha venido ocupando adecuadamente de Magdalena.

De la prueba practicada resulta ha sido el padre de Magdalena quien se ha hecho cargo del cuidado de su hija desde 2016 cuando aquella tenía 17 años, pues así se acordó por Auto de medidas provisionales de fecha 3-11- 2016, manteniéndose la guarda paterna en sentencia de divorcio de los progenitores de fecha 31-7-2018. Es el padre quien se ha hecho cargo de su cuidado personal, la lleva al colegio adaptado al que acude, y es el referente para aquel centro. Magdalena convive con su padre y con su actual esposa y los dos hijos habidos de este matrimonio, estando perfectamente adaptada a su núcleo familiar. La vivienda y el vehículo del padre están adaptados a las necesidades de la hija.

¹⁵ SAP Barcelona 19 octubre 2021 (RAJ 2021, 392832).

Se ha aportado a las actuaciones informe psicopedagógico del centro educativo al que acude Magdalena que refiere que tras la separación de los padres ambos progenitores compartieron su custodia y cuando estaba con el padre la hija estaba más tranquila, más limpia y tenía menos crisis epilépticas. Ahora, sigue diciendo el referido informe, tiene la guarda el padre que es quien la acompaña cada mañana a la escuela, que está bien atendida y es el padre quien cuida de la menor y lo hace bien, observándose un vínculo afectivo fuerte entre padre e hija. Con el padre Magdalena muestra un comportamiento más estable, se muestra más calmada y contenta.

La Sala entiende que, aunque es cierto que constan antecedentes penales del Sr. Constantino, estos se refieren a delitos por los que no se vislumbra perjuicio alguno para Magdalena. Y que el interés de la hija debe prevalecer en este caso, y ello pasa por atribuir al padre la figura protectora de Asistente, pues se ha acreditado sobradamente la actuación paterna en interés de su hija, protegiéndola y proporcionándole los cuidados que aquella precisa.

La Sala añade que el motivo de oposición al nombramiento del Sr. Constantino que esgrime la Sra. Estela y el Ministerio Fiscal aportando dudas sobre las deudas del padre que podrían estar siendo sufragadas con la pensión de la hija no pueden prosperar pues el importe de la escuela de Magdalena excede del importe que percibe como pensión, y dicha diferencia es sufragada por el padre, que asume, además, el resto de necesidades de la hija. En todo caso, el control anual que se debe efectuar mediante la rendición de cuentas será suficiente para controlar el destino que el Asistente da a los ingresos de su hija.

De otro lado, la petición de la recurrente Sra. Estela, madre de Magdalena, relativa a su nombramiento para la figura protectora no puede prosperar, en opinión de la Sala, por el distanciamiento que existe entre madre e hija, que no tienen relación desde hace 4 años.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV: *Jornadas sobre el nuevo modelo de discapacidad* (coord. M.C. GETE-ALONSO Y CALERA), Marcial Pons, Madrid, 2020.

AAVV, *Nuevo orden jurídico de las personas con discapacidad* (dir. por CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA y GARCÍA MAYO, coord. por GIL MEMBRADO y PRETEL SERRANO), Wolters Kluwer, Madrid, 2021.

FONT I SEGURA, A.: “Problemas de Derecho interregional suscitados a raíz de la aprobación de la Ley 8/2021 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 *La reforma civil y procesal de la discapacidad. Un tsunami en el ordenamiento jurídico*, LA LEY Derecho de familia núm. 31 (coord. por GARCÍA RUBIO), 1 de julio 2021.

RIBEROS FERRADA, C.: “La nueva regulación de la asistencia jurídica para adultos por causa de enfermedad o discapacidad en el derecho alemán”, en *La reforma civil y procesal de la discapacidad. Un tsunami en el ordenamiento jurídico*, LA LEY Derecho de familia nº 31 (coord. GARCÍA RUBIO), 1 de jul. de 2021.

SOLÉ RESINA, J.: “Apoyos informales o no formalizados al ejercicio de la capacidad jurídica y la guarda de hecho”, en *La reforma civil y procesal de la discapacidad. Un tsunami en el ordenamiento jurídico*, LA LEY Derecho de familia núm. 31 (coord. GARCÍA RUBIO), 1 de jul. de 2021.

