

LA REVISIÓN DE LAS SENTENCIAS DICTADAS EN EL NUEVO PROCEDIMIENTO DE PROVISIÓN DE APOYOS

Javier Pallarés Neila

Doctor en Derecho. Abogado
Fundación Manantial

TITLE: *The revision of the sentences dictated in the new procedure for provision of supports*

RESUMEN: Por la Sección Primera, de la Comisión General de Codificación ha sido elaborado un anteproyecto para la reforma de las instituciones de guarda y protección de adultos. Uno de los puntos claves de dicha reforma es la obligación de revisar las sentencias por las que se establece un sistema de apoyo en favor de las personas con discapacidad, en un plazo máximo de tres años. Este trabajo tiene por objeto analizar si la regulación que se propone, es conforme con lo dispuesto en el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, analizar sus elementos y requisitos y hacer una valoración crítica de la solución aportada.

ABSTRACT: *For the First Section, of the General Codification Commission, a proposal has been prepared for the reform of adult guardianship and protection institutions. One of the key points of this reform is the obligation to review the sentences that establish a support system in favor of people with disabilities, within a maximum period of three years. The purpose of this paper is to analyze whether the regulation proposed is in accordance with the provisions of Article 12 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, analyze its elements and requirements and make a critical assessment of the solution provided.*

PALABRAS CLAVE: Sistema de apoyo, capacidad jurídica, artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, discapacidad, revisión de sentencias, curatela.

KEY WORDS: *Support system, legal capacity, article 12 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, disability, review of sentences, curator.*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS. 3. COMPATIBILIDAD ENTRE EL RÉGIMEN ACTUAL Y LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK. 4. LA REVISIÓN DE LAS MEDIDAS DE APOYO: ELEMENTOS Y REQUISITOS DE APLICACIÓN. 4.1. *Ámbito de aplicación*; 4.2. *Duración y revisión de la medida*; 4.3. *Procedimiento*; 4.4. *Plazo: Soluciones acordadas en Derecho comparado y valoración de su extensión*. 5. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

La Sección Primera, de lo Civil, de la Comisión General de Codificación, ha incluido en la propuesta del «Anteproyecto de Ley por la que se reforma el Código civil, la Ley Hipotecaria, la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Ley del Registro Civil y la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, la legislación civil y procesal en materia de discapacidad»,

dentro del Título XI, que lleva por rúbrica «De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad», el artículo 266, conforme al cual «Las medidas tomadas por la autoridad judicial en el procedimiento de provisión de apoyos serán proporcionadas a las necesidades de la persona que las precise, respetarán siempre la máxima autonomía de ésta en el ejercicio de su capacidad jurídica y atenderán en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias. Las medidas adoptadas deberán prever su revisión periódica en un plazo máximo de tres años, que se llevará a cabo a través de un expediente de jurisdicción voluntaria».

Nos interesa, en este trabajo, su último párrafo, en el que se viene a consagrar la permanente evaluación a la que se van a someter las medidas que el texto propuesto denomina como «medidas de provisión de apoyo».

No nos sorprende que los autores de la propuesta hayan decidido incorporar una norma al respecto. El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad¹, ha suscitado importantes discusiones² acerca de conceptos que considerábamos tradicionales y plenamente consolidados en nuestro derecho, como los de capacidad jurídica y capacidad de obrar, sobre la subsistencia del entonces denominado procedimiento de incapacidad o la incompatibilidad de nuestras instituciones de guarda y protección, singularmente de la tutela, con el sistema de apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica que recoge el texto internacional³.

Estos diferentes puntos de vista han llegado a los tribunales, dando lugar a una copiosa jurisprudencia⁴ en la que reiteradamente el Tribunal Supremo se ha pronunciado a favor de la compatibilidad entre la Convención y nuestras instituciones de apoyo, tutela, curatela, defensa judicial y guarda de hecho, siempre que se interpreten de conformidad con los principios de la Convención.

¹ De 13 de diciembre de 2006 y a la que en lo sucesivo nos referiremos a ella como CDPD o simplemente, Convención.

² Como afirma GARCÍA PONS, (2013): 17; «no es difícil entender que el artículo 12 de la Convención de Nueva York de 2006 constituya el punto clave de dicha Convención, el tema central de la misma, y el que está produciendo mayores quebraderos de cabeza a los legisladores de los países signatarios para adaptar sus legislaciones internas a lo dispuesto en los diversos apartados del mencionado precepto. No en vano la discusión en torno a este artículo puso en peligro la adopción misma del texto final de la Convención».

³ Sintetiza las posturas existentes TORRES GARCÍA, T. F. (2015): 397-399.

⁴ Cuyo origen se encuentra en la STS, 282/2009, de 29 abril, (TOL1.514.778), a la que han seguido las STS 504/2012 (TOL2.635.528); STS 617/2012 (TOL2.674.037); STS 421/2013 (TOL3.800.142); STS 337/2014 (TOL4.525.361); STS 341/2014 (TOL4.468.983); STS 487/2014 (TOL4.529.125); STS 544/2014 (TOL4.530.349); STS 698/2014 (TOL4.561.600); STS 244/2015 (TOL5.000.594); STS 600/2015 (TOL5.550.396) y como más reciente y despejando cualquier duda al respecto, la STS 298/2017 de 16 de mayo, ponente María de los Ángeles Parra Lucan, Roj: STS 1901/2017 - ECLI: ES:TS:2017:1901 [TOL6.113.490].

Desde luego, no es momento ni lugar para profundizar en estos aspectos, pero lo cierto es que, como afirma PEREÑA VICENTE⁵, hay cierto consenso en la doctrina sobre la necesidad de reformar el Código civil, aunque no sobre su alcance.

En lo que a este último respecta, nosotros siempre nos hemos mostrado de acuerdo⁶ en que esa futura respuesta legislativa⁷ deberá abordar la forma de llevar a efecto una exigencia que incorpora el mencionado artículo 12 y que no parece admitir demasiadas ambigüedades: que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica «se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial».

Aplaudamos pues el paso dado al respecto en la propuesta de anteproyecto, lo que no empece a que, en líneas sucesivas, analicemos en profundidad la solución propuesta, planteemos todas las preguntas que su análisis nos suscita, y promovamos una constructiva y respetuosa crítica al trabajo realizado por tan ilustres juristas.

Comencemos por examinar sus antecedentes.

2. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

Al igual que ocurre con el principio de proporcionalidad⁸, la posibilidad de revisión de una medida de guarda y protección, habiéndose dictado no obstante una sentencia firme, no es inédita en nuestro derecho.

⁵ PEREÑA VICENTE, M. (2016): 3 – 40, cit. Pág. 5.

⁶ PALLARÉS NEILA, J., «La ineludible proporcionalidad y graduación de las medidas de protección de adultos», *Actualidad Civil* (en imprenta).

⁷ Reiteradamente anunciada por el gobierno y el legislador; así, por ejemplo, en el «Informe sobre las medidas necesarias para la adaptación de la Legislación a la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad», aprobado por el Consejo de Ministros, el 30 de marzo de 2010, op. cit. pág. 13: «Bajo el rótulo «Igual reconocimiento como persona ante la ley», el artículo 12 de la Convención engloba en la capacidad jurídica la capacidad de obrar, a la vez que exige a los Estados Partes reconocer que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. Para la efectividad de este reconocimiento deberá proporcionarse a la persona con discapacidad los apoyos necesarios en el ejercicio de su capacidad jurídica. Este planteamiento hace necesario reemplazar el tradicional modelo de sustitución en la toma de decisiones por un modelo de apoyo en la toma de decisiones».

⁸ En 1947 y con una legislación mucho más restringida, el Tribunal Supremo ya declaró que, «no sólo no existe obstáculo legal que impida acomodar en este último la amplitud de las funciones tutelares al grado de incapacidad que se aprecie en cada caso sino que, además, constituyendo como acaba de indicarse, uno de los fines perseguidos por el Código Civil en materia de incapacidad el de establecer la

En el Proyecto de Código Civil de 1851 se incluyó el artículo 298, conforme al cual «La primera obligación del curador ha de ser cuidar que el incapaz adquiera o recobre su capacidad; y á este objeto se han de aplicar, principalmente, los productos de sus *bienes...*». Y, en el artículo 308, se afirmaba que «Cesando las causas que hicieron necesaria la curaduría, cesa también esta; pero deberá preceder declaración judicial que levante la interdicción, observándose en ello las mismas formalidades que para establecerla».

Al respecto, GARCÍA GOYENA⁹, glosaba sus correspondientes en derecho comparado y nos mostraba que en la ley 1, título 10, libro 27 del Digesto, ya se afirmaba que *Tamdiu erunt ambo (furiosos el prodigus) incuratione, quandas vel furiosus sanitate, vel ille (prodigus) sanos mores receperit. Quod si evenerit, ipso jure desinunt esse in potestate curatoris*. Afirmando al respecto que «Sobre las palabras ipso jure de esta ley, y si era o no necesaria nueva declaración ó decreto judicial levantando la interdicción, han disputado los intérpretes. La afirmativa, adoptada en nuestro artículo y en los extranjeros citados, era la común, al paso que la más legal y razonable».

Pese a que, como sabemos, el proyecto no vio la luz, en el Código Civil finalmente aprobado se incorporó, en su artículo 264, la obligación del tutor «a procurar, por cuantos medios proporcione la fortuna del loco, demente o sordomudo, que éstos adquieran o recobren su capacidad». Precepto que, sin embargo, no guardaba relación con el artículo 278, que previó que la tutela concluiría «por haber cesado la causa que la motivó, cuando se trata de incapaces, sujetos a interdicción o pródigos», con exclusión, por lo tanto, de las restantes categorías de personas que podían ser declaradas incapaces.

Esta rigidez normativa, que parecía excluir a los locos, dementes y sordomudos, no se correspondía ni con nuestros antecedentes históricos, ni con lo dispuesto en otros ordenamientos de nuestro entorno, por lo que la doctrina siempre se mostró favorable a integrar esa laguna legal en el sentido de permitir la posible reintegración de la capacidad en favor de todas las personas que pudieran perderla, independientemente de su enfermedad¹⁰.

debida congruencia entre la amplitud de la misma y el correlativo suplemento, resulta lógico y conforme con las exigencias de la realidad ajustar la extensión de la tutela en los casos de retraso mental al mayor o menor grado de intensidad en que el mismo se manifieste, de análoga manera a la prevista en los supuestos de prodigalidad y sordomudez». STS, Sala 1ª, de fecha 5 de marzo de 1947, numroj: STS 60/1947, ponente Felipe Gil Casares (TOL4.454.237).

⁹ GARCÍA GOYENA, F. (1852): 288 y 289.

¹⁰ MANRESA Y NAVARRO, J.M. (1896): 398-400; DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (1986): 211.

En cuanto al procedimiento, pese a que nada establecía la Ley de Enjuiciamiento Civil vigente, era de común opinión de doctrina y jurisprudencia¹¹, que la reintegración de la capacidad podía efectuarse por el mismo procedimiento utilizado para la declaración de la incapacidad.

El panorama cambiaría con la reforma llevada a cabo por Ley 13/1983 de 24 de octubre, en la que, además de reafirmar la obligación del tutor de «promover la adquisición o recuperación de la capacidad del tutelado»¹², incluyó entre sus normas una de indudable carácter procesal, el artículo 212, conforme al cual «La sentencia recaída en un procedimiento de incapacitación no impedirá que, sobrevenidas nuevas circunstancias, pueda instarse judicialmente una nueva declaración que tenga por objeto dejar sin efecto o modificar el alcance de la incapacitación ya establecida».

Terminamos el periplo con la regulación actual, en la que, manteniéndose en el Código Civil, como obligación del tutor, la adquisición o recuperación de la capacidad de su tutelado, la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil aprobada en el año 2000, derogaría el citado artículo 212, para introducir en la ley riuaria el artículo 761, en el que partiendo de idéntica declaración, expresamente se regula el procedimiento para la reintegración de la capacidad o la modificación del alcance de la incapacitación¹³.

¹¹ BANACLOCHE PALAO, J. (1998): 17. STS de 19 de febrero de 1960, Sala I, sección 1ª, Numroj: STS 1857/1960, Ecli: ECLI:ES:TS:1960:1857, Ponente Acacio Charrin y Martin Veña (TOL4.339.793), «que la doctrina de los autores es también unánime al respecto; CASTÁN, MUCIUS SCEVOLA, PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER, PUIG PEÑA, ESCOBAR DE LA RIBA, etcétera, se han pronunciado por el principio que, acabado de exponer, es decir, que el pródigo sólo puede liberarse de los efectos de la sentencia declaratoria de su incapacidad, ganando una nueva sentencia dictada en juicio contradictorio que declare desaparecidas las causas que motivaron la privación de las facultades de administración o disposición de sus bienes, y la jurisprudencia de esta Sala se ha pronunciado sobre el caso, en materia de reintegración a su plenitud civil incapaces por enfermedad mental, sosteniendo en el auto de 31 de enero de 1942, que el procedimiento para reintegrar a la capacidad a las personas anteriormente declaradas incapaces, lo mismo puede solicitarse por la vía del juicio declarativo de mayor cuantía, que por la vía de los incidentes, sosteniendo en todo caso la jurisprudencia, que es necesario acudir a una solemne contienda para que el incapaz recupere la capacidad de que fuere desprovisto por una declaración de los Tribunales».

¹² Artículo 269 del Código Civil.

¹³«Artículo 761. Reintegración de la capacidad y modificación del alcance de la incapacitación.

1. La sentencia de incapacitación no impedirá que, sobrevenidas nuevas circunstancias, pueda instarse un nuevo proceso que tenga por objeto dejar sin efecto o modificar el alcance de la incapacitación ya establecida.

2. Corresponde formular la petición para iniciar el proceso a que se refiere el apartado anterior, a las personas mencionadas en el apartado 1 del artículo 757, a las que ejercieren cargo tutelar o tuvieran bajo su guarda al incapacitado, al Ministerio Fiscal y al propio incapacitado.

Si se hubiera privado al incapacitado de la capacidad para comparecer en juicio, deberá obtener expresa autorización judicial para actuar en el proceso por sí mismo.

3. En los procesos a que se refiere este artículo se practicarán de oficio las pruebas preceptivas a que se refiere el artículo 759, tanto en la primera instancia como, en su caso, en la segunda.

De todo ello resulta que, efectivamente, la posibilidad de revisión de la sentencia por la que se modificaba judicialmente la capacidad de obrar de una persona, estaba claramente establecida en nuestro ordenamiento jurídico y era de común aceptación por nuestros tribunales. Procesalmente no es poco, dada la eficacia de cosa juzgada que despliegan las sentencias que ponen fin a un procedimiento contencioso¹⁴, pero nos preguntamos si ello es suficiente para satisfacer los requisitos del artículo 12 de la CDPD.

Veámoslo a continuación.

3. COMPATIBILIDAD ENTRE EL RÉGIMEN ACTUAL Y LA CONVENCION DE NUEVA YORK

Desde un punto de vista nomotético, se puede pensar que, esencialmente, lo que pretende la CDPD es que no se constituyan medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica que permanezcan inmutables a lo largo del tiempo. Desde este punto de vista global, se puede sostener que un ordenamiento jurídico que prevea la posible revisión de las medidas de apoyo, respeta la Convención, máxime cuando entendemos con DIAZ ALABART¹⁵ que ésta no deja de ser un texto «en gran medida programático, necesitado de desarrollo legal».

Sin embargo, atendiendo singularmente a la norma comentada, resulta complejo justificar un alcance distinto a lo que nos indica la literalidad del precepto.

Efectivamente, el artículo 12, va más allá de la mera reversibilidad de las medidas de apoyo, que es lo que actualmente reconoce el 762, describiendo su sumisión a una doble exigencia:

- Que se apliquen en el plazo más corto posible.
- Que estén sujetas a exámenes periódicos.

La sentencia que se dicte deberá pronunciarse sobre si procede o no dejar sin efecto la incapacitación, o sobre si deben o no modificarse la extensión y los límites de ésta».

¹⁴ Razón por la cual algún autor como Díez PICAZO Y PONCE DE LEÓN advertía que, «parecía dotar a la decisión de incapacitación de una implícita condición *rebus sic stantibus* y determinar además una eficacia de cosa juzgada con limitación al mantenimiento de las condiciones». Díez PICAZO Y PONCE DE LEÓN L. (1986): 211. No siendo posible extendernos más en este sentido, remitimos al lector interesado a la obra de la profesora CALAZA LÓPEZ, S., *La cosa juzgada*, La Ley, Madrid, 2009, dedicando a la cuestión que estudiamos las páginas 169 y ss.

¹⁵ Díaz ALABART, S. (2013): 3 - 24 cit. pág. 8.

El primero de ellos no exige, a nuestro juicio, que la medida deba estar necesariamente sometida a término. Se trata de una norma dirigida al juez para que, en el momento de diseñar la medida de apoyo, se represente mentalmente qué duración debe tener y así lo manifieste en la resolución. Pero la medida podrá tener una duración determinada, como, por ejemplo, asistir a la persona en un negocio jurídico concreto, precluyendo tan pronto como este se consume, o indefinida, como una medida de apoyo general a la administración patrimonial, que subsistirá en tanto se mantengan las circunstancias tomadas en cuenta por el juzgador.

La segunda, ofrece menos dudas. La utilización del adjetivo «periódicos» en plural, informa que, sea cual fuere la medida adoptada, cada cierto tiempo deberá ser sometida a examen por una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial.

Con estos antecedentes, pasemos a analizar la solución incorporada en la propuesta de anteproyecto.

4. LA REVISIÓN DE LAS MEDIDAS DE APOYO: ELEMENTOS Y REQUISITOS DE APLICACIÓN

La declaración principal al respecto la encontramos en el artículo 266 del anteproyecto propuesto. En éste, que se constituye como piedra angular, se establecen los principios fundamentales sobre los que gravita todo el sistema de apoyos diseñado: proporcionalidad, autonomía, respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona y revisión periódica.

Al respecto de esta última característica, el citado artículo, *in fine* advierte «Las medidas adoptadas deberán prever su revisión periódica en un plazo máximo de tres años, que se llevará a cabo a través de un expediente de jurisdicción voluntaria».

Veamos sus elementos y requisitos de aplicación:

4.1. *Ámbito de aplicación*

La primera cuestión que hemos de resolver es la de delimitar cuáles son las medidas a las que se refiere el precepto; si se está refiriendo a la institución que el juez acuerde como más adecuada para dar apoyo a la persona con discapacidad, a las medidas que en su desarrollo puede acordar personalizando la institución a las circunstancias concretas de la persona, o a ambas.

Dicho de otra forma, si la posibilidad de revisión se refiere al continente o al contenido, ya que el denominado procedimiento de provisión de apoyos, se sigue tanto para la constitución de una defensa judicial, como para la constitución de una curatela.

Efectivamente, de conformidad con lo dispuesto en el propuesto artículo 249, «Las instituciones de apoyo a la persona con discapacidad son la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial». Pues bien, prescindiendo de la guarda de hecho, cuya singularidad se desarrolla en el artículo 261, entre la curatela y la defensa judicial hay una analogía y una diferencia esencial. La primera, que ambas se adoptan en el proceso de provisión de apoyos regulado en los artículos 756 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuya reforma también se propone en el texto que comentamos. La segunda, que la defensa judicial tiene una naturaleza esencialmente temporal, mientras que la curatela no.

Así es. El supuesto normativo determinante de una defensa judicial es que la persona con discapacidad precise apoyo «de forma ocasional, aunque sea recurrente»; mientras que el de la curatela es que precisen «el apoyo de modo continuado»¹⁶.

Siendo así, debemos entender que esa revisión de las «medidas» «tomadas» o «adoptadas» -obsérvese que se emplea en todo caso el plural- se refiere al contenido y no al continente; es decir, a las medidas dictadas judicialmente para atemperar la institución elegida al apoyo específico que necesita una persona con discapacidad, lo que en el derecho español vigente se reconoce como fijar su extensión y límites¹⁷ y en derecho suizo MEIR¹⁸ define como *Mesures sur mesure*.

Esta afirmación, que parece jurídicamente la más armoniosa, nos conduce empero a la gran paradoja de ver encerradas unas medidas revisables, en una institución permanente, lo que desde luego sería contrario a lo dispuesto en el artículo 12 de la Convención.

¹⁶ Artículo 249:

«Las instituciones de apoyo a la persona con discapacidad son la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial.

Guardador de hecho es la persona que ejerce el apoyo de otra con discapacidad, sin que existan medidas voluntarias o judiciales que se estén aplicando eficazmente.

La curatela se aplicará a quienes precisen el apoyo de modo continuado. Su extensión vendrá determinada en la correspondiente resolución judicial en armonía con la situación y circunstancias de la persona con discapacidad.

El nombramiento de defensor judicial procederá cuando la necesidad de apoyo se precise de forma ocasional, aunque sea recurrente».

¹⁷ Artículo 760 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil.

¹⁸ MEIER, P., LUKIC, S. (2011): 14.

Para salvar esta contradicción, sólo cabe interpretar que la revisión prevista en el artículo, se refiere tanto a la institución, como a la concreta medida que se adopte en su desarrollo, solución que encaja con el contenido del propuesto «Incidente de modificación del alcance las medidas de apoyo judicialmente adoptadas», que tiene precisamente por objeto «dejar sin efecto o modificar el alcance de las medidas judicialmente adoptadas»¹⁹.

4.2. Duración y revisión de la medida

Creemos necesario diferenciar entre la posible temporalidad de la medida que se acuerde y su revisión, ya que nos son situaciones análogas.

Conforme a la propuesta, las medidas de apoyo acordadas judicialmente bajo la cobertura de una curatela, deben prever un plazo temporal para su revisión, pero en sí mismas, no deben ser temporales, para así diferenciarla con las otras instituciones de apoyo. Recordemos que, si la persona con discapacidad necesita apoyos ocasionales, aunque sea de forma recurrente, no se instituirá la curatela, sino la defensa judicial.

Rechazamos otra interpretación, ya que nos llevaría a asumir un grave riesgo de desprotección, al reconocer medidas de efectos temporales en una institución permanente o si se prefiere, estable.

Concretémoslo con un ejemplo. Una persona que padece un trastorno bipolar, tras un proceso de provisión de apoyos se le instituye como medida de apoyo una curatela, porque en sus crisis maníacas contrata créditos cuantiosos para sufragar gastos injustificados, poniendo en peligro su patrimonio. Esta curatela tendrá por objeto la necesidad de asistencia por parte del curador en cualquier acto o contrato que exceda de la administración ordinaria de sus bienes. Si el juez somete esta concreta medida de apoyo a un límite temporal de tres años, ¿qué ocurrirá, pasado el plazo? Que necesariamente claudicarán sus efectos, no obstante subsistir las circunstancias que motivaron su adopción, lo que provocará una inadmisibles situación de desprotección para la persona con discapacidad.

Por ello, la única interpretación a nuestro juicio posible es la siguiente: el juez para formar su convicción sobre las necesidades de apoyo de una persona con discapacidad y tras la práctica de las pruebas preceptivas que en estos procesos -reconocimiento judicial, audiencia de parientes y dictamen pericial, realizará un doble enjuiciamiento:

¹⁹ Conforme a la reforma propuesta del artículo 761 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

- Si la persona, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 249, necesita de un apoyo continuo o temporal; acordando, en el primer caso, una curatela y en el segundo, una defensa judicial.
- Siendo su necesidad de apoyo continuo, se pronunciará sobre el plazo en el que será revisada la adecuación de las concretas medidas de apoyo acordadas, a las necesidades de la persona, plazo que no podrá exceder de tres años, manteniendo entre tanto su completa vigencia.

4.3. *Procedimiento*

Previamente a su análisis, veamos primero cuál ha sido el trato que tradicionalmente se ha dado a estos procedimientos en nuestro derecho.

Mayoritariamente²⁰, se viene defendiendo que el actual proceso para la reintegración de la capacidad, participa de la misma naturaleza que el proceso sobre la capacidad de las personas y, por lo tanto, que merece la misma calificación como jurisdiccional, contencioso y contradictorio.

Como correctamente afirma BANACLOCHE PALAO, el fundamento de estos procedimientos de reintegración de la capacidad es «proteger la dignidad y la integridad moral de las personas, que se ve claramente afectada, en lo que aquí nos atañe, si resultara que el ordenamiento mantiene con una capacidad de obrar limitada a una persona en quien no concurren las causas que, según la ley, determinan dicha limitación, o también si se impidiera someter a un mayor control a un sujeto que ha visto aumentadas las deficiencias o enfermedades que determinaron su incapacitación»²¹.

Sin embargo, con la regulación propuesta, sin duda también con el diseño de fortalecer el respeto a la protección de la dignidad de la persona, la medida de apoyo nace ya con esa obligación, como lapso que forma parte de su contenido, por lo que siempre, independientemente de que hayan cambiado o no las circunstancias tomadas en cuenta a la hora de su diseño y adopción, será necesaria su revisión.

Nos parece indudable que este proceso sobre provisión de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad, que diseña la propuesta y los que de él traen causa: el

²⁰ BANACLOCHE PALAO, J. (1998): 21. CALAZA LÓPEZ, S. (2007): 232. CORTES DOMÍNGUEZ, V., MORENO CATENA, V. (2017): 45.

²¹ BANACLOCHE PALAO, J. (1998): 25.

incidente de modificación del alcance de las medidas de apoyo judicialmente adoptadas y el de revisión periódica de las medidas de apoyo adoptadas judicialmente, siguen participando de la naturaleza de los que CALAMANDREI²² definió como procesos civiles inquisitorios, consecuencia de «la naturaleza especial de la relación sustancial sometida al juez».

Y lo afirmamos porque, aún cuando se postule una cierta laxitud en las medidas y la incapacidad se haya visto sustituida por un sistema de apoyos, lo cierto es que, por decisión judicial, habrá determinados actos que necesiten para su validez, en unos casos, la firma de otra persona -cuando exista representación- y, en otros, la firma conjunta -cuando exista mera asistencia- y, por lo tanto, siguen siendo procesos que afectan al estado civil de las personas.

El proceso propuesto sobre provisión de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad, participa de la misma naturaleza que el proceso actual sobre la capacidad de las personas y, por lo tanto, estará regido por el principio de oficialidad y de investigación de oficio, con las mismas características puestas de manifiesto por la doctrina: se pueden promover por un órgano público, las partes no pueden disponer del objeto del proceso, el juez puede practicar las pruebas que considere convenientes en la búsqueda de la verdad material y no está vinculado a la hora de dictar sentencia, a las peticiones que le hayan formulado las partes²³. En consecuencia, independientemente de lo solicitado por el apoyado, el curador o el Ministerio Fiscal, si el juez comprueba una inadecuación entre la resolución judicial y la realidad, conforme a su convicción, instará su modificación o extinción.

Bien, con estos antecedentes, volvamos a analizar el párrafo objeto de este trabajo que, como recordaremos exigía la revisión periódica de las medidas adoptadas en un plazo máximo de tres años, a través de un expediente de jurisdicción voluntaria.

Concluíamos en párrafos anteriores, que la revisión prevista en el artículo se refería, tanto a la institución, como a la concreta medida que se adopte en su desarrollo. Por esta razón, aún cuando en todos los casos debemos hablar de revisión, bajo este epígrafe distinguiremos tres supuestos:

²² «Al lado del proceso civil típicamente dominado por el poder de disposición del as partes, otro tipo de proceso civil, que podemos desde ahora denominar *lato sensu* proceso civil «inquisitorio» la estructura del cual, especialmente por lo que se refiere a la relación entre la iniciativa de las partes y la del juez, se manifiesta como muy semejante, cuando no absolutamente idéntica, a la estructura típica del proceso penal». CALAMANDREI, P. (1945): 228.

²³ BANACLOCHE PALAO, J. (1998): 25 y 30; CALAZA LÓPEZ, S. (2007): 254; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., MORENO CATENA, V. (2017): 45. OLIVA SANTOS, A., DÍEZ PICAZO GIMÉNEZ, I., VEGAS TORRES, J. (2016): 546.

- La posible extinción de la institución de apoyo acordada, es decir, la curatela.
- La posible extinción de la medida de apoyo acordada dentro de la institución.
- La sustitución de la medida acordada dentro de la institución.

Respecto al primero, el propuesto artículo 289 afirma que la curatela se extingue por resolución judicial «cuando ya no sea precisa esta medida de apoyo».

El segundo, se refiere a aquellos casos en los que también se extingue la medida, pero no la institución; es decir, permanece la curatela, pero se ven modificadas las medidas de apoyo en las que se concreta la actuación del curador.

Sería el caso, por ejemplo, en el que por sentencia se establece la curatela, con el objeto de prestar apoyo en el área de la salud y en la administración y disposición de los bienes de una persona y, pasados tres años, debe revisarse si la persona con discapacidad sigue necesitando este apoyo.

El tercer supuesto, se produciría en aquellos casos en los que se mantiene la institución y también las medidas de apoyo previstas, pero se modifica su alcance.

Así, por ejemplo, acordada una curatela que tenía por objeto el apoyo con facultad de representación para la administración y disposición de sus bienes, pasado el plazo previsto en la sentencia se observa que es suficiente con la mera asistencia. O, establecida la mera asistencia para todo acto de administración y disposición de bienes, se observa que sigue siendo necesario el apoyo para los actos de disposición, pero ya no lo es para los actos de mera administración.

Es muy amplia la casuística que puede darse y, en cualquier caso, de gran complejidad ya que, aún cuando lo encubramos bajo la terminología de la Convención y desaparezca el estado civil de incapacitado²⁴, la sentencia dictada en un proceso sobre provisión de medidas de apoyo a las personas con discapacidad, sigue siendo a nuestro juicio constitutiva, ya que altera una realidad jurídica preexistente: que toda persona al cumplir 18 años, tiene plena capacidad de obrar o, en terminología de la Convención, se encuentran en el pleno ejercicio de su capacidad jurídica.

²⁴ Sin embargo, como no puede ser de otro modo, de conformidad con lo dispuesto en el propuesto artículo 72 de la Ley del Registro Civil, «La sentencia dictada en procedimiento de prestación de apoyos, así como la resolución que la deje sin efecto o la modifique, se inscribirán en el registro individual del afectado». Y, conforme al también propuesto artículo 73, «sólo serán oponibles frente a terceros cuando se hayan practicado las oportunas inscripciones».

Sin embargo, certeramente, los autores de la propuesta han sido conscientes de que, cuando se trata del ejercicio de la capacidad jurídica, no existen elementos o circunstancias accidentales. Cualquier modificación tendrá importantes efectos para la seguridad del tráfico jurídico y para la protección de la persona con discapacidad y, por lo tanto, nada puede resolverse en un expediente de jurisdicción voluntaria. Nada, salvo el hecho mismo de su posible modificación.

Como un ouroboros, el artículo 266 *in fine*, se remite a un expediente de jurisdicción voluntaria, pero no para revisar la sentencia, ni para impugnarla²⁵, sino para cuestionarse periódicamente a sí mismo. El objeto exclusivo del nuevo procedimiento que se incorpora a la propuesta con la introducción en la Ley de la Jurisdicción Voluntaria del artículo 51 bis, es comprobar si se siguen manteniendo las mismas circunstancias tomadas en cuenta a la hora de dictar la sentencia; si es así, se dictará auto declarando su subsistencia, en caso contrario, «se pondrá fin al expediente y se instará la incoación del incidente de modificación de dichas medidas»²⁶.

En conclusión, cualquier modificación de las circunstancias tomadas en cuenta en la sentencia dictada en un proceso de provisión de apoyos, tanto de la propia institución, como del concreto alcance de las medidas propuestas, incluido por supuesto y pese a su denominación, su extinción, deberá comprobarse primero en un proceso de jurisdicción voluntaria y resolverse después mediante sentencia en el «incidente de modificación del alcance de las medidas de apoyo judicialmente adoptadas».

4.4. Plazo: soluciones acordadas en Derecho comparado y valoración de su extensión

Afirmábamos al principio de este trabajo, que la posibilidad de revisión de las medidas de apoyo acordadas, era una exigencia derivada del artículo 12 de la CDPD. Siendo así, es de prever que aquellos ordenamientos jurídicos que hayan visto reformados recientemente los procesos o medidas que estudiamos, hayan adoptado también alguna solución al respecto.

Veamos, algunas de ellas.

En Suiza, cuyas normas sobre la protección de adultos, vigentes casi en su totalidad desde el año 1907, se vieron profundamente modificadas por lo que se calificó como el nuevo derecho para la protección de adultos, que entraría en vigor el 1 de enero de

²⁵ Como ha puesto de manifiesto la doctrina con la regulación actual; CERRADA MORENO, M. (2014): 227; BANACLOCHE PALAO, J. (1998): 27 y 28.

²⁶ Párrafo 3, del artículo 51 bis.

2013²⁷ se prevé la extinción de la curatela por fallecimiento del adulto y, de oficio o a instancia de parte, cuando deja de estar justificada²⁸.

También se regula, además de su extinción, su sustitución por otro tipo de curatela, la modificación de las tareas específicas asignadas al curador, así como la necesidad de reforzar la medida inicialmente acordada.

Sin embargo, a diferencia de la propuesta que estudiamos, en el derecho suizo vigente, no se establece un plazo en el que haya de revisarse la medida. Tan pronto como la curatela deje de estar justificada, el adulto protegido o los terceros, tienen derecho a solicitar el levantamiento o la modificación de la medida en cualquier momento, sin que la ley prevea intervalos mínimos entre solicitudes, lo que para MEIER y LUKIC²⁹, viene a ser consecuencia de los principios de autonomía y de proporcionalidad.

En Bélgica, el sistema previsto para la protección de adultos, fue reformado por la Ley de 17 de marzo de 2013³⁰.

La antigua regulación, para GALLUS y VAN HALTEREN, no respetaba el artículo 12 de la CDPD, habiendo sido necesarias para implementar los objetivos de la Convención la creación de nuevas reglas, que dichos autores resumen en seis principios, siendo uno de ellos, que el juez puede poner fin a la medida en cualquier momento o modificar su contenido, de oficio o a instancia de la persona protegida, de la persona de confianza, del administrador, de cualquier persona interesada o del fiscal, así como proceder a su completa evaluación dentro de un plazo máximo de dos años desde que se ordenó la medida³¹.

²⁷ RO 2011 765: *Code civil suisse. Protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation.*

²⁸ De conformidad con el artículo 399 de su Código Civil:

1. *La curatelle prend fin de plein droit au décès de la personne concernée.*

2. *L'autorité de protection de l'adulte lève la curatelle si elle n'est plus justifiée, d'office ou à la requête de la personne concernée ou de l'un de ses proches.*

²⁹ «*La personne concernée a aussi le droit de demander le levée ou la modification de la curatelle, conformément aux principes d'autonomie et de proportionnalité. La requête, qu'elle émane de la personne concernée ou du tiers, peut être déposée en tout temps ; la loi ne prévoit pas d'intervalles minimaux entre deux requêtes de mainlevée ou de modification, l'abus de droit en cas de demandes répétées étant réservé.*». MEIER, P., LUKIC, S. (2011) : 242.

³⁰ *Loi réformant les régimes d'incapacité et instaurant un nouveau statut de protection conforme à la dignité humaine*, que entró en vigor el 1 de septiembre de 2014.

³¹ «*Le juge de paix peut à tout moment mettre fin à la protection judiciaire ou en modifier le contenu. Une évaluation est en toute hypothèse réalisée au plus tard deux ans après le prononcé de l'ordonnance de mise sous administration.*». GALLUS, N., VAN HALTEREN, T. (2014): 31-33. Hacen referencia los autores al artículo Artículo 492/4 de Código Civil belga, conforme al cual:

«*Le juge de paix peut à tout moment, soit d'office, soit à la demande de la personne protégée ou de sa personne de confiance, de son administrateur ou de tout intéressé, ainsi que du procureur du Roi, mettre*

Es decir, en este país se reconoce la posible extinción y modificación de las medidas de protección acordadas, una amplia legitimación para ello, y una revisión inicial a los dos años de su adopción, sin que se prevean revisiones periódicas.

Por último, en Francia, modificada la normativa sobre protección de mayores en el año 2007³², antes de la ratificación de la Convención de Nueva York³³, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 433 y siguientes de su Código Civil, se confiere al juez la posibilidad de otorgar a las personas³⁴ que lo requieran, una protección o representación legal temporal para la realización de determinados actos, bien a través de la *sauvegarde de justice* o, a través, de la tutela o curatela.

Fuera de este supuesto, de naturaleza estrictamente temporal, si la persona necesita ser continuamente asistida o supervisada en los actos importantes de la vida, se instituirá una tutela o una curatela.

En tales casos, el juez fijará la duración de la medida que no podrá exceder de cinco años, -excepcionalmente diez-. La medida podrá ser renovada por el mismo plazo -excepcionalmente por veinte años-, pudiendo el juez, en cualquier momento, previa audiencia de la persona responsable de la medida de protección, rescindirla, modificarla o sustituirla por otra³⁵.

Hemos elegido estos ordenamientos ya que pensamos que son paradigmáticos de las distintas soluciones que pueden adoptarse para el cumplimiento del artículo 12 de la Convención. Reconociéndose en todos ellos la posible modificación o extinción de las medidas y una amplia legitimación para promoverla, en uno, tan solo se reconoce esta posibilidad, en otro, solo una primera revisión y en Francia, además, su revisión periódica.

fin à la mesure de protection judiciaire ou en modifier le contenu par une ordonnance motivée. L'article 1246 du Code judiciaire et, s'il s'agit d'une demande de cessation de la mesure de protection judiciaire, l'article 1241 du Code judiciaire, sont d'application. Le cas échéant, la mesure de protection judiciaire prend fin le jour de l'ordonnance.

La mesure de protection judiciaire est évaluée conformément à l'alinéa 1er au plus tard deux ans après le prononcé de l'ordonnance visée à l'article 492/1.

La mesure de protection judiciaire prend fin de plein droit en cas de décès de la personne protégée, à l'échéance du terme pour lequel elle a été prise ou en cas d'octroi de la libération définitive de l'interné. Le ministère public informe le juge de paix de la libération définitive de l'interné».

³² Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs.

³³ Francia firmó la Convención el 30 de marzo de 2007 y el Protocolo Facultativo el 23 de septiembre de 2008. Ambos textos entraron en vigor el 20 de marzo de 2010.

³⁴ En quienes concurren las circunstancias previstas en el artículo 425: «*Toute personne dans l'impossibilité de pourvoir seule à ses intérêts en raison d'une altération, médicalement constatée, soit de ses facultés mentales, soit de ses facultés corporelles de nature à empêcher l'expression de sa volonté peut bénéficier d'une mesure de protection juridique prévue au présent chapitre (...)*».

³⁵ Artículos 441 y 442 del Código Civil francés.

El anteproyecto que analizamos, ha optado por incorporar los tres sistemas, de forma que cada tres años se revisaran todos los procedimientos de provisión de apoyo en los que se haya acordado cualesquiera medidas en favor de una persona con discapacidad, lo que sin duda será todo un reto para la actual estructura judicial española, dada la actual planta judicial y la organización del Ministerio Fiscal³⁶.

Por supuesto, creemos en la recuperación de todas las personas con discapacidad³⁷. Pero esta convicción es tan firme, como el hecho de que aquello que se ha estado gestando durante muchos años, difícilmente se resolverá en tres.

Si la convicción judicial se decide por una medida de carácter continuo como la curatela, un plazo de tres años nos parece excesivamente corto. No porque pensemos que sea inasumible con la actual estructura jurisdiccional, sino por ser innecesario dadas las graves razones por las que suelen iniciarse estos procesos que, recordemos, son siempre subsidiarios de cualquier otra medida de apoyo en favor de las personas con discapacidad.

La posibilidad de revisar las circunstancias en cualquier momento, sin esperar el plazo prefijado, el reconocimiento de una amplia legitimación para incoar un proceso de revisión, junto con un plazo apreciablemente más amplio, tanto para la revisión inicial, como desde luego para la periódica, sería más que suficiente para salvaguardar los requisitos exigidos por el artículo 12 de la CDPD.

5. CONCLUSIONES

Por todo ello y conforme a lo expuesto en líneas anteriores, podemos destacar las siguientes conclusiones:

1. La solución adoptada en el artículo 266 de la propuesta de anteproyecto, es respetuosa con lo dispuesto en el artículo 12 de la Convención de Nueva York.
2. Existe una cierta confusión terminológica entre las instituciones de apoyo que

³⁶ Según la Memoria de la Fiscalía General del Estado del año 2017, los expedientes de tutela y curatela dictaminados en el año han sido 54.232. Basta una simple operación aritmética para comprobar el volumen de expedientes de jurisdicción voluntaria que se deben incoar y el número de incidentes de modificación que de ellos traerán causa.

³⁷ «Y aquella mujer, levantando la tapa de un gran vaso que tenía en sus manos esparció sobre los hombres las miserias horribles. Únicamente la Esperanza quedó en el vaso, detenida en los bordes, y no echó a volar porque Pandora había vuelto a cerrar la tapa por orden de Zeus tempestuoso que amontona las nubes». HESÍODO, *Los trabajos y los días*, 700 a.C.

podrán utilizarse en nuestro derecho en favor de las personas con discapacidad y las concretas medidas de apoyo, que en su desarrollo puedan acordarse, por lo que sería conveniente aclarar que la revisión periódica prevista en el artículo 266 se refiere tanto a la propia institución, como a las concretas medidas acordadas dentro de esta.

3. Pensamos que, dado el marco no temporal sobre el que se diseña la nueva institución de la curatela, un plazo de tres años para su inicial revisión es excesivamente corto y, por la misma razón, también consideramos excesiva su revisión trienal.

4. En el propuesto expediente de revisión periódica de las medidas de apoyo adoptadas judicialmente -ex art. 51 bis-, se debe dar audiencia a la persona con discapacidad sujeto de la medida.

5. Deberá modificarse la denominación del «incidente de modificación del alcance de las medidas de apoyo judicialmente adoptadas» en el propuesto artículo 761, para incluir también su extinción.

BIBLIOGRAFÍA

BANACLOCHE PALAO, J., *El proceso de reintegración de la capacidad de obrar*, Aranzadi, Navarra, 1998.

CALAMANDREI, P., *Estudios sobre el proceso civil*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1945.

CALAZA LÓPEZ, S., *Los procesos sobre la capacidad de las personas*, Iustel, Madrid, 2007.

— *La cosa juzgada*, La Ley, Madrid, 2009.

CERRADA MORENO, M., *Incapacitación y procesos sobre capacidad de las personas*, Aranzadi, Navarra, 2014.

CORTES DOMÍNGUEZ, V., MORENO CATENA, V., *Derecho procesal civil. Parte especial*, Tirant lo Banch, Valencia, 2017.

DÍAZ ALABART, S., La protección jurídica de las personas con discapacidad psíquica no incapacitadas», *Revista de Derecho Privado* nº 2, marzo-abril 2013, págs. 3-24.

DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., «Comentario al artículo 212», *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, Amorós Guardiola, M., Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.), Tecnos, Madrid, 1986.

GALLUS, N., VAN HALTEREN, T., *Le nouveau régime de protection des personnes majeures. Analyse de la loi du 17 mars 2013*, Bruylant, Bruxelles, 2014.

GARCÍA ALGUACIL, M. J., *Protección jurídica de las personas con discapacidad*, Reus, Madrid, 2016.

GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Imprenta de la Sociedad Tipográfica-Editorial, Madrid, 1852.

GARCÍA PONS, A., «El artículo 12 de la Convención de Nueva York de 2006 sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su impacto en el Derecho Civil de los Estados signatarios: el caso de España», *Anuario Derecho Civil*, tomo LXVI, 2013, fasc. I, págs. 59 a 148

GÓMEZ LAPLAZA, C., «Comentario al artículo 269», en *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, Amorós Guardiola, M., Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.), Tecnos, Madrid, 1986.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., «La reinterpretación jurisprudencial de los sistemas de protección a la luz de la Convención de Nueva York: el nuevo paradigma de la Sala Primera», *Estudios y comentarios jurisprudenciales sobre discapacidad*, Guilarte Martín-Calero, C. (dir.), García Medina, J. (coord.), Aranzadi, Navarra, 2016.

MANRESA Y NAVARRO, J.M., *Comentarios al Código Civil español*, Tomo II, Hijos de Reus, Madrid, 1896.

MEIER, P., LUKIC, S., *Introduction au nouveau droit de la protection de l'adulte*, Schulthess, 2011, Geneve-Zurich-Bâle, 2011.

OLIVA SANTOS, A., DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., VEGAS TORRES, J., *Curso de Derecho Procesal Civil II, Parte especial*, Editorial Centro de estudios Ramón Areces, Madrid, 2016.

PALLARÉS NEILA, J., «La ineludible proporcionalidad y graduación de las medidas de protección de adultos», *Actualidad Civil* (en imprenta).

PEREÑA VICENTE, M., «Derechos fundamentales y capacidad jurídica. Claves para una propuesta de reforma legislativa», *Revista de Derecho Privado*, nº 4, julio-agosto 2016, págs. 3-40.

TORRES GARCÍA, T. F., «La incapacitación: de don Federico de Castro al momento actual», *Glosas sobre Federico de Castro*, Díez-Picazo y Ponce de León, L. (dir.), Civitas, 2015, págs. 385-408.

Fecha de recepción: 21.09.2018

Fecha de aceptación: 27.09.2018