

Cuadernos **FEDACE**

sobre

**DAÑO
CEREBRAL**



20

CUADERNO TÉCNICO
DEFENSA DE DERECHOS DE LAS PERSONAS CON
DAÑO CEREBRAL Y SUS FAMILIAS

CUADERNO FEDACE 20

CUADERNO TÉCNICO

**DEFENSA DE DERECHOS DE LAS PERSONAS
CON DAÑO CEREBRAL Y SUS FAMILIAS**



Madrid, diciembre 2021

Edita: Federación Española de Daño Cerebral

ISBN: 978-84-09-30717-3

Depósito legal: M-34368-2021

Quedan prohibidos, dentro de los límites establecidos en la ley y bajo los apercibimientos legalmente previstos, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, ya sea electrónico o mecánico, el tratamiento informático, el alquiler o cualquier otra forma de cesión de la obra sin la autorización previa y por escrito de los titulares del copyright.

Impresión a cargo de Grupo Mañas Artes Gráficas.

PRESENTACIÓN

Hemos dedicado la presente publicación a una de las áreas que suponen el germen de la Federación Española de Daño Cerebral (FEDACE) y de sus entidades miembros como es la defensa de Derechos de las Personas con Daño Cerebral y sus familias.

La defensa de derechos de las personas con Daño Cerebral y sus familias y dentro de estas, personas especialmente vulnerables como menores con Daño Cerebral, personas con Daño Cerebral con alteraciones conductuales graves, o personas con Daño Cerebral Severo que se encuentran en coma, son una preocupación del Movimiento Asociativo de Daño Cerebral que lidera FEDACE desde sus comienzos hace más de 25 años.

Las personas con Daño Cerebral y sus Familias en ocasiones ven vulnerados sus derechos ante la falta de información acerca de Daño Cerebral entre profesionales sociosanitarios, ante la existencia limitada de recursos especializados en la ámbito educativo, sanitario, social... lo cual contribuye a la necesaria defensa de los derechos de las personas con Daño Cerebral y sus familias.

Dentro de esta necesidad de atención a las familias y personas con Daño Cerebral, en el año 2021 desde la Federación y dentro del plan de actuación anual, tienen lugar los Talleres FEDACE que tienen como resultado una publicación de los Cuadernos FEDACE. En este taller se ha realizado una actividad monográfica de formación de nuestros técnicos del Movimiento Asociativo de Daño Cerebral, en este área concreta y el diseño de una publicación técnica Cuaderno FEDACE **“DEFENSA DE DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DAÑO CEREBRAL Y SUS FAMILIAS”**. Nuestro propósito era poner en valor el conocimiento por parte de juristas especialistas en discapacidad con la experiencia de nuestras entidades socias en la defensa de derechos de las personas con Daño Cerebral y sus familias, compartirlo y ponerlo al servicio de la sociedad a través de la presente publicación. Desde nuestras entidades abordamos esta problemática con el objetivo de poner en común planteamientos y

Buenas Prácticas para la gestión de situaciones habituales vinculadas a la defensa de derechos.

Los Talleres FEDACE son un punto de encuentro habitual de técnicos y profesionales de todas las asociaciones federadas, cuyo objetivo es intercambiar conocimientos y experiencias para que, una vez sistematizados puedan ser aprovechados por la sociedad.

Desde esta perspectiva, se ha considerado importante desarrollar el Taller FEDACE que tuviese como fruto una publicación de este Cuaderno FEDACE de Daño Cerebral.

Esta apuesta por la divulgación del conocimiento sobre Daño Cerebral desde un ángulo eminentemente práctico se ha consolidado como un referente de interés no solo para nuestras asociaciones sino para otros muchos profesionales y entidades que fuera del ámbito del Movimiento Asociativo de Daño Cerebral FEDACE trabajan en instituciones sociales.

El Movimiento Asociativo de Daño Cerebral en España, busca día a día mejorar sus estrategias y encontrar nuevas formas para conseguir los recursos humanos y económicos que posibiliten la atención integral de las personas con Daño Cerebral y sus familias.

Creemos que es importante generar un espacio de reflexión para compartir esas experiencias/ proyectos innovadores que se están poniendo en marcha y fijar las bases estratégicas, que, tanto en proyectos compartidos como en proyectos concretos, para asegurar su sostenibilidad y sustentabilidad.

Con esta publicación se pretende contribuir al fortalecimiento del entramado social asociativo del Daño Cerebral en España, empoderar compartiendo experiencias, reflexionando y consensuando dentro de las asociaciones miembro de FEDACE.

El método de trabajo utilizado es el Taller, conceptualizado como proceso integrador y reflexivo, donde se unen la teoría y la práctica, a través del protagonismo de los participantes, el diálogo entre diferentes saberes-hacer, facilitando la generación de espacios para la planificación participativa, la sistematización de experiencias y la producción colectiva transformadora.

Finalmente, desde FEDACE queremos agradecer al apoyo económico del Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, nuestras entidades miembros y el inestimable soporte técnico y coordinación de la Fundación Aequitas.

Las personas con Daño Cerebral y sus familias tienen unos derechos que deben ser respetados por lo que esperamos que la publicación que sea de su utilidad y agrado, y se convierta en un instrumento para mejora de la calidad de vida de las personas con Daño Cerebral y sus familias.

Mar Barbero
*Directora de la Federación Española
de Daño Cerebral FEDACE*

RELACIÓN DE AUTORES

Equipo coordinador externo:

Almudena Castro–Girona Martínez. Directora de la Fundación Aequitas.

Federico Cabello de Alba Jurado. Director de la Fundación Aequitas.

Equipo coordinador interno:

María Clara Dehesa Medina. Trabajadora social. Federación Española de Daño Cerebral.

Colaboradores externos:

Ángel Bravo del Valle. Abogado especialista en Derecho Penal y Discapacidad.

David Mendoza Moreno. Juez sustituto ámbito Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

Gema González Serrano. Responsable del Departamento Jurídico de la Fundación Tutelar Daño Cerebral Castilla-La Mancha (FUNDACE CLM).

José Luis Castro–Girona Martínez. Abogado especialista en discapacidad. Master's in international and Comparative Disability Law and Policy. (Máster en derecho internacional y comparado sobre discapacidad y políticas públicas) de la Universidad de Galway. Irlanda.

Manuel Carpio González. Doctor en medicina y cirugía. Especialista en medicina del trabajo, de empresa y valoración médica de daño.

Colaboradores del Movimiento Asociativo de Daño Cerebral FEDACE:

ANDALUCÍA

ADACEA Jaén

Marina Ozáez Castro. Trabajadora social

ADACEMA Málaga

Desirée Gálvez Guerrero. Neuropsicóloga

Carmen Cuenca Ternero. Trabajadora social

AGREDACE Granada

Rosa M^a López Gómez. Trabajadora Social

FANDACE Andalucía

Rocío de la Rosa Díez. Directora Gerente

VIVIR Almería

Loli Olivencia Prados. Directora Gerente

ARAGÓN

AIDA Aragón

Ruth Ambrós Adiego. Trabajadora Social

ASTURIAS

ASICAS Asturias

Laura Gutiérrez Naredo. Trabajadora Social

CASTILLA LEÓN

ANEDEAR

Victoria Muñoz Briongos. Neuropsicóloga

ASDACE SALAMANCA

María Yolanda García Yuste. Coordinadora

Verónica Alonso. Neuropsicóloga

COMUNIDAD VALENCIANA

ADACEA Alicante

Elvira Estrobel Cantos. Trabajadora Social

Paula Rodríguez Manjón. Neuropsicóloga

ATENEU Castellón

Inmaculada Mestre Guardiola. Trabajadora Social

Lucía Galiana Catalán. Trabajadora social

Verónica Defez Alonso. Administrativa

GALICIA

ADACE Lugo

Iría Abel Parga. Directora

Pablo Freire Portela. Trabajador social

ISLAS CANARIAS

ADACEA Gran canaria

Alejandra Susana Gyorko Gyorkos. Presidenta

ADACEA Tenerife

Arturo Armando Rincón. Presidente

LA RIOJA

ARDACEA

Sara Sagredo Garrido. Directora Gerente

MADRID

AFASIA ACTIVA	Blanca Aldea Álvarez. Neuropsicóloga
FUNDACION SIN DAÑO	Paloma Pastor Alfonso. Presidenta
ICAM MADRID	Miembro de Junta Directiva.

PAÍS VASCO

ATECE ARABA	María Ortiz Erbina. Trabajadora Social
--------------------	---

El texto se redacta empleando el género masculino con carácter neutro, haciendo referencia en todos los casos a hombres y mujeres indistintamente. Se optó por utilizar este estilo para evitar reiteraciones, ausencias y fundamentalmente para facilitar la lectura y comprensión del mismo.

ÍNDICE

PRESENTACIÓN	5
RELACIÓN DE AUTORES	9
INTRODUCCIÓN	15
CAPÍTULO 1	
DERECHOS LABORALES Y VALORACIÓN SANITARIA TRAS EL DAÑO CEREBRAL	19
CAPÍTULO 2	
FAMILIA Y CRISIS CONVIVENCIALES	39
CAPÍTULO 3	
CAPACIDAD JURÍDICA. TOMA DE DECISIONES Y APOYOS	53
CAPÍTULO 4	
BUENAS PRÁCTICAS EN LA DEFENSA DE LAS PERSONAS CON DAÑO CEREBRAL DESDE EL MOVIMIENTO ASOCIATIVO DE DAÑO CEREBRAL FEDACE	83
RECOMENDACIONES FINALES	93
ANEXOS	101

INTRODUCCIÓN

“No tenemos la solución a todos los problemas del mundo en nuestras manos. Pero frente a los problemas del mundo, tenemos nuestras manos” Madre Teresa de Calcuta.

Querido Lector,

Bajo el título **“DEFENSA DE DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DAÑO CEREBRAL Y SUS FAMILIAS”** os presentamos un nuevo cuaderno técnico que es una obra eminentemente práctica que es fruto de la colaboración de dos entidades la **FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE DAÑO CEREBRAL** y **LA FUNDACIÓN AEQUITAS DEL CONSEJO GENERAL DEL NOTARIADO**.

Este cuaderno técnico nace de los Talleres que **FEDACE** y la **FUNDACION AEQUITAS** hemos desarrollado a lo largo del presente año dos mil veintiuno y que han constituido un punto de encuentro habitual de técnicos y profesionales de todas las asociaciones federadas, cuyo objetivo es intercambiar conocimientos y experiencias para que, una vez sistematizados puedan ser aprovechados por la sociedad.

Tras muchos años de esfuerzo, de vencer resistencias jurídicas y sociales se sitúa nuestra legislación a la vanguardia de la legislación europea al consagrar la discapacidad como una cuestión de Derechos Humanos dentro del ordenamiento jurídico privado respetándose como proclama el artículo 10 de nuestra Constitución la dignidad de la persona, sus derechos fundamentales y el libre desarrollo de su personalidad.

En este año dos mil veintiuno se ha producido la mayor reforma de nuestro Derecho privado abordada en época democrática: supone que nuestro país asuma el compromiso de dar cumplimiento al artículo 12 de la Convención de la ONU de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad, que entró en vigor en 2008.

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 modifica ocho leyes de nuestro ordenamiento jurídico si bien la reforma del Código Civil es la más extensa y de mayor calado, pues en el mismo sienta las bases del nuevo sistema que se fundamenta en el respeto a la voluntad y a las preferencias de la persona con discapacidad:

- Se ha dado cumplimiento al corazón de la Convención con la reforma de la columna vertebral de nuestro ordenamiento jurídico.
- Esta reforma debe ir unida, para que sea de verdad una realidad, a un cambio del entorno, a una transformación de la mentalidad social, a una asunción del modelo de derechos humanos por parte de toda la sociedad.

Esa transformación requiere por un lado la formación en el nuevo sistema de aquellos profesionales del Derecho que trabajan con personas –jueces y magistrados, Ministerio Fiscal, personal al servicio de la administración de justicia, notarios, abogados – los cuales han de prestar sus respectivas funciones, a requerimiento de las personas con discapacidad, partiendo de los nuevos principios de la nueva legislación procurando que el principio de igualdad y no discriminación por razón de discapacidad no se quede en una bonita formulación teórica o normativa.

Y por otro es necesaria una labor de formación difusión y pedagogía dentro de la sociedad en general y en particular de las personas con discapacidad y sus familias, con la finalidad de contribuir a esta difusión y pedagogía nace este cuaderno, para que podamos pasar de la protección a la autonomía, con apoyo si es necesario, pero en cualquier caso autonomía y del “no serás capaz” al “con los apoyos que requieras o precises, sí serás capaz”.

Estructurado en cuatro capítulos, analiza en primer lugar cuestiones relativas al ámbito laboral y de la salud, posteriormente cuestiones relativas al derecho privado: familia, crisis familiares, capacidad jurídica y ejercicio de la capacidad con apoyo posteriormente explica la labor de las entidades de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica, las anteriores fundaciones tutelares y a lo largo de todo el cuaderno se intenta dar respuesta a aquellas preguntas realizadas por las entidades de FEDACE, para facilitar al lector la comprensión y el análisis de la materia objeto de estudio.

La Fundación Aequitas nace en 1999 en el seno del Consejo General del Notariado, para potenciar el desarrollo y efectividad de los derechos de

las personas más vulnerables de la sociedad. La reflexión que motivó su nacimiento fue la siguiente: el notario, en el ejercicio de su función está íntimamente vinculado a los derechos de la persona y al bienestar de las familias y debe colaborar en dar soluciones jurídicas a los problemas de las personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad y faltas de ese trato justo.

En cierta forma, esta obra hace que sea realidad el nombre de la Fundación Aequitas, pues permite la equidad, trato justo e igualdad entre los ciudadanos, de ahí que agradezcamos a la **Federación Española de Daño Cerebral FEDACE**, que nos propusiera este trabajo.

Finalmente me despido expresando:

Un deseo, que les sea útil el uso de este instrumento que ponemos a disposición de la sociedad.

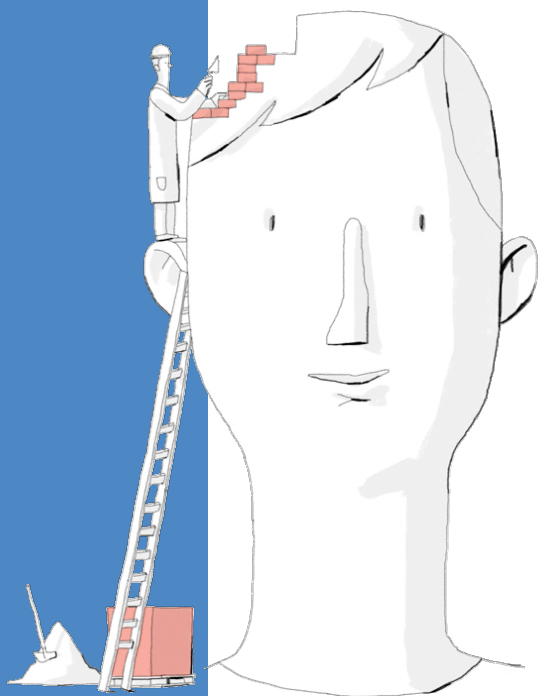
*Mi gratitud, a todos los que han hecho posible esta realidad y en especial no solo a la **Federación Española de Daño Cerebral, FEDACE** sino especialmente a los autores de este cuaderno.*

*Y con el convencimiento de que seguiremos trabajando en conjunto pues así podremos cumplir el lema de nuestra fundación “**Juntos, podemos hacer más**” que es la mejor forma de poner nuestras manos al servicio de la sociedad.*

Almudena Castro-Girona
Directora de la Fundación Aequitas

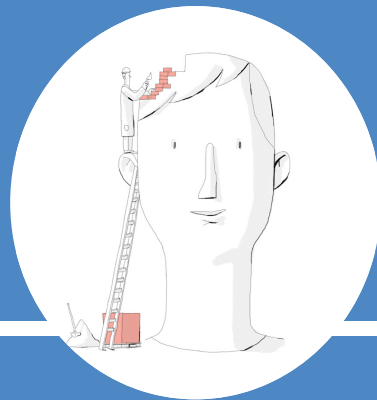
Capítulo 1

Derechos laborales y valoración sanitaria tras el Daño Cerebral



Capítulo 1

Derechos laborales y valoración sanitaria tras el Daño Cerebral



1. Introducción

2. ¿Y ahora qué?

Nuestro Movimiento Asociativo de Daño Cerebral FEDACE pregunta...

2.1 Empleo y prestaciones de incapacidad laboral.

2.2 La vuelta al trabajo tras el Daño Cerebral.

2.3 Prestaciones Seguridad Social y Daño Cerebral.

DERECHOS LABORALES Y VALORACIÓN SANITARIA TRAS EL DAÑO CEREBRAL

1. INTRODUCCIÓN

Siempre debe partirse de la realidad laboral de las personas con discapacidad en España que el propio **Instituto Nacional de Estadística** destaca en sus estudios (por ejemplo, nota de prensa de 7.7.2021, entre otras) que “lo más destacable del colectivo de personas con discapacidad es su baja participación en el mercado laboral”.

En España debe aplicarse la **Convención de Naciones Unidas** sobre los derechos de las personas con discapacidad (del 13 de diciembre de 2006)- BOE 21/04/2008. El Tribunal Supremo (TS) de España ya dijo en su sentencia (ST) núm. 1.976/2017 (*Contencioso-administrativo*) que la normativa interna debe interpretarse conforme la Convención ONU. En el ámbito de la jurisdicción social debemos concretar que la STS núm. 194/2018 que destacó que es imprescindible el análisis del cumplimiento de las *medidas de **ajuste** adecuadas* a que se refiere el art. 5 de la Directiva 2000/78 -así como el art. 2, 4º de la Convención de NU-, que son *exigibles en todos los casos en que estemos ante una persona con discapacidad. -obligación de la empresa de llevar a cabo los **ajustes razonables** que adapten las condiciones del trabajo a las necesidades de la persona en cuestión.*

A efectos de este capítulo, debe ponerse de relieve que los artículos importantes son, entre otros, el art.27 en lo referente a “un mercado y un entorno laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles a las personas con discapacidad” y lo referente a prohibir la discriminación por motivos de discapacidad con respecto a todas las cuestiones relativas a cualquier forma de empleo, incluidas las condiciones de **selección** y velar por que se realicen **ajustes razonables** para las personas con discapacidad en el lugar de trabajo.

En España debe tenerse presente el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la **Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (LGD*)**. Siendo importante destacar a efectos de este capítulo los siguientes puntos principales que son los más conflictivos en la práctica diaria:

- Art.2.d) **-Discriminación indirecta:** existe cuando una disposición legal o reglamentaria, una cláusula convencional o contractual, un pacto individual, una decisión unilateral o un criterio o práctica, o bien un entorno, producto o servicio, aparentemente neutros, *puedan ocasionar* una desventaja particular a una persona respecto de otras por motivo de o por razón de **discapacidad**, siempre que objetivamente no respondan a una finalidad legítima y que los medios para la consecución de esta finalidad no sean adecuados y necesarios
- Art.2.m) **-Ajustes razonables:** son las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas del ambiente físico, social y actitudinal **a las necesidades específicas de las personas con discapacidad** que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular de manera eficaz y práctica, para facilitar la accesibilidad y la participación y para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos
- Art.7.4 Las administraciones públicas protegerán de manera singularmente intensa: grupo de personas **especialmente vulnerables a la discriminación múltiple:** como las niñas, niños y mujeres con discapacidad, mayores con discapacidad, mujeres con discapacidad víctimas de violencia de género, personas con pluridiscapacidad u otras personas con discapacidad integrantes de minorías
- Art. 40.2: **Los empresarios están obligados** a adoptar las medidas adecuadas para la **adaptación del puesto de trabajo** y la accesibilidad de la empresa, en función de las necesidades **de cada situación concreta**, con el fin de permitir a las personas con discapacidad acceder al empleo, desempeñar su trabajo, progresar profesionalmente y acceder a la formación, **salvo** que esas medidas supongan una carga **excesiva** para el empresario.
- Art.41 -Los **servicios de empleo con apoyo** son el conjunto de acciones de orientación y acompañamiento **individualizado** en el puesto de trabajo, que tienen por objeto facilitar la adaptación social y laboral de personas trabajadoras con discapacidad con **especiales**

dificultades de inclusión laboral en empresas del mercado **ordinario** de trabajo en condiciones similares al resto de los trabajadores que desempeñan puestos equivalentes. Los servicios de empleo con apoyo se regularán por su normativa reglamentaria (Real Decreto 870/2007, de 2 de julio, por el que se regula el programa de empleo con apoyo como medida de fomento de empleo de personas con discapacidad en el mercado ordinario de trabajo)

- Artículo 67. **Medidas de acción positiva: 1.** Los poderes públicos **adoptarán medidas de acción positiva** en beneficio de aquellas personas con discapacidad susceptibles de ser objeto de un mayor grado de discriminación, incluida la discriminación múltiple, o de un menor grado de igualdad de oportunidades, como son las mujeres, los niños y niñas, quienes precisan de mayor apoyo para el ejercicio de su autonomía o para la toma libre de decisiones y las que padecen una más acusada exclusión social, así como las personas con discapacidad que viven habitualmente en el medio rural.
- Artículo 68. Contenido de las medidas de acción positiva y medidas de igualdad de oportunidades: 1. Las medidas de acción positiva podrán consistir en apoyos complementarios y normas, criterios y prácticas más favorables. Las medidas de igualdad de oportunidades *podrán* ser ayudas económicas, ayudas técnicas, asistencia personal, servicios especializados y ayudas y servicios auxiliares para la comunicación.

Dichas medidas tendrán naturaleza de mínimos, sin perjuicio de las medidas que puedan establecer las comunidades autónomas en el ámbito de sus competencias.

Como retos jurídicos aún pendientes puede afirmarse que son la real y total adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; ya que a pesar de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, por ejemplo, aún está pendiente la mejora del **cumplimiento de la reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad**. En concreto, aún falta **asegurar** el cumplimiento de la cuota de reserva del **dos por ciento** de los puestos de trabajo para personas con discapacidad en las empresas de más de 50 trabajadores mediante la contratación **directa**. (**art. 42.1 LGD**) y el aumento de la contratación en el empleo **ordinario**, al objeto de configurar un conjunto de medidas más eficiente.

En España una de las herramientas legales que pueden usarse para apoyar el empleo de las personas con discapacidad es denunciar ante la

Inspección de Trabajo y Seguridad. A estos efectos, debe tenerse presente el **Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto**, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre *Infracciones y Sanciones* en el Orden Social. En concreto, son **infracciones muy graves (art.16.1.c)** lo referente a -procesos de **selección** ... condiciones, mediante la publicidad, difusión o por cualquier otro medio, que constituyan discriminaciones para el **acceso** al empleo por motivos de “discapacidad”; y las -discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de discapacidad (art.8.12)

Por la vía penal, el **Código Penal vigente contempla en el artículo 314** que los que produzcan **una grave discriminación en el empleo**, público o privado, contra alguna persona por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o discapacidad, por ostentar la representación legal o sindical de los trabajadores, por el parentesco con otros trabajadores de la empresa o por el uso de alguna de las lenguas oficiales dentro del Estado español, y no restablezcan la situación de igualdad ante la ley **tras requerimiento o sanción administrativa, reparando los daños económicos que se hayan derivado**, serán castigados con la pena de *prisión* de seis meses a dos años o multa de 12 a 24 meses.

En lo referente al **Estatuto de los Trabajadores (ET)** debe destacarse que permite la existencia de una relación laboral especial: trabajadores con discapacidad que presten sus servicios en los **centros especiales de empleo**.

El **Real Decreto 1368/1985, de 17 de julio**, regula la relación laboral de carácter especial de los trabajadores con discapacidad que trabajen en los **Centros Especiales de Empleo**. Su fin es garantizar que el trabajo se adecúe en todo momento a las características personales y profesionales del trabajador “minusválido”; favorecer la adaptación personal y social y fin de favorecer su futura ocupación de un empleo **ordinario**. El art.43.1 **LGD** afirma que “son un medio de inclusión del mayor número de estas personas en el régimen de empleo **ordinario**” y que deberán prestar, a través de las unidades de **apoyo**, los **servicios de ajuste personal y social** que requieran las personas trabajadoras con discapacidad.

En todo caso, debemos resaltar que el art. 4.2.c) ET contempla el derecho a no ser discriminados ...indirectamente para el empleo, o una vez empleados, y tampoco podrán ser discriminados por razón de **discapacidad**, *siempre que* se hallasen en condiciones de **aptitud** para desem-

pañar el trabajo o empleo de que se trate. A estos efectos, debe siempre tenerse presente que el Art. 17 expresamente regula que se entenderán **nulos y sin efecto** los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que den lugar en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo, a situaciones de discriminación directa **o indirecta** desfavorables por razón de edad **o discapacidad** ...y que serán igualmente **nulas** las órdenes de discriminar y las decisiones del empresario que supongan un **trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial** destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación.

En ese sentido, el artículo 36 de la **LGD** afirma que se entiende por igualdad de trato la ausencia de toda discriminación directa o indirecta por motivo o por razón de discapacidad, en el empleo, en la formación y la promoción profesionales y en las condiciones de trabajo.

El propio **Estatuto de los Trabajadores (ET)** en su Art.36.5 concreta que el empresario que organice el trabajo en la empresa según un cierto ritmo deberá tener en cuenta el **principio general de adaptación del trabajo a la persona**.

Dado que siempre el Derecho del Trabajo está conectado con el Derecho de la Seguridad Social debe comentarse que el art. 48.2. ET permite que en el supuesto de incapacidad temporal (IT), producida la extinción de esta situación con declaración de incapacidad permanente (IP) en los grados de incapacidad permanente total para la profesión habitual, absoluta para todo trabajo o gran invalidez, cuando, **a juicio del órgano de calificación**, la situación de incapacidad del trabajador vaya a ser previsiblemente objeto de revisión por mejoría que permita su reincorporación al puesto de trabajo, **subsistirá la suspensión de la relación laboral, con reserva del puesto de trabajo, durante un periodo de 2 años a contar desde la fecha de la resolución por la que se declare la incapacidad permanente**.

Por su actualidad e importancia práctica para las personas con discapacidad trabajadoras debe señalarse que la **Ley 1/2020, de 15 de julio, derogó el despido objetivo por faltas de asistencia al trabajo** (“el despido por absentismo que recae en personas con discapacidad”) establecido en el artículo 52.d) del ET, precisamente en aras a erradicar la discriminación indirecta por razón de **discapacidad** constando que “el empresario está obligado a realizar **ajustes razonables** en el puesto de trabajo antes

de proceder al despido de la persona con discapacidad derivada, entre otros factores, de sus faltas de asistencia al trabajo”.

En el ámbito laboral siempre es importante comentar la aplicación de la prevención de Riesgos Laborales (**Ley 31/1995, de 8 de noviembre**). Debe concretarse que el artículo 25 regula la **protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos**. Y se concreta en su apartado 1. El empresario garantizará de manera **específica** la protección de los trabajadores que, por sus propias características personales o estado biológico conocido, incluidos aquellos que tengan reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial, sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo. A tal fin, deberá tener en cuenta dichos aspectos en las evaluaciones de los riesgos y, en función de éstas, adoptará las medidas preventivas y de protección necesarias. Los trabajadores no serán empleados en aquellos puestos de trabajo en los que, a causa de sus características personales, estado biológico o por su discapacidad física, psíquica o sensorial debidamente reconocida, puedan ellos, los demás trabajadores u otras personas relacionadas con la empresa ponerse en situación de peligro o, en general, cuando se encuentren manifiestamente en estados o situaciones transitorias que no respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo.

En materia de formación profesional, debemos resumir que la **Ley Orgánica 5/2002**, de 19 de junio, de las Cualificaciones y de la **Formación Profesional**: contempla la Formación profesional a distancia afirmando que las administraciones competentes **garantizarán formación complementaria** para aquellos alumnos que requieran **apoyo específico**, con **especial** atención al alumnado que presenta **necesidades específicas de apoyo educativo derivadas de su discapacidad**.

Y, la Ley 30/2015, de 9 de septiembre, por la que se regula el Sistema de Formación Profesional para el empleo en el ámbito laboral contempla como principios que rigen el sistema de formación profesional para el empleo. La accesibilidad y participación de las personas con discapacidad o especialmente vulnerables en las acciones del sistema de formación profesional para el empleo, mediante la adopción de las disposiciones y medidas que resulten necesarias y contenidos accesibles a las personas con discapacidad.

En el ámbito del **empleo público** hay que destacar la **Ley del Estatuto Básico del Empleado Público** (Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido) cuyo art.59 es

el específico sobre “Personas con discapacidad” que contempla en su apartado **1.** En las ofertas de empleo público se reservará un cupo no inferior al **siete** por ciento de las vacantes para ser cubiertas entre personas con discapacidad, considerando como tales las definidas en el apartado 2 del artículo 4 del texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por el **Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre**, siempre que superen los procesos selectivos y acrediten su discapacidad y la compatibilidad con el desempeño de las tareas, de modo que progresivamente se alcance el dos por ciento de los efectivos totales en cada Administración Pública. La reserva del mínimo del **siete** por ciento se realizará de manera que, **al menos, el dos por ciento de las plazas ofertadas lo sea para ser cubiertas por personas que acrediten discapacidad intelectual** y el resto de las plazas ofertadas lo sea para personas que acrediten cualquier otro tipo de discapacidad. Y es significativo su apartado **2.** que obliga a que cada Administración Pública adoptará las medidas precisas para establecer las adaptaciones y ajustes razonables de tiempos y medios en el proceso selectivo y, una vez superado dicho proceso, **las adaptaciones en el puesto de trabajo a las necesidades de las personas con discapacidad.**

También debemos comentar que el **Real Decreto 2271/2004, de 3 de diciembre**, regula el acceso al **empleo público** y la provisión de puestos de trabajo de las personas con discapacidad; siendo destacable que el artículo 12 permite la colaboración y cooperación con otras entidades. En concreto, la Administración fomentará la realización de convenios o contratos con personas físicas o jurídicas, incluidas las asociaciones representativas de los distintos tipos de discapacidad, que estén orientados a la realización de **proyectos de empleo con apoyo o de cualquier otro tipo**, siempre que su finalidad sea facilitar la integración en el ámbito del **sector público estatal** de las personas con discapacidad que presentan **especiales dificultades** para la plena incorporación al puesto de trabajo.

En materia de Seguridad Social, hay que resumir que esencialmente debemos tener presente la **Ley General de la Seguridad Social (LGSS)** que nos concreta a efectos de incapacidad permanente: LIMITACIONES FUNCIONALES que disminuyan o anulen su **capacidad laboral** y la calificación de la incapacidad permanente en sus **distintos grados** se determinará en función del porcentaje de **reducción** de la capacidad de trabajo:

- a. Incapacidad permanente parcial.
- b. Incapacidad permanente total.

c. Incapacidad permanente absoluta.

d. Gran invalidez.

Debemos poner especialmente atención en el **Art.193.1 LGSS** que regula que las reducciones anatómicas o funcionales existentes en la fecha de la afiliación del interesado en la Seguridad Social **no** impedirán la calificación de la situación de incapacidad permanente, cuando se trate de **personas con discapacidad** y con posterioridad a la afiliación tales reducciones se hayan agravado, provocando por sí mismas o por concurrencia con nuevas lesiones o patologías una disminución o anulación de la capacidad laboral que tenía el interesado en el momento de su afiliación

El artículo 198 regula las **compatibilidades** en el percibo de prestaciones económicas por incapacidad permanente concretando que **1.** En caso de incapacidad permanente total*, la pensión vitalicia correspondiente será **compatible** con el salario que pueda percibir el trabajador en la misma empresa o en otra distinta, siempre y cuando **las funciones no coincidan** con aquellas que dieron lugar a la incapacidad permanente total. Pero actualmente es incompatible entre la percepción del incremento llamado incapacidad permanente total cualificada y la realización de trabajos, por cuenta propia o ajena, incluidos en el campo de aplicación del sistema de la Seguridad Social. **2.** Las pensiones vitalicias en caso de incapacidad permanente absoluta o de gran invalidez no impedirán el ejercicio de aquellas actividades, sean o no lucrativas, compatibles con el estado del incapacitado y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión.

El **Artículo 366 LGSS** se refiere a la **compatibilidad** de las pensiones “**No contributivas**”: Las pensiones de invalidez en su modalidad no contributiva no impedirán el ejercicio de aquellas actividades, sean o no lucrativas, compatibles con el estado del inválido, y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo. En el caso de personas que con anterioridad al inicio de una actividad lucrativa vinieran percibiendo pensión de invalidez en su modalidad no contributiva, durante los cuatro años siguientes al inicio de la actividad, la suma de la cuantía de la pensión de invalidez y de los ingresos obtenidos por la actividad desarrollada no podrá ser superior, en cómputo anual, al importe, también en cómputo anual, de la suma del indicador público de renta de efectos múltiples, excluidas las pagas extraordinarias y la pensión de invalidez no contributiva vigentes en cada momento. En caso de exceder de dicha cuantía, se minorará el importe de la pensión en la cuantía que resulte necesaria para no sobre-

pasar dicho límite. Esta reducción no afectará al complemento previsto en el artículo 364.6.

La LGSS en su disposición adicional vigésima quinta realizaba una asimilación de las personas que **judicialmente** hayan sido declaradas incapaces al decir que, a los efectos de la aplicación de esta ley, se entenderá que están afectadas por una discapacidad en un grado igual o superior al **65** por ciento aquellas personas que judicialmente hayan sido declaradas **incapaces**. Pero, desde septiembre de 2021 debemos tener siempre en consideración la **nueva Ley 8/2021, de 2 de junio**, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (BOE del 3.6.2021).

Sobre la jubilación anticipada, hay que concretar el **Real Decreto 1851/2009**, de 4 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 161 bis de la Ley General de la Seguridad Social en cuanto a la anticipación de la **jubilación** de los trabajadores con **discapacidad** en grado igual o superior al **45%**. Pero, las **discapacidades que pueden dar lugar a la reducción de la edad de jubilación**: deben ser discapacidades en las que concurren evidencias que determinan de forma generalizada y apreciable una reducción de la esperanza de vida... contemplándose expresamente, por ejemplo, el “Daño Cerebral”

Debe considerarse importante en la práctica de la realidad diaria de muchas personas y familias el **Real Decreto 156/2013**, de 1 de marzo, por el que se regula la suscripción de **convenio especial** por las personas con discapacidad que tengan especiales dificultades de inserción laboral. Debemos destacar que, a los efectos de este real decreto, tendrán dicha consideración:

- 1.º Las **personas con Daño Cerebral**, las personas con enfermedad mental o las personas con discapacidad intelectual, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al **33** por ciento.
- 2.º Las **personas con discapacidad física o sensorial** con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al **65** por ciento.

Y, deben encontrarse inscritas en los servicios públicos de empleo como personas desempleadas demandantes de empleo por un período mínimo de seis meses, inmediatamente anteriores a la fecha de la solicitud de suscripción del convenio especial.

Este convenio facilita protección social en relación con las prestaciones de jubilación y de muerte y supervivencia.

Este capítulo también debe poner de manifiesto otros aspectos prácticos de la discapacidad en materia de protección jurídica y social. En España el grado de la discapacidad está regulador en el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del **grado de discapacidad**. A efectos del grado de discapacidad debe tenerse siempre presente, sintetizando, que lo relevante es acreditar la severidad de las **limitaciones** para las actividades.

En España no podemos olvidarnos de la existencia de la **Ley 39/2006**, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de **dependencia** que tiene mucha importancia para muchas personas con discapacidad. Debemos concretar que la dependencia se reconoce mediante **grados I, II, III**. En la dependencia se valora la capacidad para realizar las distintas actividades **de la vida diaria**. Por ello es importante tener informes sobre la salud de la persona y sobre el entorno en el que viva, -y considerando, en su caso, las ayudas técnicas, órtesis y prótesis que le hayan sido prescritas-. Hay que manifestar que el artículo 19 regula una significativa **prestación económica de asistencia personal** que tiene como finalidad la promoción de la autonomía de las personas en situación de dependencia, en cualquiera de sus grados. Su objetivo es contribuir a la contratación de una **asistencia personal**, durante un número de horas, **que facilite al beneficiario el acceso a la educación y al trabajo**, así como una vida más autónoma en el ejercicio de las actividades básicas de la vida diaria.

En la práctica cuando ya se tiene reconocida la dependencia debemos destacar que el **art.16.3 del Real Decreto 1051/2013**, de 27 de diciembre, por el que se regulan las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia permite que las Administraciones públicas competentes podrán establecer la **compatibilidad** entre los servicios de ayuda a domicilio, centro de día y de noche, prestación de cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales y asistencia personal.

Nuestro Tribunal Constitucional en su sentencia nº.3/2018, de 22 de enero de 2018 puso de manifiesto el derecho fundamental a no ser discriminado por razón -de edad- y de discapacidad (art. 14 Constitución Española) reconociendo que hay que “asegurar la prestación del servicio **asistencial adaptado** a sus necesidades de discapacidad”.

Para finalizar este capítulo y atendiendo a su importancia práctica para la protección jurídica y social de las personas con discapacidad debemos

informar que la **Ley 50/1980, de 8 de octubre**, de Contrato de Seguro contempla en su Disposición adicional cuarta la No discriminación por razón de discapacidad regulando que no se podrá discriminar a las personas con discapacidad en la contratación de seguros. En particular, **se prohíbe** la denegación de acceso a la contratación, el establecimiento de procedimientos de contratación diferentes de los habitualmente utilizados por el asegurador o la imposición de condiciones más onerosas, por razón de discapacidad, salvo que se encuentren fundadas en causas justificadas, proporcionadas y razonables, que se hallen documentadas previa y objetivamente.

2. ¿Y AHORA QUÉ? NUESTRO MOVIMIENTO ASOCIATIVO DE DAÑO CEREBRAL FEDACE PREGUNTA...

Las entidades del Movimiento Asociativo de Daño Cerebral FEDACE dentro del taller “Defensa de Derechos de las Personas con Daño Cerebral y sus Familias” nos exponen aquellas cuestiones de especial relevancia que se resuelven a continuación.

2.1 Empleo y prestaciones de incapacidad laboral

¿Una persona con un grado de incapacidad total puede pedir una revisión de grado, antes de la fecha revisable, por concurrencia de nuevas dolencias? De ser así, ¿cómo?

La Ley General de la Seguridad Social lo permite según su art.200.2.: toda resolución, inicial o de revisión, por la que se reconozca el derecho a las prestaciones de incapacidad permanente, en **cualquiera** de sus grados, o se confirme el grado reconocido previamente, hará constar necesariamente el plazo a partir del cual se podrá instar la revisión por agravación o mejoría del estado incapacitante profesional, en tanto que el beneficiario no haya cumplido la edad mínima establecida en el artículo 205.1.a), para acceder al derecho a la pensión de jubilación. Este plazo será vinculante para todos los sujetos que puedan promover la revisión; pero, no obstante lo anterior, si el pensionista de incapacidad permanente estuviera ejerciendo cualquier trabajo, por cuenta ajena o propia, el Instituto Nacional de la Seguridad Social podrá, de oficio o a instancia del propio interesado, promover la revisión, con independencia de que haya o no transcurrido el plazo señalado en la resolución. Y, las revisiones fundadas en error de diagnóstico podrán llevarse a cabo **en cualquier momento**, en tanto el interesado no haya cumplido la edad de jubilación.

Se puede solicitar gratuitamente ante cualquier oficina del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) o por medio de la web oficial del INSS

¿Quién y cómo se valoran los rendimientos de un trabajador con incapacidad permanente parcial o total para la adaptación del puesto de trabajo?

En general, esto es un tema que corresponde a la prevención de riesgos laborales del empleador (depende de cada empresa), ya que sería el caso de trabajador especialmente sensible (art. 25 Ley Prevención de Riesgos Laborales), siendo obligación empresarial y en caso de incumplimiento se puede denunciarse ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Complementariamente, hay servicios públicos de salud con especialidad de Medicina del Trabajo que pueden ayudar a estos efectos.

En caso de que el empresario no tenga los conocimientos para la adaptación del puesto de trabajo de una persona con incapacidad permanente parcial o total, ¿quién debe hacerlo?

Es una obligación del empleador en materia de prevención de riesgos laborales que depende de cada empresa.

¿Cuándo se exige período previo de cotización para la incapacidad permanente?

La LGSS expresamente contempla en su art. 195.1. que no será exigido ningún período previo de cotización en caso de accidente, sea o no laboral, o enfermedad profesional.

Pero, en cambio, sí se exige en resto de casos; es decir, enfermedad común.

¿Cuándo a una persona se le concede una incapacidad permanente total se determina explícitamente que tipo de funciones o trabajos no puede desempeñar o simplemente se determina que no puede desempeñar su profesión habitual, pero si cualquier otra?

La resolución de la Seguridad Social se limita a indicar la profesión que era habitual de la persona y la prestación reconocida.

Una persona con Daño Cerebral que nunca ha trabajado ¿cómo se determina si puede trabajar o no y a qué tipo de trabajos puede acceder? ¿Tendría derecho a alguna prestación económica?

Siempre es recomendable tramitar el grado de discapacidad y existen servicios oficiales del grado de discapacidad.

Toda persona que cumpla los requisitos de la Ley General de la Seguridad Social puede tener derecho a una pensión no contributiva de incapacidad siempre que al menos tenga en todo caso un grado de discapacidad del 65%, siendo estas prestaciones gestionadas por cada Comunidad Autónoma en la que resida la persona solicitante.

La legislación sobre prevención de riesgos laborales es la que obliga a cada empresa respecto a qué trabajos puede un trabajador realizar o no o realizar con adaptaciones o restricciones.

2.2 La vuelta al trabajo tras el Daño Cerebral.

Si existe desacuerdo entre empresa y empleado con incapacidad parcial para la incorporación a un nuevo puesto de empleo dentro de la empresa tras su lesión. ¿Debe incorporarse forzosamente a ese nuevo empleo? ¿Quién decide y valora la incorporación?

Si el trabajador no acredita una situación de incapacidad temporal u otra causa legalmente justificada sí debe incorporarse al trabajo mientras no cambie su situación oficialmente porque precisamente la incapacidad parcial no es incapacitante respecto a las funciones fundamentales de su puesto de trabajo ya que este grado es compatible con la realización de las tareas fundamentales. Esto debe solucionarse con la intervención de prevención de riesgos laborales

siendo obligación de la empresa. En caso de no ir a trabajar puede ser despedido el trabajador por despido disciplinario o sancionado. Hay convenios colectivos de trabajo que regulan algunos aspectos. El trabajador en todo caso puede denunciar ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social si considera que se incumple la prevención de riesgos laborales como trabajador especialmente sensible.

¿Es posible la reincorporación progresiva tras un Daño Cerebral? En caso de ser posible, ¿cómo debe gestionarse?

No existe en las leyes ninguna previsión a estos efectos. En todo caso, es un tema a gestionar por prevención de riesgos laborales según cada caso concreto.

Ahora bien, por ejemplo, si se reconoce una incapacidad permanente total revisable por posible mejoría la empresa debe reservar el puesto de trabajo durante un mínimo de 2 años.

¿Cuál es el tiempo máximo que tiene una empresa para adaptarse a las necesidades de un trabajador con Daño Cerebral?

No existe regulación legal sobre este tiempo más allá de la regulación general de la LGD que contempla en su Art. 40.2 que **los empresarios están obligados** a adoptar las medidas adecuadas para la **adaptación del puesto de trabajo** y la accesibilidad de la empresa, **en función de las necesidades de cada situación concreta**, con el fin de permitir a las personas con discapacidad acceder al empleo, desempeñar su trabajo, progresar profesionalmente y acceder a la formación, **salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario**.

¿Se considera accidente laboral si este se produce en la vuelta a casa después de una jornada de trabajo?

En general, sí sería un caso de accidente de trabajo in itinere siempre que no se haya desviado injustificadamente de la ruta habitual empleada.

¿Cuáles son las empresas que deben tener como mínimo un 2% de personas con discapacidad?

La Ley General de Discapacidad (LGD) lo contempla en su art. 42: las empresas públicas y privadas que empleen a un número de **50** o más trabajadores vendrán obligadas a que de entre ellos, al menos, el **2%** sean trabajadores **con discapacidad**. El cómputo mencionado anteriormente se realizará sobre la plantilla total de la empresa correspondiente, cualquiera que sea el número de centros de trabajo de aquélla y cualquiera que sea la forma de contratación laboral que vincule a los trabajadores de la empresa. Igualmente se entenderá que estarán incluidos en dicho cómputo los trabajadores con discapacidad que se encuentren en cada momento prestando servicios en las empresas públicas o privadas, en virtud de los contratos de puesta a disposición que las mismas hayan celebrado con empresas de trabajo temporal. Pero, de manera excepcional, las empresas públicas y privadas podrán quedar exentas de esta obligación, de forma parcial o total, bien a través de acuerdos recogidos en la negociación colectiva sectorial de ámbito estatal y, en su defecto, de ámbito inferior, a tenor de lo dispuesto en el artículo 83. 2 y 3 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, bien por opción voluntaria del empresario, debidamente comunicada a la autoridad laboral, y siempre que en ambos supuestos se apliquen las medidas alternativas.

¿Las empresas también están obligadas a realizar adaptaciones del puesto de trabajo a personas con secuelas de tipo cognitivo (problemas de memoria, lenguaje, atención, funciones ejecutivas...)?

Aunque no se acredite un grado de discapacidad del 33% se debe cumplir con el art. 25 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales respecto de las personas trabajadores especialmente sensibles.

2.3. Prestaciones Seguridad Social y Daño Cerebral

¿El Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio, para la aplicación y desarrollo, en el sistema de la Seguridad Social, de la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave, tiene entre sus requisitos que los dos cónyuges trabajen. ¿Si uno de ellos está en paro (pueda o no pueda atender al menor) el otro cónyuge no puede acogerse a este derecho?

Debe tenerse presente la LGSS que afirma en su art. 191 que 1. para el acceso al derecho a la prestación económica de cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave, se exigirán los mismos requisitos y en los mismos términos y condiciones que los establecidos para la prestación de maternidad. 2. Cuando concurren en ambos progenitores, adoptantes, guardadores con fines de adopción o acogedores de carácter permanente, las circunstancias necesarias para tener la condición de beneficiarios de la prestación, **el derecho a percibirla solo podrá ser reconocido a favor de uno de ellos.**

En todo caso, la respuesta está en el art. 7.3.c) del Real Decreto 1148/2011 alerta que es causa de extinción de este subsidio precisamente cuando una de las personas progenitoras, adoptantes o acogedoras del menor cese en su actividad laboral, sin perjuicio de que cuando ésta se reanude se pueda reconocer un nuevo subsidio si se acredita por la persona beneficiaria el cumplimiento de los requisitos exigidos y siempre que el menor continúe requiriendo el cuidado directo, continuo y permanente

¿Para ser designado cuidador no profesional de un familiar según el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, es necesario que el cuidador no esté dado de alta en la Seguridad Social en ningún régimen a tiempo completo ni en el desempleo? ¿No se puede compatibilizar la actividad laboral con el cuidado?

La redacción vigente del Real Decreto 615/2007, de 11 de mayo, por el que se regula la Seguridad Social de los cuidadores de las personas en situación de dependencia indica que no podrá beneficiarse del convenio especial de Seguridad Social el cuidador no profesional que siga realizando o inicie una actividad profesional por

la que deba quedar incluido en el sistema de la Seguridad Social ni existirá la obligación de suscribir convenio especial en los supuestos en que el cuidador se encuentre percibiendo la prestación de desempleo, o cuando tenga la condición de pensionista de jubilación o de incapacidad permanente o, de tratarse de pensionista de viudedad o en favor de familiares, cuando tenga 65 o más años. No existirá la obligación de suscripción del convenio especial por los períodos en que el cuidador no profesional esté disfrutando de los periodos de excedencia laboral en razón de cuidado de familiares, que tengan la consideración de periodos de cotización efectiva.

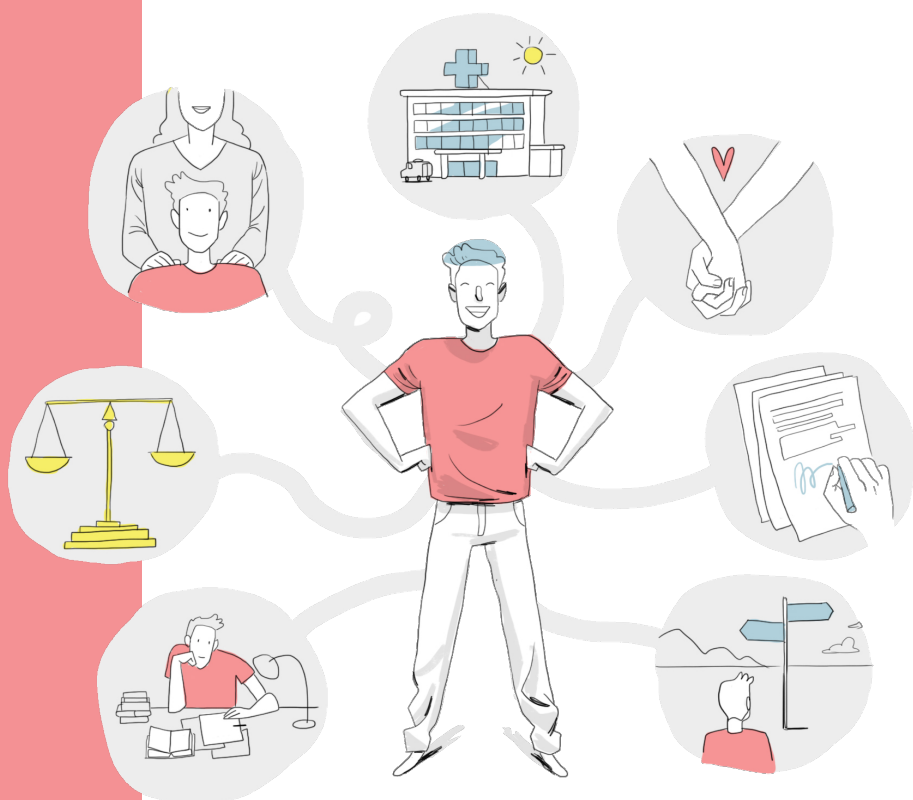
Ahora bien, en los casos en que, como consecuencia de la realización de los cuidados no profesionales, el cuidador haya de reducir su jornada de trabajo y la correspondiente retribución, en los términos previstos en la legislación laboral o de función pública que sea de aplicación, el convenio especial se aplicará en orden al mantenimiento de la base de cotización.

El “Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio, para la aplicación y desarrollo, en el sistema de la Seguridad Social, de la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave” solo se aplica a los menores de 18 años, pero en muchas ocasiones al cumplir esa edad las personas con Daño Cerebral siguen necesitando los mismos cuidados que antes y su padre o su madre tienen que seguir atendiéndole. ¿Qué se puede hacer llegado el caso? Teniendo en cuenta la “Sentencia nº 18/2019 de 17 de enero del juzgado de lo Social nº 2 de Madrid que reconoce el derecho del progenitor a seguir recibiendo la prestación de la Seguridad Social al cumplir el menor 18 años”.

En todo caso, a efectos laborales, el art. 37.6 del ET reconoce el derecho a una reducción de la jornada de trabajo diaria, con la disminución proporcional del salario entre, al menos, un octavo y un máximo de la mitad de la duración de aquella para quien precise encargarse del cuidado directo de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo, y que no desempeñe actividad retribuida. A partir de 18 años se puede solicitar una pensión no contributiva por invalidez siempre que se acredite al menos 65% de grado de discapacidad y se cumplan requisitos de renta familiar (a tramitar en cada Comunidad Autónoma).

Capítulo 2

Familia y crisis convivenciales



Capítulo 2

Familia y crisis convivenciales



1. Introducción

2. Dudas más frecuentes

3. Disposiciones transitorias

FAMILIA Y CRISIS CONVIVENCIALES

1. INTRODUCCIÓN

Tradicionalmente se ha distinguido entre la capacidad jurídica, aptitud para ser titular de derechos y obligaciones y la capacidad de obrar, aptitud para realizar válida y eficazmente actos jurídicos, para ejercitar derechos y asumir obligaciones.

La **Convención de los Derechos de las personas con Discapacidad** se refiere exclusivamente a la capacidad jurídica que engloba asimismo la capacidad de obrar, de manera que la persona no sólo es titular de derechos y obligaciones, sino que además tiene capacidad para ejercitar derechos y asumir obligaciones. Por lo que una persona a los 18 años se presume que tiene plena capacidad, salvo que se modifique su capacidad mediante resolución judicial.

La **Ley 8/2021**, que ha entrado en vigor el 3 de septiembre del presente año, supone una importante reforma en nuestra legislación en el ejercicio de la capacidad jurídica por parte de las personas con discapacidad.

La filosofía de la nueva ley es clara:

- Frente al paternalismo / Respeto a la autonomía de la persona.
- Frente a la prevalencia de los apoyos judiciales / Prevalencia de las medidas voluntarias de apoyo e informales de guarda de hecho, ostentando las medidas judiciales un carácter subsidiario en defecto e insuficiencia de las anteriores.
- Dentro de las medidas judiciales, frente al sistema de sustitución por medio de la tutela / Generalización de la curatela como medida de asistencia, apoyo y ayuda, excepcionalmente representativa.
- Frente a la necesidad de la sentencia declarando modificación de la capacidad/ Para la provisión judicial de apoyos no se precisa ningún pronunciamiento previo sobre la capacidad de la persona.

- Frente a la prevalencia del procedimiento contradictorio / Preferencia de la jurisdicción voluntaria (art. 42 bis a, b y c de la LJV) en la provisión judicial de apoyos.

Dentro del actual sistema de apoyos podemos distinguir (art., 250 CC):

a. Como sistemas de apoyo voluntarios:

- El traje a medida hecho en Escritura Pública, para uno o varios actos, estableciendo su funcionamiento y las salvaguardias.
- Los poderes preventivos con cláusula de subsistencia.
- Y la autotutela.

b. Como sistemas de apoyo judiciales:

- El defensor judicial y la tutela.

c. Y como sistemas de apoyo informales:

- La guarda de hecho.

Se pretende desjudicializar el día a día de las personas con discapacidad exigiendo los ajustes razonables a fin de que las personas con discapacidad ejerciten su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás.

Las personas que presten apoyo a las personas con discapacidad deberán actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quién lo requiera. Le ayudará en el proceso de la toma de decisiones; e intentarán que pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro.

Hay que destacar que sería necesaria la **asistencia jurídica** gratuita en todos los casos que afecten a las personas con discapacidad en sede de jurisdicción voluntaria a través del turno de oficio especializado que sin embargo no está previsto.

Existen problemas con la legislación foral (Aragón, Cataluña y Navarra) que recogen figuras contrarias a la nueva ley, por ello debería revisarse también la ley personal.

¿Qué es un apoyo? Lo conforman todo tipo de actuaciones: el acompañamiento amistoso, la ayuda técnica en la comunicación de declaraciones de voluntad, la ruptura de barreras arquitectónicas y de todo tipo, el consejo, o incluso la toma de decisiones delegadas. De las medidas de apoyo podrá beneficiarse cualquier persona que las precise, con inde-

pendencia de si su situación de discapacidad ha obtenido algún reconocimiento administrativo o no.

La función de las instituciones de apoyo consistirá en asistir a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica en los ámbitos en los que sea preciso, respetando su voluntad, deseos y preferencias.

Las medidas de apoyo adoptadas serán revisadas periódicamente, a través de un expediente de jurisdicción voluntaria, en un **plazo máximo de tres años**, y en todo caso, ante cualquier cambio en la situación de la persona que pueda requerir una modificación de dichas medidas.

• 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 y con sus necesidades de apoyo. En ningún caso **podrá incluir la sentencia la mera prohibición de derechos**, como regla general tiene una función de apoyo, atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad.

En casos excepcionales, cuando pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona, las **instituciones de apoyo podrán asumir funciones representativas**. En este caso, en el ejercicio de esas **funciones se deberá tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores**, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que hubiera adoptado la persona en caso de no requerir representación.

La autoridad judicial constituirá la curatela cuando NO exista otra medida de apoyo suficiente para la persona con discapacidad y determinará los actos para los que la persona requiera la intervención del curador, atendiendo a sus concretas necesidades de apoyo. Sólo en los casos excepcionales en los que resulte imprescindible por las circunstancias de la persona con discapacidad, la autoridad judicial determinará los actos en los que el curador habrá de asumir la representación-sustitución de la persona con discapacidad.

En la resolución que constituya la curatela, la autoridad judicial, para evitar los abusos, los conflictos de intereses y la influencia indebida, podrá exigir en cualquier momento al **curador que, en el ámbito de sus fun-**

ciones, informe sobre la situación personal o patrimonial de aquélla, así como establecer medidas de supervisión. Asimismo, el Ministerio Fiscal podrá recabar en cualquier momento la información que considere necesaria a fin de garantizar el buen funcionamiento de la curatela.

- **LA AUTOCURATELA**

Se percibe como otra posibilidad de manifestación de la autonomía individual, consiste en **decidir sobre el nombramiento o la exclusión de una o varias personas determinadas para el ejercicio, en su caso, de la función de curador**. Las características de su régimen legal se recogen en los arts. 271 y siguientes del Código Civil.

Como escribe **Fábrega Ruiz** “nadie más legitimado para regular sus mecanismos de protección para el futuro que una persona que aún conserva su capacidad”.

- **LA GUARDA DE HECHO:**

Es la **más informal de las instituciones de apoyo**. 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 realidad demuestra que en muchos supuestos la persona con discapacidad está adecuadamente asistida o apoyada en la toma de decisiones y el ejercicio de su capacidad jurídica por un guardador de hecho –generalmente un familiar, pues la familia sigue siendo en nuestra sociedad el grupo básico de solidaridad y apoyo entre las personas que la componen, especialmente en lo que atañe a sus miembros más vulnerables–, que no precisa de una investidura judicial formal que la persona con discapacidad tampoco desea. Para los casos en que se requiera que el **guardador realice una actuación representativa, se prevé la necesidad de que obtenga una autorización judicial ad hoc**, de modo que no será preciso que se abra todo un procedimiento general de provisión de apoyos, sino que será suficiente con la autorización para el caso, previo examen de las circunstancias, pues, si la guardia de hecho funciona, si la persona está protegida y sin riesgo de sufrir abusos **¿qué necesidad existe de iniciar un procedimiento judicial de determinación de apoyos, sometiendo a la persona con discapacidad a un procedimiento judicial que se dilata en el tiempo?**

Esta guarda de hecho se encuentra hoy en día **regulada en los arts. 263 y ss. del CC**. Esta figura **viene a sustituir**, en cierta medida, a la patria potestad prorrogada.

Se requiere **intervención judicial** para acreditar la **representación y para prestar consentimiento en los actos que impliquen riesgo para la vida**, la integridad física o la libertad de la persona a su cuidado, cuando ésta no pueda prestarlo.

Se establece que no será necesaria autorización judicial cuando el guardador solicite una prestación económica a favor de la persona con discapacidad, pero se introduce la salvaguarda de que la prestación no suponga un cambio significativo en la forma de vida de la persona. También se **exime de autorización judicial** cuando se trate de realizar actos jurídicos sobre bienes que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar. Los actos realizados por el guardador relativos a la persona a la que presta su apoyo o a los bienes de ésta no podrán ser impugnados si redundan en su utilidad. El juez puede requerir al guardador de hecho en cualquier momento, de oficio o a instancia de cualquier interesado, para que **informe de su actuación y establecer las salvaguardias que estimen necesarias**, y le podrá exigir que rinda cuentas. La autoridad judicial podrá nombrar un defensor judicial para aquellos asuntos que por su naturaleza lo exijan.

El guardador tiene derecho al reembolso de los gastos y a la indemnización de daños a cargo de los bienes de la persona a la que presta apoyo.

• EN CASOS EXTRAORDINARIOS DE URGENCIA

En casos extraordinarios de urgencia de cuando la persona con discapacidad se encuentre en una situación que exija apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica y carezca de un guardador de hecho, el apoyo se prestará de modo provisional por la entidad pública que en la respectiva comunidad autónoma tenga encomendada esta función. La entidad dará conocimiento de la situación al ministerio fiscal en el plazo de 24 horas.

• EL TRAJE A MEDIDA:

Para actos concretos, tanto de presente como de futuro, en previsión o apreciación de la necesidad de medidas de apoyo relativas a su persona o bienes, la persona con discapacidad debería elaborar un **plan individualizado de apoyo** como en el ámbito laboral, de la educación, configurándolo conforme a su propia voluntad, deseos y concepciones de

la vida, fijando su régimen de actuación. De esta forma, será la persona con discapacidad la que valore las actitudes de disponibilidad, empatía, afecto, cercanía y solicitud, que son tan importantes para acompañarla y proveerla de los apoyos necesarios.

En este sentido se enmarca lo dispuesto en el **art. 254 del CC.**, que dispone que cuando se prevea en los dos años anteriores a la mayoría de edad (16 años) que una vez alcance ésta va a precisar apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica, la autoridad judicial podrá acordar, a petición: del menor, de los progenitores, del tutor o del ministerio fiscal, si lo estiman necesario la adopción de las medidas de apoyo que corresponda cuando concluya la minoría de edad. Estas medidas se adoptarán si el mayor de 16 años no ha hecho sus propias previsiones para cuando alcance la mayoría de edad. Si las hubiere hecho, se dará participación al menor en el proceso para atender su voluntad, deseos y preferencias.

- **EL DEFENSOR JUDICIAL (arts. 250 VI y 295.5º del CC)**

Cuando la persona con discapacidad requiera el establecimiento de medidas de apoyo con carácter ocasional, aunque sea recurrente, se nombrará un defensor judicial.

En tal caso, en el nombramiento se podrá dispensar al defensor judicial de la venta en subasta pública, fijando un precio mínimo, y de la aprobación judicial posterior de los actos. El defensor judicial, una vez realizada su gestión, deberá rendir cuentas de ella (art. 298 CC).

La nueva ley prevé mecanismos tuitivos de control de las medidas de apoyo acordadas a favor de las personas que presenten discapacidad. A través de ellas, se pretende prevenir abusos e influencias indebidas sobre la voluntad de la persona que presente discapacidades. Especialmente proclives a sufrir presiones de tal naturaleza se encuentran las personas mayores según las deficiencias de las que adolezcan.

- **LAS SALVAGUARDIAS:**

Se podrán constituir de forma voluntaria por la propia persona necesitada de apoyos. También, se podrán fijar por las que realicen a favor de la persona con discapacidad disposiciones a título gratuito conforme al art. 251 CC. Otras veces serán acordadas por la autoridad judicial, que de oficio a solicitud del Ministerio Fiscal o de cualquier interesado podrá establecer medidas de control en el caso de la guarda de hecho, a través de un expediente de jurisdicción voluntaria.

Cuando concurren conflictos de intereses se nombrará defensor judicial.

Podrán ser anulados los contratos celebrados por personas con discapacidad provistas de medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad de contratar prescindiendo de dichas medidas cuando fueran precisas (art. 1.302 CC).

• **INTERNAMIENTOS INVOLUNTARIOS:**

Si bien es uno de los temas que no han sufrido modificación en la reforma de la legislación civil en materia de discapacidad, hay que destacar que es vital que a los usuarios de los centros se les informe de la necesidad de solicitar siempre la asistencia de un Letrado cuando se encuentren ante un Juez. Empezando con la información desde la base, entre todos evitaremos las tan indeseadas situaciones de indefensión de las personas con discapacidad a las que asistimos.

La persona afectada por la medida de internamiento **podrá** disponer de representación y defensa en los términos señalados en el artículo 758 de la presente Ley. Es decir, estamos ante una situación potestativa (podrá). El sistema de postulación es el siguiente: se le informa al presunto internado del derecho que le asiste a la defensa letrada. Si no la solicita, ni tan siquiera de oficio, porque no lo desea o porque no comprende su Derecho, será el Ministerio Fiscal el encargado de defender sus intereses, salvo que éste sea el promotor de la causa, en cuyo caso se procederá al nombramiento de un defensor judicial, que será quien determine si solicita o no la asistencia letrada.

• **RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL DELITO:**

La responsabilidad civil de las personas con discapacidad presenta dos manifestaciones diferentes.

(Art. 116.1 del Código Penal) Toda persona criminalmente responsable de un delito lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios. Si bien, (art. 118.1. 1ª del C.P.) la exención de la responsabilidad criminal declarada en los números 1.º, 2.º, 3.º, 5.º y 6.º del artículo 20, no comprende la de la responsabilidad civil. En los casos de los números 1.º y 3.º, son también responsables por los hechos que ejecuten los declarados exentos de responsabilidad penal quienes los tengan bajo su potestad o guarda legal o, de hecho, siempre que haya mediado culpa o negligencia por su parte y sin perjuicio de la responsabilidad civil directa que pudiera corresponder a los imputables. En resumen, no hay

exención de responsabilidad civil para las personas con discapacidad cuando éstas cometen un delito y se les declara exentos de responsabilidad criminal.

La responsabilidad civil puede alcanzar incluso a las personas encargadas de la guarda de hecho de los declarados exentos de responsabilidad penal y a las personas que a éstas prestan los apoyos, en dos casos concretos: presentar una anomalía o alteración psíquica que le impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión; o tener alterada gravemente la conciencia de la realidad, por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia. Y siempre que se pruebe la existencia de culpa o negligencia en el desarrollo de la guarda de hecho o en la prestación de los apoyos. En principio, y hasta la reforma, había que excluir al curador, ya que éste no representaba al sujeto en esta figura, ni actuaba por él, sólo completaba su capacidad en ciertos actos concretos (salvo que se trate de supuestos sujetos a la curatela representativa). Sin embargo, y al incluirse también en la reforma nacida de la **Ley 8/2021** como responsables civiles a los guardadores de hecho y a los prestadores de apoyos (**Arts. 118 y 120 del Código Penal**), consideramos que también los curadores serán considerados responsables civiles en los términos ya indicados, pues en la reforma operada se habla literalmente de “quienes ejerzan su apoyo legal o de hecho”, lo que engloba a priori todas las figuras de apoyo a las personas con discapacidad, tanto las figuras voluntarias como las judiciales.

- **LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL (art. 1902 del CC.)**

El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado. La responsabilidad civil extracontractual también puede exigirse, no sólo a quien causa el daño, sino también a las personas que tienen la responsabilidad legal de velar por otras. La justificación de esta responsabilidad es porque el mecanismo de guarda ha fallado (culpa invigilando) y por eso la responsabilidad directa de quienes tienen la obligación de cuidarlo y por cuyo incumplimiento se produjo el daño.

Sin embargo, esta responsabilidad cesará en todos estos casos cuando los responsables prueben que emplearon toda la diligencia posible (la de un buen padre de familia, dice el C.C.) para prevenir el daño.

En cuanto a la responsabilidad subsidiaria de la persona con discapacidad, con su propio patrimonio. La mayor parte de la doctrina sostiene

ne que, en caso de inexistencia de guardadores legales, insolvencia de éstos o si se acredita que actuaron con la diligencia debida, deberá ser el patrimonio del incapaz el que soporte la reparación del daño, pero en la práctica y ateniéndonos a las sentencias dictadas por los juzgados y tribunales, es difícil afirmar la responsabilidad subsidiaria del incapaz.

En cuanto a los centros docentes (y por extensión los ocupacionales e incluso residenciales), en nuestro ordenamiento jurídico se habla de la responsabilidad de los centros docentes por los actos realizados por los menores que acuden a ellos. Esta situación se podría asimilar a aquellas personas mayores de edad que acuden a centros de educación especial o se encuentran residiendo en ellos. La Jurisprudencia es rigurosa y establece que el centro responde mientras el menor o persona con discapacidad se halle bajo su vigilancia o cuidado, aun cuando las clases hubieran concluido y se encontraran en el recreo, esperando pasar al comedor, o ser recogidos por sus padres. El fundamento de la responsabilidad civil proviene de la culpa in vigilando, pues se entiende que los padres o guardadores las delegan en el centro, desde el momento en que los menores acceden al mismo hasta que se produce la salida ordenada, pues tampoco consta que el centro escolar de referencia tuviera permitido el abandono de las instalaciones... (STS 15-12-1.994).

2. DUDAS MÁS FRECUENTES:

Actualmente, hemos de cambiar la perspectiva, en primer lugar, hay que atender a las posibles previsiones que hubiera hecho la propia persona con discapacidad, en defecto de éstas, habría que atender a su voluntad, deseos y preferencia y en último término a su trayectoria vital.

Antes de acudir a la **vía judicial en busca del nombramiento de curador hay que atender a la posible existencia de un guardador legal o al nombramiento de un defensor judicial para determinados actos concretos, aunque sean recurrentes.**

La curatela es la forma más intensa de protección y apoyo, sólo cuando no exista otra medida de apoyo debe acudirse a la misma buscando determinarse aquellos actos en los que sea necesario, previéndose como excepción a la excepción la denominada curatela representativa.

Se admite el **nombramiento de más de un curador si la voluntad y necesidades de la persona que precisa el apoyo lo justifican.** Cuando la curatela sea confiada a varias personas se establecerá el **modo de funcionamiento, respetando la voluntad de la persona que precisa el apoyo.**

Dentro del **procedimiento en sede judicial**, antes se hablaba de la audiencia de la persona con discapacidad, ahora se habla de entrevista de manera que cobra mayor importancia su voluntad, deseos y preferencias, el derecho a ser oído es imperativo. Antes la **resolución se basaba fundamentalmente en el informe del médico forense**, ahora **se necesita un dictamen pericial multidisciplinar, sanitario, social, psicológico**. Antes se atendía al interés de la persona con discapacidad, ahora a su voluntad, deseos y preferencias.

Se considera como **juzgado competente el juzgado de 1ª instancia del domicilio de la persona con discapacidad** conforme a la doctrina del TS, de manera que no siempre conoce el juzgado que en un pasado modificó la capacidad de la persona con discapacidad.

3. EN CUANTO A LAS DISPOSICIONES TRANSITORIAS:

El manejo inicial del Daño Cerebral en la infancia se basa en intentar mejorar el pronóstico, por lo tanto, es fundamental impedir que la lesión inicial evolucione a un Daño Cerebral secundario e irreversible debido al efecto de la hipoxia y la isquemia. Para conseguir esto, son fundamentales dos aspectos; **conseguir un diagnóstico y tratamiento precoz y específico y al mismo tiempo instaurar medidas de neuroprotección**. Este manejo se basa en guías de práctica clínica específicas para cada patología (ictus, status, TCE...), muchas veces basadas en la experiencia de unidades de adultos sin olvidar que la respuesta de los menores es diferente, inmadura y con necesidades específicas.

La **D.T.1ª** establece la ineficacia de futuro de las privaciones de derechos o de su ejercicio relativas a las personas con discapacidad quedarán sin efecto.

La **D.T. 2ª** establece un régimen provisional, no una conversión ex lege, de las figuras de protección del sistema anterior hasta su obligatoria revisión judicial. En este sentido:

- A los tutores se les aplicarán las normas de los curadores representativos.
- A los curadores de los emancipados las normas del defensor judicial del menor.
- A quienes ostenten la patria potestad prorrogada o rehabilitada continuarán en su ejercicio hasta la revisión judicial prevista en la disposición transitoria 5ª.

La **D. T. 3ª** establece la necesidad de adaptar los poderes preventivos otorgados con anterioridad, así como las previsiones de autotutela se entenderán referidas a la autocuratela.

La **D.T. 4ª** establece la conversión de la anterior sustitución ejemplar (que se denominaba el “testamento” de la persona con capacidad modificada hecha por el progenitor) en una sustitución fideicomisaria de residuo.

Y la **D.T 5ª** que establece un plazo de 1 año desde la solicitud de revisión de las personas con la capacidad judicialmente modificada para adaptar las anteriores figuras de protección a las actuales medidas de apoyo y un plazo de 3 años para su revisión de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal.

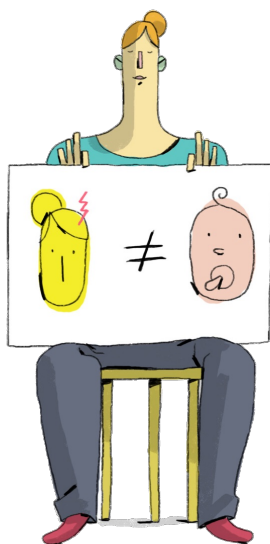
Regulación legal conjunta:

- Procedimiento: L.E.C., y Ley 15/2015 de jurisdicción voluntaria.
- El Código Civil.
- La ley 41/2.003 sobre patrimonio protegido.
- La ley 8/2.021, 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.

Capítulo 3

Capacidad jurídica. Toma de decisiones y apoyos

TENGO
mi
propio
CRITERIO



Y
también
VALE

Capítulo 3

Capacidad jurídica. Toma de decisiones y apoyos



1. Introducción

2. ¿Y ahora qué?

Nuestro Movimiento Asociativo de Daño Cerebral FEDACE pregunta

CAPACIDAD JURÍDICA. TOMA DE DECISIONES Y APOYOS

1. INTRODUCCIÓN

Con la aprobación de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, nuestro país da cumplimiento al artículo 12 de la Convención de la ONU de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad (CDPD) que entró en vigor en 2008.

Se trata de un nuevo modelo que acoge el paradigma de los apoyos y el ejercicio de derechos en condiciones de igualdad con los demás. Basta recordar el principio consagrado en el artículo 3 de la CDPD “el respeto a la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones y la independencia de la persona”

La piedra angular de la reforma radica en que queda proscrita la incapacitación y se reconoce que las personas con discapacidad **tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones** con el resto de los hombres y mujeres, en todos los aspectos de la vida.

Los principios fundamentales de la reforma son:

- Se elimina la **incapacitación o modificación de la capacidad como forma de protección**, desapareciendo la tutela de las personas con discapacidad.
- Todas las **personas tienen capacidad jurídica en condiciones de igualdad con los demás**. Salvo supuestos excepcionalísimos reservados a la autoridad judicial, nadie podrá sustituir a la persona en su toma de decisiones.
- Se reconoce el **derecho a la provisión de apoyos necesarios para el ejercicio de la capacidad jurídica** en condiciones de igualdad con los demás.

- Las medidas de apoyo que reconoce el Código Civil son, además de las de carácter voluntario, la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial. La finalidad de todas ellas es el apoyo y la asistencia de la persona y el necesario respeto a su voluntad, deseos y preferencias.
- La función de las medidas de apoyo consistirá en asistir a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica en los ámbitos en los que sea preciso, respetando su voluntad, deseos y preferencias.
- Las medidas de apoyo de carácter voluntario son preferentes, así adquieren especial importancia los poderes y mandatos preventivos, la autotutela, y se regula la designación o acuerdos de apoyo en escritura pública como medio preferente para establecer sistemas de apoyo conforme a la voluntad, deseos y preferencias de la persona.
- Cualquier medida de apoyo voluntaria podrá ir acompañada de las salvaguardas necesarias para garantizar en todo momento y ante cualquier circunstancia el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona, así como para evitar la influencia indebida, el abuso de derecho o el conflicto de intereses.
- Las de origen legal o judicial solo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate.
- La guarda de hecho es una medida informal de apoyo que puede existir cuando no haya medidas voluntarias o judiciales que se estén aplicando eficazmente.
- La curatela es una medida formal de apoyo que se aplicará a quienes precisen el apoyo de modo continuado. Con carácter general será asistencia y solo en supuestos excepcionales puede ser de carácter representativo.
- El defensor judicial como medida formal de apoyo procederá cuando la necesidad de apoyo se precise de forma ocasional, aunque sea recurrente.
- La autoridad judicial podrá establecer las medidas de control que estime oportunas para garantizar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona que precisa el apoyo, así como para evitar los abusos, los conflictos de intereses y la influencia indebida.

¿Qué significa para las personas con discapacidad y sus familias?

Antes de la reforma el único mecanismo que reconocía la ley cuando una persona con discapacidad necesitaba asistencia o apoyo para ejercitar un derecho era la incapacitación de ésta que suponía paradójicamente la privación de la posibilidad de ejercitar sus derechos:

Así después de un procedimiento donde con carácter general los familiares demandaban a la persona con discapacidad ésta veía como se modificaba su estado civil pasando al de INCAPACITADO y quedando sometido a un sistema de guarda y protección que consistía en el nombramiento de un tutor o en el mejor de los casos de un curador.

La llamada guarda o protección solo se desplegaba favor del incapacitado, no a favor de la persona con discapacidad, buscando la protección de su patrimonio, no de la persona, y sin ninguna finalidad de integración y fomento de la autonomía ni desarrollo personal.

Y se actuaba como si, en general, las personas con discapacidad formaran un colectivo homogéneo, como si todas las personas con discapacidad, especialmente intelectual o psicosocial precisaran del mismo trato.

El principio de la preferencia a los apoyos voluntarios: un profundo cambio.

Se recoge este principio como vertebrador de las medidas de apoyo permitiendo a la persona con discapacidad **“hacerse su traje a medida con las debidas garantías”** garantizándose el respeto a sus deseos voluntad y preferencias y evitando la influencia indebida, el abuso o el conflicto de intereses.

Las medidas voluntarias se regulan en los **artículos 254** y siguientes señalando el **artículo 255** que se “podrá prever o acordar en escritura pública medidas de apoyo relativas a su persona o bienes” añadiendo que “Asimismo, podrá prever las medidas u órganos de control que estime oportuno, las salvaguardas necesarias para evitar abusos, conflicto de intereses o influencia indebida y los mecanismos y plazos de revisión de las medidas de apoyo, con el fin de garantizar el respeto de su voluntad, deseos y preferencias”

Las de origen judicial solo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate y se opta por el cauce de la jurisdicción voluntaria de manera preferente, considerando de manera esencial la participación de la propia persona, facilitando que pueda expresar sus preferencias e interviniendo activamente adoptando los ajustes razonables que en cada momento sean necesarios.

La asistencia y apoyo a las personas con discapacidad por fin se desvincula de la restricción de sus derechos: queda proscrita la incapacitación.

Cuando esas medidas de apoyo requieran ser formalizadas tendrán la posibilidad de acudir a la vía notarial, y en la vía judicial ya no habrá con carácter general demandante y demandado sino un procedimiento de provisión de apoyos en sede de jurisdicción voluntaria.

Además, se refuerza la guarda de hecho, medida de apoyo informal que está extendida en toda España. El guardador de hecho es aquel que en el día a día da apoyo y asistencia a la persona que lo necesita, señalando la nueva ley que en el caso en que sea necesario realizar alguna actuación representativa bastará solicitar la correspondiente autorización judicial.

No se olvida el legislador de los supuestos en los que sería necesario un apoyo intenso al señalar el artículo 249 que sólo “En casos excepcionales, cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona, las medidas de apoyo podrán incluir funciones representativas. En este caso, en el ejercicio de esas funciones se deberá tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación”.

Quedan reservados estos supuestos en los que no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona a la autoridad judicial, quien en todo caso deberá basarse en lo que se ha denominado por la doctrina de derechos humanos” su historia de vida”.

2. ¿Y AHORA QUE? NUESTRO MOVIMIENTO ASOCIATIVO DE DAÑO CEREBRAL FEDACE

Las entidades del Movimiento Asociativo de Daño Cerebral FEDACE dentro del taller “Defensa de Derechos de las Personas con Daño Cerebral y sus familias a colación de la **Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal** para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica nos hicieron las siguientes cuestiones que respondemos a continuación:

¿Cuánto tiempo puede durar el proceso de incapacitación de una persona?

Una de las novedades que incorpora a nuestro ordenamiento la Ley 8/2021 es la eliminación del **procedimiento de incapacitación o de modificación de la capacidad de las personas**. Dicho principio se asume como manifestación de la aplicación práctica del principio de igualdad en el reconocimiento y ejercicio de la capacidad que reconoce la Convención de Derechos de las personas con discapacidad y que es refrendado ahora por nuestro derecho.

Bajo el régimen de la legislación anterior, la persona que necesitaba apoyo en el ejercicio de su capacidad era privado de ella, y dicho ejercicio se atribuía a otra persona, ya fuese el tutor o los padres en el ejercicio de la patria potestad prorrogada o rehabilitada. Ahora las cosas son radicalmente distintas. Toda persona mayor de edad, por mucho apoyo que necesite en el ejercicio de su capacidad, no se ve privado de ella. Como tendremos ocasión de analizar a lo largo de esta publicación, en adelante, la persona que ejerce el apoyo no “sustituirá” a la persona, sino que ejercerá dichas funciones de asistencia y apoyo respetando sus deseos, voluntad y preferencias.

De ese principio general derivan, entre otros, el de preferencia de las disposiciones voluntarias frente a las que puedan establecerse por resolución judicial. Aun en el caso de que recaiga una resolución judicial que establezca ese apoyo y asistencia, es de aplicación preferente lo válidamente dispuesto por la persona que necesite el apoyo. De ese modo se consigue también, aunque la persona afectada y demás legitimadas para ello puedan acudir al juzgado si estiman que hay un ejercicio o insuficiencia de los apoyos establecidos por la persona, una clara “desjudicialización” de la vida de las personas con discapacidad. Como sucede con el resto de los ciudada-

nos, se podrá acudir al juzgado cuando sus derechos se entiendan conculcados, pero la regla general será la de que ella misma establezca con arreglo a su voluntad y preferencias su propio sistema de apoyos, a quien corresponda ejercitarlo y su forma de ejercicio, incluidas las cautelas necesarias para evitar injerencias indebidas o abusos.

¿Por qué es recomendable, o en qué casos, solicitar el proceso de incapacitación? ¿Cuáles son los beneficios para las personas con Daño Cerebral?

Como mencionamos antes, la reforma operada en nuestro **Código civil ha eliminado cualquier vestigio de los procedimientos que suponían una limitación a la capacidad de las personas**. Ya no tienen cabida en nuestro ordenamiento los procedimientos de incapacitación o modificación de la capacidad. Y debe quedarnos claro que será la persona que requiera apoyo en el ejercicio de su capacidad la que determine y regule ese régimen de apoyo y asistencia mediante un documento notarial. Sólo en defecto de esas disposiciones voluntarias cabe que sea la autoridad judicial la que determine y regule ese régimen de apoyo.

Haciendo esta salvedad, debemos centrarnos en tratar de establecer unas líneas generales sobre los supuestos en que sería conveniente que las personas recurran a ese sistema de apoyos. Evidentemente, no hay dos personas iguales, y serán las circunstancias del caso las que puedan hacer conveniente o exigible el establecimiento de un apoyo determinado. Nuestro Código en la actualidad ni siquiera habla de personas con discapacidad, sino de personas que necesiten apoyo en el ejercicio de su capacidad. Esa misma expresión nos da idea de que nuestras leyes se apartan definitivamente de una concepción médica de la discapacidad. Más que en la intensidad de una patología discapacitantes habrá que estar a las necesidades concretas de la persona. Puede haber personas con una discapacidad severa que afecte a sus facultades cognitivas pero que no necesiten realizar complejos actos de trascendencia jurídica y, por tanto, no requieran que se establezca un apoyo. Por el contrario, puede haber personas que a pesar de tener una afección menos severa de dichas facultades necesiten realizar actos complejos que requieran esa asistencia. Por tanto, habrá que estar a las circunstancias concretas de la persona y de sus necesidades para

que sea necesario establecer o recurrir a un sistema de apoyo, cuya naturaleza e intensidad dependerá de ambas variables.

Conforme a la legislación ahora en vigor, el principal beneficio de que la persona con Daño Cerebral que requiera apoyo en el ejercicio de su capacidad establezca voluntariamente un sistema propio y adecuado a su situación, es que este, siendo voluntario, será concorde a su voluntad, deseos y preferencias. Con la intensidad y alcance que en cada caso considere oportuno. Sólo en defecto de ese sistema establecido voluntariamente por la persona, podrá solicitarse judicialmente acudir a alguna de las formas de apoyo de origen judicial y que sea la misma autoridad quien regule el sistema más conveniente, las personas y formas en que haya de ejercerse, así como las garantías que se consideren necesarias para evitar abusos e injerencias indebidas. Es de señalar que, aun cuando sea necesario acudir a un procedimiento judicial para establecer un sistema de apoyos, la autoridad deberá tener en cuenta y respetar los deseos, voluntad y preferencias de la persona y cualquiera que sea la intensidad del apoyo requerido.

Reflexión parecida cabe hacer en cuanto a las cautelas que se establezcan, que obedecerán a la voluntad de la persona afectada y, sólo en su defecto o funcionamiento irregular de las mismas, a lo dispuesto por una resolución judicial.

¿Quién puede solicitar la incapacidad de una persona?

Como venimos mencionando la “incapacitación” o “modificación de la capacidad de obrar quedan proscritas en la nueva legislación, que ahora equipara la capacidad de todas las personas con independencia de que algunas necesiten apoyo en el ejercicio de esa capacidad.

La necesidad de contar con esos apoyos o asistencias se puede poner de manifiesto en la más diversos ámbitos de actuación de la persona, pero generalmente sucederá así cuando la persona trate de celebrar un negocio jurídico o actuar con trascendencia jurídica tomando una decisión como la de vender, comprar, heredar, celebrar un contrato de arrendamiento. En tales casos, será la propia persona la que podrá por vía notarial, establecer un sistema de apoyos, ya sea de carácter puntual, para realizar un acto concreto, o para los que necesite celebrar en un futuro. Será ella la que podrá, no sólo elegir entre los diferentes medios de apoyo que establece

la ley, sino también, diseñarlo con arreglo a su voluntad, deseos y preferencias.

No hemos de perder de vista que, además, esas disposiciones voluntarias serán preferentes a cualquier otra de procedencia judicial o legal, principio inspirador de la ley y reiterado a lo largo de todo su texto.

Sólo en defecto o por insuficiencia de la voluntad válidamente manifestada por la persona, podrá la autoridad judicial, a instancias de la propia persona que necesite el apoyo, de sus progenitores, ascendientes, descendientes, hermanos, cónyuge o persona con relación análoga a la conyugal, establecer un sistema de apoyos cuando así se considere necesario. Tampoco hemos de olvidar que aún en estos casos, lo primero será indagar, siendo posible, la voluntad de la persona afectada, que podrá haber establecido alguna disposición en previsión de esa circunstancia.

Además, cualquier persona puede poner en conocimiento del Ministerio fiscal la existencia de una necesidad de apoyo en una persona y las autoridades y funcionarios públicos que, por razón de sus cargos, conociera la existencia de dichos hechos respecto de cualquier persona, deberán ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal. En ambos casos, este iniciará el correspondiente expediente.

Cierra el sistema el Código civil disponiendo que cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona, se deberá tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación. Hasta ese extremo se impone el respeto de su voluntad, deseos y preferencias.

¿Qué documentos son necesarios para solicitarlo?

Hemos de reiterar una vez más que con arreglo a la reforma operada en nuestro Código civil y en las leyes afectadas, las disposiciones voluntarias de la persona que necesite apoyo en el ejercicio de su capacidad serán de aplicación preferente a las que puedan resultar de resolución judicial. En su defecto procederá solicitar judicialmente el establecimiento de un sistema de apoyo por las personas que antes vimos están legitimadas para ello.

La persona con discapacidad podrá asumir y actuar con su propia defensa o representación y, de lo contrario, se solicitará el nombramiento de un defensor judicial.

A la solicitud de iniciar el expediente se acompañará los documentos que acrediten la necesidad de la adopción de medidas de apoyo, un dictamen pericial de los profesionales especializados de los ámbitos social y sanitario, que en su caso aconsejen las medidas de apoyo que resulten idóneas en cada caso y se propondrán las pruebas, documentales o no, que se considere necesario practicar.

Si se admite a trámite la solicitud, el letrado de la administración de justicia, antiguos secretarios judiciales, convocará al Ministerio fiscal, a la persona con discapacidad y, en su caso, a su cónyuge no separado de hecho o legalmente o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable y a sus descendientes, ascendientes o hermanos. Todos ellos podrán proponer las pruebas que consideren necesario, y por el propio letrado de la administración de justicia se solicitará del Registro civil la correspondiente certificación, que pondrá de manifiesto si existen o no disposiciones de apoyo de la propia persona afectada.

Además, la autoridad judicial podrá recabar informe de la entidad pública que, en el respectivo territorio, tenga encomendada la función de promoción de la autonomía y asistencia a las personas con discapacidad, o de una entidad del tercer sector de acción social debidamente habilitada como colaboradora de la Administración de Justicia y podrá solicitar también un dictamen pericial cuando lo considere oportuno.

¿Ante quién se presenta?

La principal novedad que plantea la reforma es la de posibilitar que sea la persona necesitada de apoyo en el ejercicio de su capacidad la que voluntariamente establezca aquellos, por lo que el recurso a un procedimiento judicial, con arreglo a lo visto, debe ser la excepción.

En tales casos, la ley opta por un procedimiento de jurisdicción voluntaria. Ello quiere decir que, mientras no haya oposición a la adopción de tales medidas de apoyo no hay un verdadero juicio, sino un expediente que evita cualquier idea de pugna o controversia entre las partes. Para entendernos, no hay demanda entre las partes y todos los interesados “van de la mano” en su tramitación.

Sólo si hay oposición de la persona con discapacidad, del Ministerio Fiscal o de cualquiera de los interesados en la adopción de las medidas de apoyo solicitadas pondrá fin al expediente y se continuará a través de un procedimiento contencioso.

Será competente para conocer de este expediente el Juzgado de Primera Instancia del lugar donde resida la persona con discapacidad y, en caso de cambio de la residencia habitual de la persona a que se refiera el expediente, se remitirán las actuaciones al Juzgado correspondiente en el estado en que se hallen.

Además, el mismo juzgado que haya resuelto un expediente sobre curatela o guarda de hecho, será competente para conocer de todas las incidencias, trámites y adopción de medidas o revisiones posteriores, siempre que la persona resida en la misma circunscripción. En caso contrario, será competente el juzgado de su residencia, para lo que se trasladará a este el expediente completo.

¿Qué ocurre si varios familiares deciden asumir la curatela de una persona y existe conflictos de intereses entre ellos?

Con arreglo a la regulación actual, el establecimiento de la curatela y el nombramiento del curador son competencias de la autoridad judicial y que, por tanto, sólo procederá cuando no haya disposiciones voluntarias de la persona afectada que establezcan un sistema de apoyos. Aún así, la autoridad judicial deberá atender a la voluntad de la persona que necesite de apoyo o asistencia.

Así, el propio Código civil establece que la autoridad judicial nombrará curador a quien haya sido propuesto para su nombramiento por la persona que precise apoyo o por la persona en quien esta hubiera delegado. Tal designación por la persona afectada se realiza a través del instrumento denominado autocuratela, reconocido por el propio código cuando dispone que cualquier persona mayor de edad o menor emancipada, en previsión de la concurrencia de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, podrá proponer en escritura pública el nombramiento o la exclusión de una o varias personas determinadas para el ejercicio de la función de curador.

Como excepción a ese necesario respeto a la voluntad y preferencia de la persona, la autoridad judicial podrá prescindir total o parcialmente de la misma, siempre mediante resolución motivada, si existen circunstancias graves desconocidas por la persona que las

estableció o alteración de las causas expresadas por ella o que presumiblemente tuvo en cuenta en sus disposiciones.

A falta de tal previsión, la ley establece la preferencia para nombrar a un curador en el orden siguiente: al cónyuge, o a quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, siempre que convivan con la persona que precisa el apoyo, al hijo o descendiente, prefiriendo al que conviva con la persona que precisa el apoyo, al progenitor o, en su defecto, ascendiente, a la persona o personas que el cónyuge o la pareja conviviente o los progenitores hubieran dispuesto en testamento o documento público, a quien estuviera actuando como guardador de hecho, al hermano, pariente o allegado que conviva con la persona que precisa la curatela y, finalmente, a una persona jurídica en la que concurran las condiciones señaladas en la propia ley.

La existencia de conflicto de interés debería en cualquier caso ser valorada por la autoridad judicial al hacer el nombramiento, aunque el código va más allá disponiendo que no podrán ser curadores quienes tengan conflicto de intereses con la persona que precise apoyo.

De esa manera se trata de conciliar el necesario respeto a la voluntad de la persona que necesita la asistencia con la adopción de las necesarias cautelas en el designación o nombramiento del curador.

¿Para la solicitud de la curatela, será sin costes? ¿es necesario tener un abogado y procurador?

Como regla general la persona que necesite asistencia o apoyo en el ejercicio de su capacidad puede comparecer en el expediente judicial ostentando su propia defensa y representación, sin que sea necesaria la intervención de abogado o procurador. No obstante, cuando no fuera previsible que proceda a realizar por sí misma tal designación, con la solicitud se pedirá que se le nombre un defensor judicial, quien actuará por medio de Abogado y Procurador.

No obstante, en los expedientes de remoción del tutor o curador y a la extinción de poderes preventivos, si que será necesaria la intervención de Abogado.

Otro caso previsto por la ley es aquel en que la persona que preste apoyo a la persona con discapacidad o el administrador de un patrimonio protegido necesite autorización o aprobación judicial para

la validez de actos de disposición, gravamen u otros que se refieran a sus bienes o derechos o al patrimonio protegido, en cuyo caso no será preceptiva la intervención de abogado ni procurador siempre que el valor del acto para el que se inste el expediente no supere los 6.000 euros. Cuando lo supere, la solicitud inicial podrá realizarse sin necesidad de ambos profesionales, sin perjuicio de que el Juez pueda ordenar la actuación de todos los interesados por medio de abogado cuando la complejidad de la operación así lo requiera o comparezcan sujetos con intereses enfrentados.

Hemos visto que, con arreglo al nuevo sistema, serán las medidas voluntarias las que prevalecen al regular los sistemas de apoyo y asistencia ¿Supondrá esto un gasto adicional para las personas y la familia?

Conforme al nuevo sistema, las medidas voluntarias son la principal novedad y el medio a través del cual se viene a plasmar la autonomía de la voluntad de las personas en la regulación de su propio sistema de apoyos y asistencia. Sólo con carácter subsidiario y subordinadas a aquellas, entrarán en juego las medidas que dicte la autoridad judicial. El centro de gravedad cambia, en cuanto antes, fundada como estaba nuestra legislación en la privación de la capacidad, residía en un procedimiento judicial. Ahora, sin perjuicio de que, como a cualquier ciudadano, no se excluya el recurso a la autoridad judicial o al ministerio fiscal, la adopción de las medidas voluntarias se hace residir en sede notarial, cuya finalidad es la asistencia y apoyo institucional en el ejercicio de la capacidad. No es una labor ajena a la institución notarial, cuya intervención tiene por objeto indagar la verdadera voluntad de las personas, hacerles saber las consecuencias derivadas de ello, velar por su adecuación a la legalidad y asegurarse de que se presta un consentimiento válido y suficientemente formado.

En adelante, cuando en sede notarial se ponga de manifiesto la necesidad de apoyo y asistencia a la persona, el Notario no se verá abocado, como sucedía antes, a dirigir a la persona a un procedimiento judicial, sino que con su intervención se formará, con arreglo a la voluntad y preferencias de la persona, su propio sistema de apoyos.

La Intervención notarial se plasma a través de los denominados documentos sin cuantía, de un coste muy limitado, sobre todo si lo

comparamos con los que antes se derivaban de un procedimiento judicial, aportando la misma seguridad y asegurando a su vez su adecuación a la voluntad y preferencias e la persona.

¿Puede el padre o la madre excluir por vía notarial a ciertas personas de ser tutores de sus hijos menores o con discapacidad?

Los hijos menores de edad estarán normalmente sujetos a la patria potestad de sus padres o al que de ellos sobreviva. No obstante haber sido eliminada como institución de apoyo y asistencia de la persona necesitada de apoyo en el ejercicio de su capacidad, la tutela se sigue manteniendo en nuestro Código civil como forma de protección de los menores no emancipados que por cualquier razón queden privados de la patria potestad de sus progenitores. En previsión de que esto ocurra, la ley, tal y como establecía con anterioridad, permite que los progenitores o cualquiera de ellos pueda en testamento o documento público notarial designar tutor, establecer órganos de fiscalización de la tutela, así como designar las personas que hayan de integrarlos u ordenar cualquier otra disposición sobre la persona o bienes de sus hijos menores. Dentro de dicha facultad se engloba la posibilidad de excluir a alguna persona del ejercicio de la tutela.

Hemos de recordar, no obstante, que será la autoridad judicial quien constituya la tutela sobre el menor, así como el régimen de su ejercicio. A pesar de ello, la designación de los progenitores vinculará a la autoridad judicial al constituir la tutela, salvo que el interés superior del menor exija otra cosa, en cuyo caso dictará resolución motivada.

Si existen disposiciones de ambos progenitores se aplicarán unas y otras conjuntamente, en cuanto fueran compatibles. De no serlo, se adoptarán por la autoridad judicial, en decisión motivada, las que considere más convenientes para el interés superior del menor. Además, tales disposiciones de los progenitores no surtirán efecto si, en el momento de establecer la tutela, el disponente hubiese sido privado de la patria potestad.

Distinto es el caso de los hijos que, ya mayores o emancipados, requieran asistencia en el ejercicio de su capacidad jurídica. En tal caso, y conforme a las reglas generales, serán ellos quienes puedan establecer voluntariamente su propio sistema de apoyo o asistencia. Ya vimos en preguntas anteriores que, caso de que no existan esas disposiciones voluntarias ordenadas por la persona o sean in-

eficaces, las ascendientes, descendientes, cónyuge o persona de relación análoga a la conyugal y los hermanos, podrán solicitar judicialmente el establecimiento de un sistema de apoyo. Existe una clara diferencia, pues mientras la persona afectada puede directamente establecer un sistema voluntario, los padres sólo pueden solicitar del juzgado su establecimiento.

Facultad análoga se reconoce cuando se prevea razonablemente en los dos años anteriores a la mayoría de edad que un menor, después de alcanzada aquella, pueda precisar de apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica. En tal caso, la autoridad judicial podrá acordar, a petición del menor, de los progenitores, del tutor o del Ministerio Fiscal, si lo estima necesario, la adopción de la medida de apoyo que corresponda para cuando alcance la mayoría de edad. En todo caso, se oirá al menor en el procedimiento, y dichas medidas cuando la persona en cuestión no haya hecho sus propias previsiones.

¿Está obligada la dirección de un centro privado de atención a personas con discapacidad, a comunicar al Ministerio Fiscal la situación de posible falta de capacidad de una persona residente?

Hemos de reiterar una vez más que con arreglo a los principios de la nueva regulación todas las personas se reconocen con idéntica capacidad jurídica. Ya no cabe ni la incapacitación, ni la modificación judicial de la capacidad de las personas, sino el establecimiento de medidas de apoyo y asistencia con preferencia de las voluntarias frente a las de origen judicial.

Como ya vimos, a falta de disposiciones voluntarias, se reconoce que los familiares de la persona de que se trate podrán solicitar a la autoridad judicial el establecimiento de ese sistema o institución de apoyo.

Además, cualquier persona que tenga conocimiento de que alguien pueda requerir apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica podrá también dirigirse al Ministerio fiscal, quien podrá, si lo estima necesario, promover su adopción ante la autoridad judicial.

Con expreso carácter obligatorio sólo se establece la obligación de poner tales hechos en conocimiento del Ministerio fiscal a las autoridades o funcionarios que en el ejercicio de su función tengan conocimiento de que una persona necesite apoyo en el ejercicio de su capacidad.

Por tanto, la dirección de un centro privado no quedaría comprendida en tal situación, sin perjuicio de que, como deber ético sea en todo caso conveniente poner en conocimiento del Ministerio fiscal cualquier forma de abuso o ejercicio indebido de las funciones de asistencia a estas personas.

¿Cuáles son los principales miedos de las familias para solicitar la incapacidad?

Con arreglo al sistema anterior, la mayoría de los procedimientos de incapacitación se iniciaban por los familiares cuando la persona necesitada de apoyo y asistencia se proponía celebrar un negocio jurídico para el que se le exigía, con arreglo a dicha legislación, ya superada, la plena capacidad. Estos procedimientos, por tanto, más que tener una finalidad de protección, tenían por objeto superar un escollo que nuestra legislación imponía a la persona celebrar un negocio o acto de trascendencia jurídica; vender un bien, aceptar una herencia, pedir un préstamo. Se daba lugar a una clara paradoja, pues cuando una persona necesitaba asistencia o apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica, el único recurso era privarla de esa capacidad para que otra persona, generalmente el tutor, ejerciera dicha capacidad. La persona quedaba, por tanto, privada de su posibilidad de actuar y pasaba a ser sustituida por otra.

Además de producir esa “muerte civil”, el procedimiento de incapacitación o modificación de la capacidad se desarrollaba a través de un procedimiento judicial costoso, prolongado en el tiempo y que imponía, incluso cuando tenía por objeto un acto aislado y puntual, el cumplimiento periódico de una serie de formalidades que vincula a la familia y a la propia persona de manera permanente a reiterados trámites procesales.

Todos esos inconvenientes hacían a la familia ver con disfavor una situación claramente inapropiada al tratamiento de la discapacidad y de todos aquellos supuestos en que una persona necesita apoyo y asistencia.

Esa es la razón de ser fundamental de la reforma, cambiar un sistema limitativo de la capacidad de las personas por otro respetuoso que, sin privarlo de la seguridad jurídica que a todos es debida, propugna, con una menor carga procesal, hacer efectiva la capacidad de todas las personas asegurando el necesario respeto a su voluntad y una efectiva igualdad.

¿Se puede solicitar directamente un nivel de incapacidad de obrar modificada?

Como venimos viendo, ya no podemos hablar de incapacitación, ni de niveles de capacidad o modificaciones de la capacidad, sólo de apoyos en el ejercicio de una capacidad reconocida universalmente, de todas las personas.

Evidentemente, no hay dos personas iguales, ni por sus circunstancias personales, como las que derivan a una determinada patología, ni patrimoniales, que resultan de la cuantía y composición del patrimonio y de las consiguientes decisiones a adoptar, ni sociales o familiares, pues no es lo mismo encontrarnos con una familia extensa, cercana, que de una familia nuclear o monoparental.

Todos estos factores habrán de tenerse en cuenta para delimitar un sistema de apoyos, que podrán ser más o menos intensos dependiendo de esos condicionantes. Como regla general será la persona afectada la que, teniendo en cuenta todas esas consideraciones, con el correspondiente asesoramiento, establezca con arreglo a ello su propio sistema de apoyos, ya sea para un acto concreto o para los que puedan devenir en el futuro.

Sólo en defecto de esa voluntad válidamente manifestada, será la autoridad judicial la que establezca el correspondiente sistema de apoyos atendiendo, por imperativo legal claro a esas consideraciones, a las circunstancias de la persona. Aun en esos casos, la autoridad judicial quedará sujeta a la voluntad de la persona, que habrá podido establecer instrucciones al respecto.

Esta es una de las innovaciones principales del nuevo sistema, que nos debe llevar a evitar el establecimiento de mecanismos de apoyo rígidos y con arreglo a fórmulas predeterminadas. Ese es el espíritu de la norma y sólo así podrá asegurarse que el enorme esfuerzo de alumbrar esta reforma legislativa se plasme en la realidad y el día a día de las personas necesitadas de apoyo.

Cuando se inicia un proceso de provisión de apoyos y hay varias personas que quieren ostentar la curatela ¿Cómo y quién decide la idoneidad de la figura del curador?

No Podemos olvidar que las medidas que la propia ley denomina “voluntarias”, tienen preferencia sobre las judiciales.

Las medidas de apoyo que reconoce el Código Civil son, además de las de carácter voluntario, la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial. La finalidad de todas ellas es el apoyo y la asistencia de la persona y el necesario respeto a su voluntad, deseos y preferencias.

En el proceso judicial de provisión de apoyos se determinará cual de estas instituciones es la mas adecuada para la persona en concreto.

La curatela, se concibe como una medida formal de apoyo que se aplicará a quienes necesiten apoyo de modo continuado.

La autoridad judicial nombrará curador a quien a quien haya sido propuesto por la persona que precise apoyo o por la persona en quien esta hubiera delegado en el documento notarial denominado Autocuratela.

El juez podrá prescindir total o parcialmente de esa propuesta, siempre mediante resolución motivada, si existen circunstancias graves desconocidas por la persona que las estableció o alteración de las causas expresadas por ella o que presumiblemente tuvo en cuenta en sus disposiciones.

Si no hay propuesta en documento de autocuratela, la ley establece un orden de llamamiento que podrá ser alterado por la autoridad judicial una vez oída la persona que necesita apoyo, en función de lo manifestado por ésta y en caso de no resultar clara su voluntad, la autoridad judicial podrá alterar el orden legal, nombrando a la persona más idónea para comprender e interpretar su voluntad, deseos y preferencias

El orden legal es el siguiente:

- 1.º Al cónyuge, o a quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, siempre que convivan con la persona que precisa el apoyo.
- 2.º Al hijo o descendiente. Si fueran varios, será preferido el que de ellos conviva con la persona que precisa el apoyo.
- 3.º Al progenitor o, en su defecto, ascendiente. Si fueran varios, será preferido el que de ellos conviva con la persona que precisa el apoyo.
- 4.º A la persona o personas que el cónyuge o la pareja conviviente o los progenitores hubieran dispuesto en testamento o documento público.

- 5.º A quien estuviera actuando como guardador de hecho.
- 6.º Al hermano, pariente o allegado que conviva con la persona que precisa la curatela.
- 7.º A una persona jurídica sin ánimo de lucro, pública o privada, entre cuyos fines figure la promoción de la autonomía y asistencia a las personas con discapacidad.

Si se tiene conocimiento de que las decisiones del tutor no van en consonancia con las preferencias de la persona incapacitada, ¿Cómo se procede? ¿Quién ampara a la persona con la capacidad de obrar limitada?

Debemos recordar que no es posible desde el tres de septiembre incapacitar a una persona y que ya no existe la figura del tutor que ha quedado suprimida en nuestro derecho.

Las personas ya no tienen capacidad de obrar limitada ni modificada, todas las personas tienen capacidad jurídica en condiciones de igualdad con los demás, y en su caso, se establecerán medidas de apoyo y salvaguardias para garantizar que ese ejercicio de la capacidad jurídica se de en condiciones de igualdad.

Los principios básicos por los que deben regirse las personas que presten apoyo en el caso en el que el apoyo sea modulado a través de la ayuda personal:

- Atender a la voluntad, deseos y preferencias de la persona que les ha solicitado el apoyo.
- Procurar que la persona pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones.
- Informar a la persona.
- Ayudar a la persona en su comprensión y razonamiento.
- Facilitar que pueda expresar sus preferencias.
- Fomentar que la persona pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro.

Si la persona que ejerce funciones de apoyo no actúa conforme a esos principios la propia persona con discapacidad puede dirigirse al Juzgado para recabar que se le presten los apoyos precisos, y al mismo tiempo, que se establezcan las medidas de garantía necesarias.

También sus familiares, guardador de hecho o el Ministerio Fiscal podrán solicitar judicialmente la adopción de las medidas que sean procedentes.

¿Cuáles son los principales cambios del anteproyecto de reforma del Código Civil en materia de cargos tutelares y cómo va a afectar esa reforma a las personas con grandes necesidades de apoyo, o a aquellas que necesitan algo más que un acompañamiento en la toma de decisiones?

La piedra angular de la reforma radica en que queda proscrita la incapacitación y se reconoce que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con el resto de los hombres y mujeres, en todos los aspectos de la vida.

Antes de la reforma el único mecanismo que reconocía la ley cuando una persona con discapacidad necesitaba asistencia o apoyo para ejercitar un derecho era la incapacitación de ésta que suponía paradójicamente la privación de la posibilidad de ejercitar sus derechos:

Así después de un procedimiento donde con carácter general los familiares demandaban a la persona con discapacidad ésta veía como se modificaba su estado civil pasando al de INCAPACITADO y quedando sometido a un sistema de guarda y protección que consistía en el nombramiento de un tutor o en el mejor de los casos de un curador.

La llamada guarda o protección solo se desplegaba favor del incapacitado, no a favor de la persona con discapacidad, buscando la protección de su patrimonio, no de la persona, y sin ninguna finalidad de integración y fomento de la autonomía ni desarrollo personal.

Y se actuaba como si, en general, las personas con discapacidad formaran un colectivo homogéneo, como si todas las personas con discapacidad, especialmente intelectual o psicosocial precisaran del mismo trato.

Nuestro legislador reconoce la capacidad jurídica en condiciones de igualdad y regula el sistema de apoyos señalando el artículo 249 del código civil que las medidas de apoyo “tendrán por finalidad permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad. Estas medidas de apoyo debe-

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

No se olvida el legislador de los supuestos en los que sería necesario un apoyo intenso al señalar el artículo 249 que sólo “En casos excepcionales, cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona, las medidas de apoyo podrán incluir funciones representativas. En este caso, en el ejercicio de esas funciones se deberá tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación”.

Quedan reservados estos supuestos en los que no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona a la autoridad judicial, quien en todo caso deberá basarse en lo que se ha denominado por la doctrina de derechos humanos “su historia de vida” y, en cualquier caso, el curador representativo nombrado, que es la figura excepcional para estos supuestos debe actuar conforme a esa “historia de vida”.

¿Qué valoración se hace en el juzgado para determinar si se concede alguna de ellas?

El legislador establece un procedimiento para la adopción de medidas de apoyo judiciales que se tramita en sede de jurisdicción voluntaria y que tiene como centro a la persona que solicita la adopción de medidas de apoyo.

Por ello se reconocen legalmente una serie de ajustes y adaptaciones para que las personas con discapacidad puedan participar en el proceso en condiciones de igualdad:

- Las adaptaciones podrán venir referidas a la comunicación, la comprensión y la interacción con el entorno.
- Todas las comunicaciones con las personas con discapacidad, orales o escritas, se harán en un lenguaje claro, sencillo y accesible, de un modo que tenga en cuenta sus caracterís-

ticas personales y sus necesidades, haciendo uso de medios como la lectura fácil.

- Se facilitará a la persona con discapacidad la asistencia o apoyos necesarios para que pueda hacerse entender.
- Se permitirá la participación de un profesional experto que a modo de facilitador realice tareas de adaptación y ajuste necesarias para que la persona con discapacidad pueda entender y ser entendida.
- La persona con discapacidad podrá estar acompañada de una persona de su elección desde el primer contacto con las autoridades y funcionarios.»
- El procedimiento de provisión de apoyos se tramitará en el Juzgado de Primera Instancia del lugar donde resida la persona con discapacidad.

Puede iniciarlo el Ministerio Fiscal, 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.

A la solicitud se acompañarán los documentos que acrediten la necesidad de la adopción de medidas de apoyo, así como un dictamen pericial de los profesionales especializados de los ámbitos social y sanitario, que aconsejen las medidas de apoyo que resulten idóneas en cada caso. Asimismo, se pueden proponer aquellas pruebas que se considere necesario practicar en la comparecencia.

En el proceso se convocará para que comparezcan al Ministerio Fiscal, a la persona con discapacidad y, en su caso, a su cónyuge no separado de hecho o legalmente o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable y a sus descendientes, ascendientes o hermanos.

En el proceso se celebrará una entrevista entre la autoridad judicial y la persona con discapacidad, a quien, a la vista de su situación, podrá informar acerca de las alternativas existentes para obtener el apoyo que precisa, bien sea mediante su entorno social o comunitario, o bien a través del otorgamiento de medidas de apoyo de naturaleza voluntaria.

Realizadas todas las pruebas propuestas y admitidas y en caso de no haber optado la persona por una medida alternativa de apoyo, el juez adaptará la medida de apoyo mas adecuada para la misma.

¿Qué informes de qué profesionales son los que tienen peso en el juzgado?

A la solicitud de provisión de apoyo, se debe acompañar dictamen pericial de los profesionales especializados de los ámbitos social y sanitario, que aconsejen las medidas de apoyo que resulten idóneas.

Además, la autoridad judicial podrá:

- solicitar informe de la entidad pública que, en el respectivo territorio, tenga encomendada la función de promoción de la autonomía y asistencia a las personas con discapacidad, o de una entidad del tercer sector de acción social debidamente habilitada como colaboradora de la Administración de Justicia.
- un dictamen pericial, cuando así lo considere necesario atendiendo a las circunstancias del caso.

La persona con la capacidad jurídica modificada, ¿puede elegir ella el apoyo? Si es así ¿puede elegir más de un apoyo?

Reiteramos que desde el 3 de septiembre ya no hay personas incapacitadas ni con la capacidad modificada.

Cualquier persona mayor de edad o menor emancipada en previsión de la concurrencia de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, puede proponer en escritura pública el nombramiento o la exclusión de una o varias personas determinadas para el ejercicio de la función de curador. También puede delegar en el cónyuge o en otra persona la elección del curador de entre los relacionados en escritura pública por la persona interesada.

Puede igualmente establecer disposiciones sobre el funcionamiento y contenido de la curatela y, en especial, sobre el cuidado de su persona, reglas de administración y disposición de sus bienes, retribución del curador, obligación de hacer inventario o su dispensa y medidas de vigilancia y control, así como proponer a las personas que hayan de llevarlas a cabo.

Ahora con el cambio de legislación, las personas que tienen la incapacidad total (tutelados), ¿cómo se gestionará para pasar las resoluciones de tutela a la curatela?

Respecto de las personas incapacitadas o cuya capacidad hubiera sido judicialmente modificada con anterioridad, si estaban sometidos a tutela, el tutor designado seguirá ejerciendo su cargo, pero a partir de la entrada en vigor de la reforma deberá hacerlo con sujeción a las reglas que la nueva redacción establece para los curadores representativos. Es decir, de manera muy similar a la que se han desenvuelto hasta ahora, aunque en todas sus actuaciones habrán de atender al nuevo espíritu de la ley, interviniendo con la persona con discapacidad y teniendo en cuenta sus deseos, voluntades y preferencias. Recordando que desde el tres de septiembre de 2021 las meras privaciones de derechos de las personas con discapacidad, o de su ejercicio, quedarán sin efecto.

En cualquier caso, la persona sometida a tutela, los progenitores que ostenten la patria potestad rehabilitada o prorrogada, los tutores, los curadores, los defensores judiciales y los apoderados preventivos de las personas con discapacidad, 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 nueva regulación, para adaptarlas a esta.

En ese proceso de revisión o adaptación se adoptará la medida de apoyo que sea mas adecuada a la voluntad deseos y preferencias de la persona que no necesariamente ha de ser una curatela, pues pueden recomendarse la adopción de medidas voluntarias, la figura de la guarda de hecho, el defensor judicial o la curatela asistencial y solo en casos excepcionales la curatela representativa.

Se establece un plazo máximo de un año desde que se presente dicha solicitud para que las medidas de apoyo anteriores sean revisadas. Dicha revisión para adaptar su necesidad de apoyos a la nueva legislación sólo puede solicitarse por vía judicial, que habrá, no obstante, de tener en cuenta su voluntad y preferencias.

Aun a falta de solicitud de las personas anteriores, dicha revisión habrá de realizarse de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal que tenga conocimiento de esa situación en un plazo máximo de tres años.

¿En qué organismos o entidades hay que comunicar la resolución de capacidad de obrar modificada?

Como hemos indicado se establece la persona sometida a tutela o curatela, los progenitores que ostenten la patria potestad rehabilitada o prorrogada, los tutores, los curadores, los defensores judiciales y los apoderados preventivos de las personas con discapacidad, 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 nueva regulación, para adaptarlas a esta.

Se deberá acudir por tanto al juzgado de primera instancia del domicilio de la persona cuyas medidas han de revisarse.

¿De qué instrumentos sirve el juzgado para garantizar el buen hacer del ejercicio de los tutores hacia la persona que tiene limitada su capacidad de obrar?

Además de las cautelas que ordena la propia persona asistida, la autoridad judicial podrá dictar las salvaguardias que estime oportunas a fin de asegurar que el ejercicio de las medidas de apoyo se ajuste a los criterios resultantes de esos mismos principios, procurando siempre evitar situaciones en las que, al prestar apoyos se puedan generar conflicto de intereses o influencias indebidas

Si hay discrepancias entre el apoyo que la persona con la capacidad jurídica modificada y la persona elegida, ¿cómo se resolvería esto?

La persona que debe realizar funciones de apoyo debe registrarse por los principios que hemos indicado antes, no toma ella las decisiones si no que ayuda a la persona con discapacidad a tomar sus propias decisiones.

Quien ejerce funciones de apoyo debe aceptar el ejercicio de las mismas, y la ley señala que podrá excusarse si resulta excesivamente gravoso o entraña grave dificultad para la persona nombrada el ejercicio del cargo.

Las personas jurídicas privadas podrán excusarse cuando carezcan de medios suficientes para el adecuado desempeño de la curatela o

las condiciones de ejercicio de la curatela no sean acordes con sus fines estatutarios.

En ningún caso la excusa para el desempeño de los apoyos podrá generar desprotección o indefensión a la persona que precisa dichos apoyos, debiendo la autoridad judicial actuar de oficio, mediante la colaboración necesaria de los llamados a ello, o bien, de no poder contar con estos, con la inexcusable colaboración de los organismos o entidades públicas competentes y del Ministerio Fiscal.

Señala además la ley que no hay causa que permita excusarse del cargo cuando el desempeño de los apoyos haya sido encomendado a entidad pública.

Cuestión distinta será el supuesto en que la persona o institución que desempeñe las funciones de apoyo ya sea este voluntario o judicial, se conduzca mal en el ejercicio de esas funciones.

Ya hemos visto qué en primer lugar, la persona sujeta a ese régimen de apoyos y asistencia, como su cónyuge no separado de hecho o legalmente, quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, su descendiente, ascendiente o hermano o el Ministerio Fiscal, puedan solicitar judicialmente la modificación del régimen de ejercicio e incluso la extinción del poder preventivo.

Ello se entiende, además, sin perjuicio de la responsabilidad que podría reclamarse a las personas o instituciones de que se trate.

¿La modificación de la capacidad de obrar establecida en la sentencia, es revisable si varía la situación de la persona?

Las medidas de apoyo establecidas judicialmente deben ser revisadas periódicamente en un plazo no superior a tres años que la autoridad judicial, de manera excepcional y motivada, podrá ampliar hasta los seis años. El objetivo de esta revisión es asegurar la adecuación y proporcionalidad de la intensidad de la asistencia a la evolución y situación cambiante de la persona con discapacidad, y cumplir al mismo tiempo las exigencias derivadas de la Convención.

¿Por cuánto tiempo se concede la capacidad de obrar modificada? ¿Tiene fecha de caducidad o revisión como en los grados de discapacidad?

Como hemos señalado no cabe en nuestro derecho ni privar ni modificar a nadie de la capacidad jurídica.

Las medidas de apoyo judiciales se revisarán obligatoriamente conforme a lo expuesto en la pregunta anterior.

Este régimen de revisión obligatoria se establece para las medidas tomadas por la autoridad judicial y no a las voluntarias, pues tratándose de las medidas voluntarias, estas pueden ser modificadas o actualizadas por la propia persona con discapacidad en cualquier momento, por lo que será ella misma quien valore su adecuación a la situación en que se encuentre en cada momento.

¿Quién puede solicitar la revocación (o recuperación de la capacidad de obrar) y cuánto tiempo tendrá que pasar para poder solicitarla desde que se concedió? ¿Cómo, dónde y qué hay que presentar para poder solicitar la recuperación de la capacidad? ¿Puede solicitarla la propia persona?

Como hemos señalado anteriormente ya no se puede privar a nadie de su capacidad dado que todos tenemos capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás.

En cuanto a las personas incapacitadas conforme al régimen anterior, ya hemos visto como queda “por no puesta” cualquier privación de derechos.

Además, se impone la necesidad de revisar las situaciones anteriores pues:

- Por un lado, se puede solicitar a la autoridad judicial, en concreto, al juez de primera instancia del domicilio de la persona que necesita apoyo, la revisión de las medidas que se hubiesen establecido con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva regulación, para adaptarlas a esta. Esa solicitud la puede realizar la propia persona.
- Y por otro, dicha revisión habrá de realizarse de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal que tenga conocimiento de esa situación en un plazo máximo de tres años.

En cuanto a la revisión de las medidas de apoyo judiciales, ya hemos visto como se prevén mecanismos de revisión, y en cuanto a las voluntarias pueden modificarse en cualquier momento.

¿Puede una persona, en su mismo nombre, pedir una modificación de la capacidad jurídica? Por ejemplo, si tiene una curatela a capacidad jurídica plena.

Reiteramos que todos tenemos capacidad en igualdad de condiciones con los demás y ya no se puede ni modificar ni incapacitar a nadie.

Desde el tres de septiembre de dos mil veintiuno se puede solicitar la revisión de las sentencias de incapacitación dictadas bajo la legislación anterior.

La persona sujeta al régimen de guarda y protección de la regulación anterior puede acudir al juzgado de primera instancia de su domicilio para solicitar dicha revisión y su adecuación a la legislación actual.

En ese proceso de revisión o adaptación se adoptará la medida de apoyo que sea mas adecuada que no necesariamente ha de ser una curatela, pues pueden recomendarse la adopción de medidas voluntarias, la figura de la guarda de hecho, el defensor judicial o la curatela asistencial y solo en casos excepcionales la curatela representativa.

Capítulo 4

Buenas prácticas en la defensa de las personas con Daño Cerebral, desde el Movimiento Asociativo de Daño Cerebral FEDACE



Capítulo 4

Buenas prácticas en la defensa de las personas con Daño Cerebral, desde el Movimiento Asociativo de Daño Cerebral FEDACE



1. Prestación de medidas de apoyo por personas jurídicas
2. Las fundaciones de apoyo a la capacidad jurídica
3. Problemática general dictada en la prestación de medidas de apoyo a personas con Daño Cerebral
4. La fundación tutelar de Daño Cerebral de Castilla-La Mancha (FUNDACE CLM)
5. Servicio de información y asesoramiento jurídico

BUENAS PRÁCTICAS EN LA DEFENSA DE LAS PERSONAS CON DAÑO CEREBRAL, DESDE EL MOVIMIENTO ASOCIATIVO DE DAÑO CEREBRAL FEDACE

1. PRESTACIÓN DE MEDIDAS DE APOYO POR PERSONAS JURÍDICAS

En 1983 se reformó el Código Civil en materia de instituciones de guarda y protección, haciendo posible que determinadas entidades jurídicas, pudieran ejercer cargos tutelares de personas con capacidad de obrar modificada. De esta manera, se resolvía entonces la dificultad de encontrar tutor o curador para las personas que no podían gobernarse por ellas mismas y que estaban en situación de desamparo familiar, o que, teniendo familia, no fuera idónea para asumir su representación.

Más recientemente, con fecha de 3 de junio de 2021, se publicó en el B.O.E. la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. Esta reforma de la legislación civil y procesal pretende adecuar nuestro ordenamiento jurídico a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad (Nueva York, 13 de diciembre de 2006), suponiendo un cambio de paradigma en el tratamiento de las personas con discapacidad, como titulares del derecho a la toma de sus propias decisiones, desde el enfoque de los derechos humanos.

La reforma en sí afecta a varias leyes y en concreto al Código Civil, sentando las bases de un nuevo sistema basado en las preferencias y respeto a la voluntad de la persona con discapacidad que precisa de medidas de apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica, inherente a la condición de persona humana.

De esta manera, las fundaciones de apoyo a la capacidad jurídica seremos una pieza clave en el cambio de modelo. En la desaparición de la figura de la tutela para persona adultas y del anterior modelo basado

en la sustitución en la toma de decisiones, tendremos la oportunidad de ver reconocido nuestro trabajo en el desarrollo de otros modelos de atención centrados en la persona, proporcionando apoyo cuando, en nuestro caso, la persona con Daño Cerebral lo necesite, algo que la Fundación Tutelar de Daño Cerebral (FUNDACE CLM) viene realizando en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, desde su constitución en el año 2007.

Esta labor que venimos desempeñando desde hace años, es considerada como una buena práctica dentro del Movimiento Asociativo de Daño Cerebral que con FEDACE al frente, tiene su máximo exponente en la defensa de los derechos e intereses de las personas con Daño Cerebral en toda la nación.

Las fundaciones tutelares, adquiriendo como consecuencia del cambio legislativo la denominación de **fundaciones de apoyo a la capacidad jurídica** dado que la figura del tutor/ tutela ya no existe legislativamente como se ha explicado en capítulos anteriores hemos venido en todos estos años “gestionando la vida” de personas adultas, siendo padres y madres de familia de personas con Daño Cerebral que en su momento vieron modificada su capacidad de obrar y que ahora, van a preservar en igualdad de condiciones.

2. LAS FUNDACIONES DE APOYO A LA CAPACIDAD JURÍDICA

Con la reforma legislativa, se establece en el artículo 275 CC, que podrán ser curadores las fundaciones y demás personas jurídicas sin ánimo de lucro, públicas o privadas, entre cuyos fines figure la promoción de la autonomía y asistencia a las personas con discapacidad.

En este sentido, las personas jurídicas sin ánimo lucrativo son fundamentalmente las fundaciones y asociaciones, siendo la figura jurídica más adecuada y frecuente para los fines establecidos, la fundación, porque entre otras cuestiones, el fin fundacional no puede ser alterado por el Patronato. Lo que, entre otras, es una garantía de cumplimiento, además de someterse a lo establecido en la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones y al Real Decreto 1337/2005, de 11 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de fundaciones de competencia estatal

En cuanto a las **ventajas de las fundaciones de apoyo a la capacidad jurídica**, cabe destacar:

- La duración en el tiempo y su estabilidad jurídica. La persona jurídica no envejece, no enferma, etc. y, además, tiene una dotación fundacional supeditada a sus fines.

- La especialización. Se atiende a personas con una discapacidad determinada y el personal es altamente cualificado en la materia.
- La supervisión del Protectorado de Fundaciones.

Respecto a los **inconvenientes**, que evidentemente también los hay, destaca sobre todo que las fundaciones son entes y como tal, necesitan de una persona física que realice determinadas actuaciones. Ello se materializa en la figura del auxiliar de tutela que acompañan afectivamente a la persona, desarrollando una tarea que las personas jurídicas no pueden realizar por su propia naturaleza.

3. PROBLEMÁTICA GENERAL DETECTADA EN LA PRESTACIÓN DE MEDIDAS DE APOYO A PERSONAS CON DAÑO CEREBRAL

La problemática que acompaña a las fundaciones que prestamos medidas de apoyo a personas con discapacidad, en el caso de FUNDACE CLM a personas con Daño Cerebral, es muy variada y se puede resumir en los párrafos siguientes:

Financiación económica escasa y falta de recursos especializados. En nuestro caso, desarrollamos principalmente nuestra labor en la Comunidad de Castilla-La Mancha, por lo que existe una gran dispersión geográfica que deriva en una falta de recursos humanos, mermando así la prestación de la calidad de las medidas de apoyo.

Por otra parte, la **responsabilidad civil** en la prestación de las medidas de apoyo, puesto que de alguna manera como se ha expuesto anteriormente, en ocasiones, ejercemos de madres y padres de la persona (ej. persona con Daño Cerebral y una curatela, en prisión provisional por la supuesta comisión de un acto delictivo. Requiere el juzgado que conoce del asunto a FUNDACE CLM, para que explique las actuaciones y apoyos prestados a la persona, a efectos de determinar una posible responsabilidad civil en el caso.

Igualmente, en la prestación de los apoyos económicos pertinentes, nos encontramos con **dificultades con las diferentes entidades bancarias** en las que la persona pudiera tener algún producto financiero (lentitud en el bastanteo de documentación para asumir el seguimiento de cuentas bancarias u otros productos).

Cabe también destacar como inconveniente para tener en cuenta, el desconocimiento de las funciones que llevamos a cabo y las figuras jurídicas legalmente previstas, incluso por profesionales del ámbito sociosanita-

rio, así como las creencias erróneas y estigmas existentes, en torno a la prestación de medidas de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica de la persona (ej. La fundación va a separar a la persona de su familia, etc.).

Por otra parte, como otro inconveniente más, nos encontramos en algunos casos con el impacto negativo que tiene la propia persona que recibe los apoyos necesarios, respecto a nuestra gestión. En ocasiones, consideran que nos quedamos con su dinero y presentan una sensación muy acusada de control, quizás por la propia patología y/o secuelas del Daño Cerebral.

Por último y no menos importante, señalar que no existen recursos suficientes para las personas con Daño Cerebral que, además, tienen asociado un trastorno de conducta que requiere de atención especializada en centro. Concretamente en Castilla-La Mancha, las pocas plazas residenciales que existen, tienen una gran lista de espera y además, no es posible el acceso a la red pública de los recursos pertenecientes a Salud Mental, puesto que al Daño Cerebral se le “etiqueta” como un trastorno orgánico de la personalidad, por lo tanto, no se considera apto para el acceso a dichas plazas de atención, ocasionando una indefensión manifiesta y desde nuestro punto de vista, perjudicando los derechos e intereses de la persona con dicha patología.

4. LA FUNDACIÓN TUTELAR DE DAÑO CEREBRAL DE CASTILLA LA MANCHA (FUNDACE CLM)

Fue constituida en el año 2007 con el objetivo prioritario de prestar las medidas de apoyo necesarias, a personas con Daño Cerebral o enfermedades neurológicas, principalmente en Castilla-La Mancha y siguiendo los principios de la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad (art. 12. Igual reconocimiento como persona ante la Ley), promoviendo, por tanto, la mayor autonomía posible sin sustituir la voluntad de la persona.

Las medidas de apoyo proporcionadas a estas personas son muy variadas. Pueden ser de carácter continuo, o puntuales para actos concretos. Todo ello, en función de lo que la persona necesite para el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones (ej. apoyo para la venta de un ciclomotor, toma de medicación, realización de un viaje, etc.).

En cuanto al **órgano de gobierno y representación** de FUNDACE CLM, el Patronato, tiene estas funciones atribuidas tal y como establece la Ley

50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones. Al mismo, le corresponde cumplir con los fines fundacionales y administrar con diligencia los bienes y derechos que integran el patrimonio de la Fundación. Destacar que, como patrono fundador, se encuentra la Asociación de Daño Cerebral Sobrevenido de Castilla-La Mancha (ADACE-CLM).

FUNDACE CLM en el desarrollo de su actividad, se encuentra inscrita en los siguientes **registros públicos de carácter autonómico**, Registro de Fundaciones de Castilla-La Mancha (cuya inscripción es preceptiva), Registro de Servicios Sociales y Registro Central de Entidades de Voluntariado.

En cuanto a las **áreas técnicas** de FUNDACE CLM, son en primer lugar, el **Área Neurológica y Social**, que desarrolla las siguientes funciones principales:

- Contacto periódico con las personas a las que se prestan los apoyos y en determinados casos, con familiares.
- Planificación y solicitud de recursos sociales y prestaciones.
- Tramitación de solicitudes del reconocimiento de la situación de dependencia.
- Elaboración de informes sociales y neuropsicológicos.
- Apoyo y orientación a familiares de personas con Daño Cerebral.
- Entrevistas y reuniones de coordinación con otros profesionales del ámbito sociosanitario.

Otra de las áreas de trabajo es la **Jurídica**, que se encarga de las siguientes cuestiones:

- Investigación en cuanto a bienes de carácter patrimonial.
- Redacción de escritos y solicitud de determinados documentos a diferentes organismos (Notarías, Registros de la Propiedad, INSS, etc.).
- Comunicación con los juzgados correspondientes, en relación a cuestiones que pudieran suscitarse en la prestación de los diferentes apoyos.
- Comunicaciones al Ministerio Fiscal en relación a una posible situación de desprotección por falta de apoyos.
- Elaboración de inventarios de bienes y rendición anual de cuentas.
- Asesoramiento y orientación a personas con discapacidad y familiares, sobre cuestiones jurídicas diversas.

La siguiente área es la **Económico-Administrativa**, cuyas funciones básicamente son:

- Apertura de cuentas bancarias desde la que se gestiona el patrimonio de las personas con necesidad de apoyo en cuestiones económicas y otras gestiones bancarias.
- Seguimiento de ingresos y gastos a través de la revisión de movimientos bancarios.
- Elaboración de la parte justificativa económica en las rendiciones anuales de cuentas.
- Llevanza de la contabilidad, libros y registros de la Fundación.
- Desarrollo de todo tipo de actuaciones de carácter administrativo.

Por otra parte, y dejando atrás las áreas técnicas, es importante comentar la **metodología de trabajo de FUNDACE CLM, que se basa en la planificación centrada en la persona**. Como se ha venido exponiendo a lo largo del texto, es la propia persona sobre la base de su historia, capacidades y deseos, quien planifica las metas que quiere alcanzar para mejorar su vida.

Para la organización del trabajo y con la finalidad de llevar a cabo dicha metodología, FUNDACE CLM cuenta con la Comisión Técnica, que está formada por todas las personas profesionales que componen las diferentes áreas, junto con la Dirección General, formando así un equipo multidisciplinar de trabajo. La Comisión, se reúne tantas veces como considera necesario para llevar a cabo una coordinación en relación con el estudio y valoración de los expedientes (judiciales y extrajudiciales). Analiza y estudia todas las cuestiones suscitadas en relación a la prestación de las correspondientes medidas de apoyo. Igualmente, planifica, adopta acuerdos y plantea propuestas de actuación, teniendo en cuenta las capacidades de la persona y su voluntad (en el caso que sea posible).

El proceso en la prestación de apoyos comienza con la derivación del expediente a FUNDACE CLM, por la **Comisión de Tutela de Castilla-La Mancha** (órgano que depende de la Consejería de Bienestar Social de la Junta de Castilla-La Mancha) para su valoración, de cara a la aceptación en el juzgado correspondiente. Se procede entonces al análisis y valoración del expediente, se elaboran los informes en su caso y, finalmente, se determina por la Comisión Técnica, la aceptación o no del expediente en cuestión, en base al perfil que presente la persona. Finalmente, esa decisión se traslada a la Comisión de Tutela de Castilla-La Mancha para su posterior derivación al juzgado correspondiente.

5. SERVICIO DE INFORMACIÓN Y ASESORAMIENTO JURÍDICO

Además de la labor realizada en la provisión de apoyos a personas con Daño Cerebral, FUNDACE CLM desarrolla desde su inicio un servicio de información y asesoramiento jurídico, dirigido a: personas con Daño Cerebral y a sus familias, personas con otras discapacidades y profesionales de cualquier ámbito público o privado que lo requieran (principalmente las consultas que llegan provienen de profesionales de trabajan por y para la discapacidad).

Este servicio se puso en marcha debido a la detección de una problemática específica y ciertas demandas que no estaban resueltas, plantea principalmente por la familia de personas con Daño Cerebral (dudas principalmente de carácter jurídico, no resueltas por otros medios). Estas dudas, se planteaban a raíz de la afectación de las capacidades cognitivas, que incidían en la toma de decisiones de la persona con Daño Cerebral (gestiones bancarias, firma de determinados documentos, posibles decisiones que pudieran acarrear perjuicio económico, etc.). También, se plantean cuestiones como asuntos de familia (procedimientos de divorcio, relaciones familiares conflictivas, custodia de hijos menores de edad...), relaciones con aseguradoras y mutuas de accidentes de trabajo (solicitud de indemnizaciones, prestaciones por IPL...).

Como se ha mencionado, el objetivo principal de este servicio es asesorar, informar y orientar a los familiares y a la propia persona con Daño Cerebral en diversas cuestiones, cuando lo necesiten.

En cuanto a los aspectos para tener en cuenta en la prestación de este servicio, destacar que FUNDACE CLM no asume la representación directa (no se persona) en procedimientos judiciales, administrativos o de cualquier naturaleza, puesto que no funcionamos como un despacho de abogados. Se desvirtuaría el objetivo principal de la Fundación que es la prestación de los apoyos necesarios, a personas con Daño Cerebral que lo requieran. En los casos en los que la persona deba asistir a un procedimiento judicial, la Fundación puede apoyar en la búsqueda de profesionales del Derecho o si es posible, se deriva a la asistencia jurídica gratuita.

Normalmente por parte de las personas profesionales, se proporciona información puntual telefónica y en caso necesario, se realizan derivaciones a otros servicios, recursos, etc. aunque en caso necesario, se elaboran escritos de reclamación a diferentes entidades que firma la propia persona interesada en su nombre y escritos dirigidos a las diferentes Fiscalías Provinciales, comunicando una posible situación de indefensión de la persona con Daño Cerebral.

Recomendaciones finales



Recomendaciones finales



- 1. En el ámbito del derecho privado**
- 2. En el ámbito laboral y la salud**

1. EN EL ÁMBITO DEL DERECHO PRIVADO

Desde el día 3 de septiembre, el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas ha dado un giro de 180 grados. Ese día entró en vigor la Ley 8/2.021, que, entre otras cosas, ha supuesto la desaparición de las tutelas (salvo para los menores de edad) y de las incapacitaciones.

Lo fundamental es el ejercicio de derechos en condiciones de igualdad con los demás y que a las personas con discapacidad se les provea de los apoyos y salvaguardias necesarias para que ese ejercicio de derechos sea una realidad.

Para ello, se ha establecido la posibilidad de determinar por uno mismo medidas voluntarias de apoyo y sólo con carácter subsidiario o en caso de ineficacia de las medidas voluntarias, procederán primero la guarda de hecho, como medida de apoyo informal y después las medidas judiciales.

¿Qué hacer a partir de ahora?

Lo ideal es utilizar ese sistema de medidas voluntarias de apoyo mediante los instrumentos notariales que se encuentran al alcance de todos los ciudadanos dado que el legislador configura a la autoridad notarial como cauce para el ejercicio de derechos en condiciones de igualdad:

- El ejercicio de derechos concretos con apoyo con intervención notarial o el diseño de planes de apoyo personalizados que recoge el artículo 255 del CC la designación o acuerdos de apoyo en escritura pública como medio preferente de delimitar un sistema de apoyos con arreglo a la voluntad, deseos y preferencias de la persona.
- **Poder preventivo**, escritura que permite designar a otra/s personas para que actúe en mi nombre en caso de no poder manifestar o conformar voluntad en el futuro.
- **Autocuratela** que consiste en decidir sobre el nombramiento o la exclusión de una o varias personas determinadas para el ejercicio de la función de curador, que será generalmente asistencia y solo excepcionalmente tendrá carácter representativo.

En caso de no haber procedido al dictado de las anteriores medidas, la ley contempla sistemas de apoyo judiciales a través de la curatela y el defensor judicial. Sin embargo, y en aras de una desjudicialización de la vida diaria de las personas con discapacidad, se ha previsto un sistema de apoyo informal: la guarda de hecho.

A pesar de que la ley no prevé, más que en contados supuestos, la intervención obligatoria de los abogados, es más que deseable, aconsejable, su participación como asesores especialistas en materia de discapacidad, tanto en los procedimientos judiciales que sean imprescindibles promover, como en el asesoramiento jurídico previo, y siempre por un profesional especializado en Derecho de la Discapacidad.

Las medidas de apoyo

- Se prestarán **atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias** de las personas con discapacidad, ayudándola en el proceso de la toma de decisiones y promoviendo que pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro.
- Los apoyos son todo tipo de actuaciones: el acompañamiento amistoso, la ayuda técnica en la comunicación de declaraciones de voluntad, la ruptura de barreras arquitectónicas y de todo tipo, el consejo, o incluso la toma de decisiones delegadas.
- Serán revisadas periódicamente, a través de un expediente de jurisdicción voluntaria, en un plazo máximo de tres años, y en todo caso, ante cualquier cambio en la situación de la persona que pueda requerir una modificación de dichas medidas.

La guarda de hecho

Siempre que sea posible, esta figura es la ideal, porque es la más informal de las instituciones de apoyo. Un 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.

Sólo será necesaria la autorización judicial cuando el guardador efectúe actuaciones de representación, o bien para prestar consentimiento en los actos que impliquen riesgo para la vida, la integridad física o la libertad de la persona a su cuidado, cuando ésta no pueda prestarlo.

El defensor judicial

Se empleará esta figura cuando la persona con discapacidad requiera el establecimiento de medidas de apoyo con carácter ocasional, aunque sea recurrente, o en los casos en que se prevea la existencia de conflicto

de intereses entre la persona con discapacidad y la que está encargada de prestarle los apoyos.

La curatela asistencial

En el caso de que no exista otra medida de apoyo suficiente para la persona con discapacidad, es la curatela la institución a la que acudir, siempre que la persona que necesite apoyo lo precise de modo continuado.

Será la resolución judicial la que determine el alcance concreto de las medidas de apoyo, sin posibilidad de incluir prohibiciones de derechos, y siempre atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, siendo el curador el asistente que deba ayudar a la persona con discapacidad a que ejercite sus derechos.

La curatela representativa

Esta figura es excepcional y se acudirá a ella en el caso de que sea absolutamente imposible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona. En este caso, en el ejercicio de las funciones de apoyo, se tendrá en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que hubiera adoptado la persona en caso de no requerir representación.

Por último, hay que recordar que, si las personas legitimadas para solicitar la **adaptación de las antiguas modificaciones de capacidad** a las previsiones de la nueva norma, no lo hubieran solicitado en un plazo de 3 años, se procederá a la revisión de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal a fin de adaptar las anteriores sentencias a la actual normativa que se fundamenta en el apoyo y no en la sustitución representación.

2. EN EL ÁMBITO LABORAL Y LA SALUD:

Uno de los derechos socio-laborales más importantes de las personas con discapacidad es que de acuerdo con la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad es la obligación de realizar ajustes razonables en el lugar de trabajo existiendo discriminación en determinados casos de denegación de ajustes razonables. Y, los empresarios están obligados a adoptar las medidas adecuadas para la adaptación del puesto de trabajo y la accesibilidad de la empresa, en función de las necesidades de cada situación concreta, con el fin de permitir a las personas con discapacidad acceder al empleo, desempeñar su trabajo, progresar profesionalmente y acceder a

la formación. En el caso de las administraciones públicas éstas deben adoptar las adaptaciones en el puesto de trabajo a las necesidades de las personas con discapacidad.

En España existe en cada provincia la Inspección de *Trabajo y Seguridad Social* y se pueden **denunciar** gratuitamente y sin asistencia de ningún profesional situaciones que sean contrarias (discriminación directa o indirecta) a los derechos laborales que tienen reconocidas las personas con discapacidad. En internet existe sede electrónica que facilita los trámites de denuncia <https://www.mites.gob.es/itss/web/index.html>

Respecto a la Seguridad Social la personas con discapacidad tienen derecho a la incapacidad permanente aunque estén afectadas y fueran existentes en la fecha de la afiliación del interesado en la Seguridad Social porque la ley regula que no impedirán la calificación de la situación de incapacidad permanente cuando se trate de personas con discapacidad y con posterioridad a la afiliación tales reducciones se hayan **agravado**, provocando por sí mismas o por concurrencia con nuevas lesiones o patologías una disminución o anulación de la capacidad laboral que tenía el interesado en el momento de su afiliación. Respecto la parálisis cerebral es posible la anticipación de la jubilación de los trabajadores con discapacidad en grado igual o superior al 45%. Y en todo caso existe la posibilidad de hacer un convenio especial con la Seguridad Social al acreditar parálisis cerebral y que la persona tenga especiales dificultades de inserción laboral. Existen oficinas del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) en todas las provincias de España que con cita previa informan gratuitamente.

Hay que tener bien claro que la incapacidad permanente (IP) tiene dos determinantes:

- a) La enfermedad o el déficit funcional que causa ha de ser permanente (no tiene porque ser irreversible), es decir que se prevé científicamente que no mejore con el transcurso del tiempo.
- b) Ha de incapacitar para la profesión concreta que se solicita (incapacidad permanente total) o bien para todas (incapacidad permanente absoluta); no todas las del mundo, sino que dificulte o impida el acceso a una actividad laboral reglada.

Si se considera que la enfermedad se ha cronificado o por su naturaleza es irreversible (amputaciones, infartos...) conviene solicitar la IP y no agotas la incapacidad temporal (IT), por cuanto puede suceder que tras agotar el periodo máximo de IT (12+6 meses) no se conceda la IP de

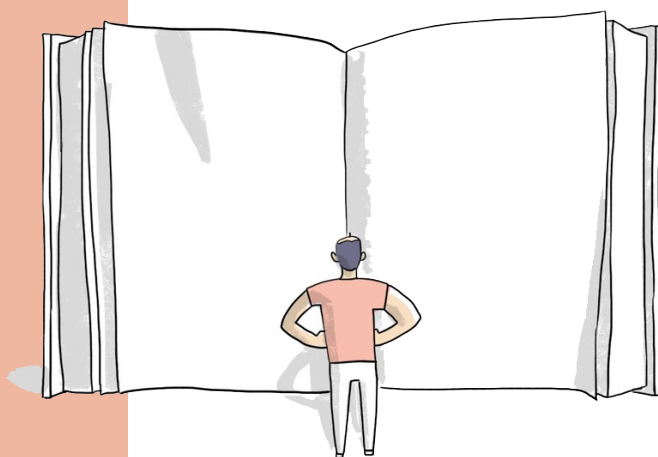
oficio, y el paciente deba reincorporarse a su actividad profesional, con toda su patología y sin estar capacitado para ello.

La discapacidad (antes llamada minusvalía) no tiene relación alguna con la profesión, sino que es la comparación, mediante unas tablas que determina la ley, del paciente con un supuesto que está 100% sano.

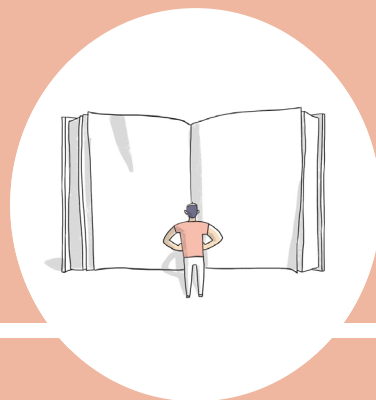
Con el 33% de discapacidad se alcanza tiene derecho a ciertos beneficios sociales y económicos. Si no se ha cotizado a la seguridad social hace falta alcanzar el 65% para optar a una pensión no contributiva.

Antes de solicitar un grado de dependencia es aconsejable realizar el sencillo test de Barthel que nos indicará con un importante grado de aproximación la dependencia que presenta la persona con discapacidad.

Anexos



Anexos



1. Supuestos prácticos

2. Normativa de referencia y recursos de apoyo

1. SUPUESTOS PRÁCTICOS

Gracias a la aportación de las entidades del Movimiento Asociativo de Daño Cerebral FEDACE hemos podido recopilar algunas situaciones que se dan habitualmente en nuestras asociaciones. Estos supuestos prácticos han sido resueltos por los colaboradores del presente Cuaderno Técnico.

SUPUESTO 1

Jesús ha tenido un ictus, se ha recuperado bastante bien, pero tiene algunos fallos leves de memoria, tras el proceso de incapacidad temporal le han otorgado un 33% de grado discapacidad, pero el INSS le ha dado como apto para volver a su puesto.

La empresa ¿Tiene alguna obligación de aplicar algún tipo de ajuste para compensar esa falta de memoria?

Resolución:

En este caso, gracias al 33% de grado de discapacidad la ley sí regula que el empresario garantizará de manera específica la protección de los trabajadores que, por sus propias características personales o estado biológico conocido, **incluidos aquellos que tengan reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial**, sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo.

Puesto de trabajo, del mismo grupo profesional, que la empresa tuviera vacante en otro de sus centros de trabajo en una localidad en que sea más accesible dicho tratamiento.

Tener en cuenta que algunos convenios colectivos de trabajo tienen alguna ayuda o medidas de apoyo, pero depende de cada convenio y puede ser que no exista nada previsto.

¿Qué sucede si la empresa despidе a Jesús como consecuencia de su menor rendimiento cognitivo?

Siempre es importante tener presente que el despido para ser válido requiere carta escrita de la empresa explicando los motivos. Como Jesús ya tiene la discapacidad reconocida del 33% la empresa debe acreditar y probar que la causa no está relacionada con su discapacidad ya que en caso contrario el despido podría ser nulo por discriminación y en cualquier caso siempre es recomendable firmar como recibí “no conforme” y registrar cuanto antes papeleta de conciliación en la Administración que suele ser Consejería de Trabajo y luego con la copia del registro registrar demanda en el Juzgado SOCIAL de la provincia del lugar de trabajo y ANTES DE 20 DÍAS HÁBILES (no se precisa de Abogado/a pero es recomendable Abogado/a o Graduado/a Social). El Juez-Magistrado de lo Social puede en sentencia declarar que el despido es improcedente (con mayor indemnización económica) o nulo (con obligación de volver a readmitir).

En España es posible un despido objetivo por ineptitud sobrevenida (“Por ineptitud del trabajador conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa”) en el que el trabajador tiene derecho a una indemnización limitada de veinte días por año de servicio con un máximo de doce mensualidades).

¿La empresa se podría beneficiar de la contratación de Jesús como persona con discapacidad?

Como regla general las empresas se benefician a efectos de Seguridad Social cuando es una contratación inicial pero no cuando es “sobrevenida” (aunque este tema está en reforma). Pero si Jesús decide trabajar en otra empresa ésta podrá tener beneficios de Seguridad Social o si decide ser un autónomo. Es importante inscribirse en la oficina de empleo como demandante de mejora de empleo.

Pero la empresa de Jesús sí puede computar a Jesús como trabajador con discapacidad a efectos de cumplir y acreditar con la reserva de trabajadores con discapacidad a efectos de contratar con las Administraciones y por ejemplo a efectos de solicitar subvenciones según algunas convocatorias de cada Comunidad Autónomas (Las

empresas públicas y privadas que empleen a un número de 50 o más trabajadores vendrán obligadas a que de entre ellos, al menos, el 2% sean trabajadores con discapacidad).

Y, por ejemplo a efectos fiscales/Hacienda en la Ley del Impuesto de sociedades (Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades; art. 38) hay deducción de 9.000 euros por cada persona/año de incremento del promedio de plantilla de trabajadores con discapacidad en un grado igual o superior al 33 por ciento e inferior al 65 por ciento, contratados por el contribuyente, experimentado durante el período impositivo, respecto a la plantilla media de trabajadores de la misma naturaleza del período inmediato anterior. Y es de 12.000 euros por cada persona/año de incremento del promedio de plantilla de trabajadores con discapacidad en un grado igual o superior al 65 por ciento, contratados por el contribuyente, experimentado durante el período impositivo, respecto a la plantilla media de trabajadores de la misma naturaleza del período inmediato anterior.

Fundamentos legales:

Estatuto de los Trabajadores (Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley):

*art.53 ET: requisitos de cualquier despido objetivo indemnizado.

*art.59.3. El ejercicio de la acción contra el despido (o resolución de contratos temporales) caducará a los 20 días siguientes de aquel en que se hubiera producido.

Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales: art.25.

- Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social: art. 40.2. “Los empresarios están obligados a adoptar las medidas adecuadas para la adaptación del puesto de trabajo y la accesibilidad de la empresa, en función de las necesidades de cada situación concreta, con el fin de permitir a las personas con discapacidad acceder al empleo, desempeñar su trabajo, progresar profesionalmente y acceder a la formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario”.

Complementariamente, el Estatuto de los Trabajadores contempla en art. 40.5. ET que “Para hacer efectivo su **derecho de protección a la salud**, los trabajadores con discapacidad que acrediten la necesidad de recibir fuera de su localidad un tratamiento de habilitación o rehabilitación médico-funcional o atención, tratamiento u orientación psicológica relacionado con su discapacidad, tendrán **derecho preferente a ocupar otro puesto de trabajo, del mismo grupo profesional, que la empresa tuviera vacante en otro de sus centros de trabajo en una localidad en que sea más accesible dicho tratamiento.**

Tener en cuenta que algunos convenios colectivos de trabajo tienen alguna ayuda o medidas de apoyo, pero depende de cada convenio y puede ser que no exista nada previsto.

- Real Decreto 1451/1983, de 11 de mayo, por el que en cumplimiento de lo previsto en la Ley 13/1982, de 7 de abril, se regula el empleo selectivo o las medidas de fomento del empleo de los trabajadores con discapacidad.

SUPUESTO 2

Manuel tiene una prestación de incapacidad absoluta para todo trabajo como cocinero por sus alteraciones cognitivas y un 65% de discapacidad como consecuencia de un traumatismo craneoencefálico, en el tiempo que lleva en la asociación ha mejorado mucho y le han incluido en un programa de empleo, ha realizado varias entrevistas y ha sido preseleccionado para un puesto como vigilante de seguridad, él está muy ilusionado y está dispuesto a volver al mercado laboral siempre y cuando se mantenga su incapacidad laboral para su profesión como cocinero.

Resolución:

Legalmente, la Ley General de la Seguridad Social sí lo permite, pero cumpliendo requisitos:

*Las pensiones vitalicias en caso de incapacidad permanente absoluta o de gran invalidez no impedirán el ejercicio de aquellas actividades, sean o no lucrativas, **compatibles con el estado del in-**

capacitado y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión”.

*En caso de incapacidad permanente total, la pensión vitalicia correspondiente será compatible con el salario que pueda percibir el trabajador **en la misma empresa o en otra distinta**, siempre y cuando las funciones no coincidan con aquellas que dieron lugar a la incapacidad permanente total.

*Si se cobra la pensión incapacidad permanente total cualificada (complemento del 20% sobre el 55%): atención: no se tiene derecho al complemento mensual del 20% de la pensión.

Hay que tramitar y registrar comunicación en formulario oficial en INSS –cualquier oficina. Pero ATENCIÓN: hay que tener presente que el organismo de la Seguridad Social que hace de “Tribunal Médico” puede hacer revisión y acabar con resolución que deja sin efecto la pensión de incapacidad o la rebaja a un grado menor aunque se puede recurrir ante el INSS y luego ante Juzgado de lo Social: art. 200 LGSS si el pensionista de incapacidad permanente estuviera ejerciendo cualquier trabajo, por cuenta ajena o propia, el Instituto Nacional de la Seguridad Social podrá, de oficio o a instancia del propio interesado, promover la revisión, **con independencia de que haya o no transcurrido el plazo señalado en la resolución.**

Fundamentos legales:

Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS): art. 198 y 200.

SUPUESTO 3

Martin ha pasado tribunal médico hace un mes, ha recibido una carta en la que se considera apto para su puesto de trabajo, en el tribunal no presentó informes de sus alteraciones cognitivas/ comunicación, el y familia quieren que se reevalúe y se tengan en cuenta estas secuelas ¿Que tienen que hacer? ¿Qué vías caben para la reclamación?

Resolución:

Es muy importante que en la reclamación ante el INSS por escrito (cualquier oficina) ponga todos sus diagnósticos y las limitaciones

que tiene y que adjunte copia numerada de los informes médicos y tras la carta que reciba que seguramente desestime la reclamación entonces **antes de 30 días** en la demanda al Juzgado Social debe poner todos los diagnósticos y las limitaciones y adjuntar con la demanda los informes que tenga numerados y **hasta el día del juicio puede aportar más informes médicos que deberá llevar en un índice numerado**.

Atención plazos: Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social: art.71: antes de 30 días reclamación previa y antes de 30 días demanda.

*Atención plazos más breves como por ejemplo en caso de impugnación de “altas médicas” el plazo anterior será de **20 días***.

Los Jueces y Magistrados valoran a su criterio legalmente los informes y siempre son relevantes los de la sanidad pública especializada y especialmente que indiquen las limitaciones que afectan a la persona.

SUPUESTO 4

Lucía fue a hacer la valoración del grado de discapacidad hace un mes, ha recibido una carta en la que no se tienen en cuenta sus alteraciones cognitivas/ comunicación teniendo un 31% de discapacidad su familia y ella quieren que se reevalúe su caso ¿Que tienen que hacer? ¿Qué vías caben para la reclamación?

Resolución:

Debe registrar reclamación escrita primeramente ante registro de la Consejería de Servicios Sociales adjuntando informes médicos, trabajo social, psicológicos, etc correspondiente y tras la denegación entonces demanda ante el Juzgado Social adjuntando numerados los informes antes de 30 días.

Fundamentos legales:

Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social: 30 días.

SUPUESTO 5

Sandra fue a hacer la valoración del grado de discapacidad hace un mes, ha recibido una carta en la que no se tienen en cuenta sus alteraciones cognitivas/ comunicación teniendo un 31% de discapacidad su familia y ella quieren que se reevalúe su caso ¿Que tienen que hacer? ¿Qué vías caben para la reclamación?

Resolución:

Hay que hacer entender a Sandra que debe seguir con rehabilitación y tratamientos sociosanitarios para recuperarse dentro de lo posible y que una incapacidad permanente no es para siempre y que es revisable tras la mejoría y que hay reserva de puesto de trabajo durante 2 años si hay previsión de mejoría. Si trabaja como profesora de educación infantil sin estar recuperada puede agravarse y empeorar su situación y aunque podría solicitar luego una incapacidad temporal, pero en la práctica es mejor continuar sin reincorporarse hasta una mejoría que permita estar toda la jornada completa sin problemas.

Fundamentos legales:

ET art. 48.2. reserva del puesto de trabajo, durante un periodo de 2 años a contar desde la fecha de la resolución por la que se declare la incapacidad permanente.

Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social: 30 días.

SUPUESTO 6

Mujer, 49 años, operada de un tumor cerebral en el año 2008. Tras el periodo de rehabilitación y baja laboral, el INSS le valora una Incapacidad Total permanente (anteriormente trabajaba como encargada de almacén) y posteriormente empieza a trabajar en una empresa de empleo protegido, concretamente en una gasolinera como expendedora.

Presenta secuelas a nivel cognitivo con alteración de memoria y a nivel físico afectación importante en el equilibrio.

En 2020 empieza a sufrir episodios de lumbalgia aguda, junto con una dolencia de rodilla y rotura de coxis por caída. Está de baja laboral durante año y medio y en este proceso comienza con cefaleas importantes que terminan con un diagnóstico de Neuralgia de Arnold de la que le intervienen en dos ocasiones y hace que la baja se alargue a dos años.

Continúa con cefaleas importantes y su afectación en el equilibrio se ha visto resentida de forma muy importante.

Tras estos dos años de baja, el tribunal médico del INSS dictamina que tiene que incorporarse a trabajar y continuar en su situación de Incapacidad Total previa, en base a un diagnóstico de lumbalgia (asocian las cefaleas y pérdida de equilibrio a su baja por lumbalgia, no a la neuralgia de la cual es intervenida).

Se incorpora al trabajo y tras dos días, viendo en la empresa y ella misma que no puede desempeñar sus funciones, deciden de mutuo acuerdo solicitar y conceder respectivamente una excedencia hasta que el tema se resuelva.

Acude a un abogado que le asesore sobre su caso. Se encuentra desorientada ya que no puede trabajar a pesar de que debe hacerlo.

Resolución:

Estando en excedencia es una buena opción temporal dentro de la situación concreta mientras se valora la decisión y estrategia legal a seguir. Estando en excedencia no puede tener derecho a incapacidad temporal (baja). Otra cosa es que tras la excedencia puede iniciar una nueva baja con otro diagnóstico médico si cumple los

requisitos que establece la Ley General de la Seguridad Social. Respecto a la excedencia es muy importante tener presente el convenio colectivo que se aplica en la empresa ya que hay se concretan tiempos máximos y cómo solicitar el reingreso. Y atención: en general el derecho de reingreso es en las vacantes de igual o similar categoría a la suya que hubiera o se produjeran en la empresa y hay que ver el concreto convenio colectivo aplicable.

Al ser trabajadora en Centro Especial de Empleo también debe cumplirse la prevención de riesgos laborales como trabajadora especialmente sensible y también sería posible un despido indemnizado limitado por ineptitud sobrevenida.

La ley en este caso sí obligaría a cumplir el “fin de garantizar **que el trabajo se adecúe en todo momento** a las características personales y profesionales del trabajador con **discapacidad** ”.

Fundamentos legales:

Real Decreto 1368/1985, de 17 de julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los minusválidos que trabajen en los Centros Especiales de Empleo.

2. NORMATIVA DE REFERENCIA Y RECURSOS DE APOYO

Normativa

- Estatuto de los Trabajadores (Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley).
- Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales.
- Procedimiento: L.E.C., y Ley 15/2015 de jurisdicción voluntaria.
- Código Civil Español.
- Ley 41/2.003 sobre patrimonio protegido.
- Ley 8/2.021, 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.
- Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.
- Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.
- Real Decreto 1451/1983, de 11 de mayo, por el que en cumplimiento de lo previsto en la Ley 13/1982, de 7 de abril, se regula el empleo selectivo o las medidas de fomento del empleo de los trabajadores con discapacidad.
- Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS).
- Real Decreto 1368/1985, de 17 de julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los minusválidos que trabajen en los Centros Especiales de Empleo.

Bibliografía

- Fundación Aequitas. 2021.
[“El impacto de la reforma en el Código Civil”](#)

Recursos de apoyo

- **Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030.**
<https://www.mdsocialesa2030.gob.es>
- **Ministerio Fiscal.**
<https://www.fiscal.es>
- **Ministerio Fiscal .Denuncia Delitos de odio y discriminación.**
<https://www.fiscal.es/contacto-delitos-de-odio-y-discriminación>
- **Ministerio de Trabajo y Economía Social.**
<https://www.mites.gob.es>
- **IMERSO. Instituto de Mayores y Servicios Sociales.**
<https://www.imerso.es>
- **Instituto Nacional de la Seguridad Social.**
<https://www.seg-social.es>
- **Real Patronato de la Discapacidad.**
<https://www.rpdiscapacidad.gob.es/home.htm>
- **Oficina de Atención a la Discapacidad.**
<https://oadis.vpsocial.gob.es>
- **Consejo Nacional de la Discapacidad Reclamaciones.**
<https://oadis.vpsocial.gob.es/consultaDenunciaQueja/home.htm>
- **Consejo General del Poder Judicial.**
<https://www.poderjudicial.es>
- **Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad.**
<https://www.cermi.es>
- **Asociación Española de Fundaciones Tutelares.**
<https://fundacionestutelares.org>
- **Fundación Aequitas.**
<https://aequitas.notariado.org>
- **FUNDACE CLM.**
<https://fundaceclm.org>



La Federación Española de Daño Cerebral (FEDACE) representa y dinamiza al Movimiento Asociativo de personas con Daño Cerebral y sus familias desde hace más de 25 años. Es una Entidad de ámbito estatal declarada de Utilidad Pública, que apoya a las personas con Daño Cerebral y a sus familias en el ejercicio de sus derechos de ciudadanía y en su plena inclusión en la comunidad.

Esto lo hace reivindicando y promocionando la existencia de los recursos y servicios necesarios para facilitar que cada persona con Daño Cerebral tenga su mejor nivel de salud y la máxima calidad de vida posible.

FEDACE representa a las familias y personas con Daño Cerebral a través de sus asociaciones distribuidas por todo el territorio nacional.



Entidades asociadas



Federación
Española de
Daño Cerebral

Federación Española de Daño Cerebral (FEDACE)

C/ Pedro Teixeira 8, planta 10. 28020, Madrid

Telf. 91 417 89 05 / info@fedace.org

www.fedace.org



@FEDACEorg



@fedaceorg



company/fedace



@fedaceorg



FEDACE



POR SOLIDARIDAD
OTROS FINES DE INTERÉS SOCIAL

Colaboran:



Descarga nuestras
publicaciones FEDACE