

Informe

Efectos colaterales de la Ley 8/2021

Líneas de **argumentación** y **vías de acción** ante interpretaciones restrictivas que afectan negativamente a los **derechos de las personas con discapacidad y sus familias**

Informe

Efectos colaterales de la Ley 8/2021

Líneas de **argumentación** y **vías de acción** ante interpretaciones restrictivas que afectan negativamente a los **derechos de las personas con discapacidad y sus familias**

Autoría:

Coordinador: *Rafael Cid*

Contribuciones en materia de Derecho Laboral y Seguridad Social: *Francisco Delgado*

Contribuciones en materia de Derecho Constitucional: *Carmen Montesinos*

Contribuciones en materia de Derecho Fiscal: *Ricardo García*

Contribuciones en materia de Derecho de la UE: despacho de abogados *Pérez-Llorca*



Edita:

Plena inclusión España.
Madrid.
Junio 2024.
Avenida General Perón, 32.
28020. Madrid
info@plenainclusion.org
www.plenainclusion.org

Foto portada:

Marcos Álvares. *El poder del amor.*
Concurso de fotografía INICO 2023
Fundación Aliados por la Integración



Financiado por:

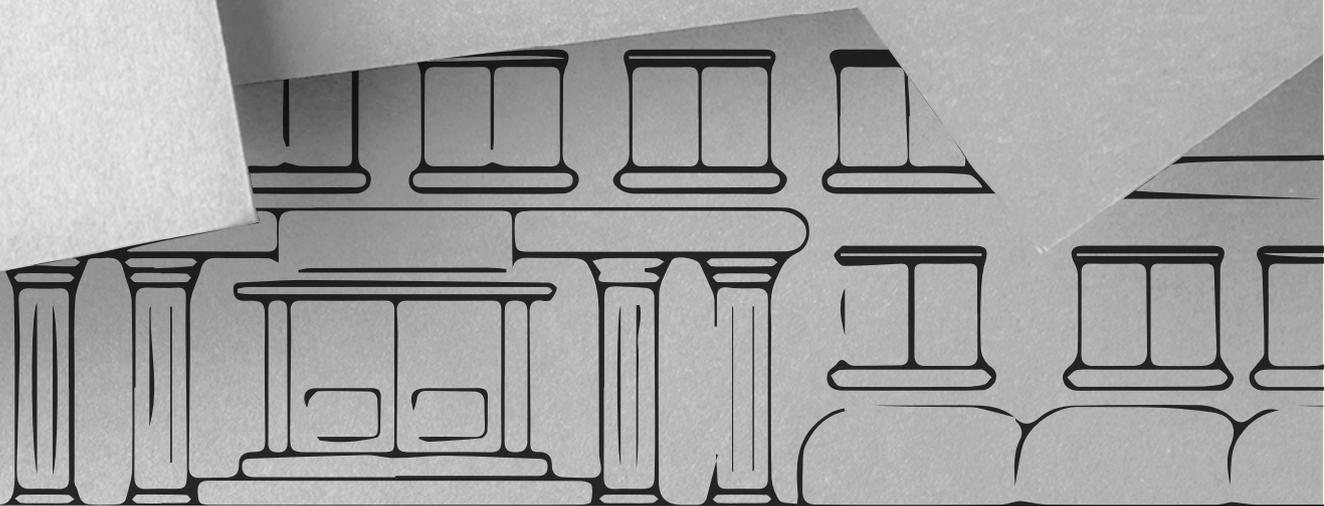


Índice

1	Contexto: la Ley 8/2021	4
	A. Supresión de la tutela, la patria potestad y la patria potestad rehabilitada	6
	B. La preferencia de las medidas de apoyos voluntarias	7
	C. El refuerzo de la guarda de hecho	7
	D. La naturaleza primordialmente asistencial de la curatela	9
2	Derogaciones y modificaciones de la LIV y la LEC	6
	A. Los procedimientos de provisión de apoyos	12
	B. La revisión de medidas adoptadas conforme a la legislación derogada	13
3	Lagunas y conflictos normativos	16
	A. Ámbito tributario	17
	A.1. Planteamiento: impacto en la aplicación de la Ley IRPF	
	A.2. Argumentos relativos a la incompatibilidad del criterio de la Agencia Tributaria con la normativa vigente y cuestiones de hecho relevantes para potenciales recursos	
	A.3. Vías de impugnación	
	B. Seguridad social	29
	B.1. Planteamiento: acceso a prestaciones de la Seguridad social en aplicación de la LGSS	
	B.2. Argumentos relativos a la interpretación de la redacción de la DA 25 LGSS tras la entrada en vigor del RDL 2/2023 y cuestiones de hecho relevantes para potenciales recursos	
	B.3. Vías de impugnación	
	C. Acceso y contratación de productos financieros	47
	C.1. Planteamiento de los problemas surgidos en el acceso a servicios bancarios tras la entrada en vigor de la Ley 8/2021 y argumentación jurídica para su solución	
	C.2. Vías de impugnación	
	D. Convenios colectivos que siguen incorporando referencias a la incapacidad judicial.....	68
	D.1. Planteamiento del problema y argumentación	
	D.2. Vías de impugnación	
	E. Asistencia jurídica gratuita	70
4	Apunte final. Una actuación relevante en el ámbito legislativo de la UE	71
5	Conclusiones	74

1. Contexto.

La Ley 8/2021



1. 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](#) (Ley 8/2021) reformó la legislación civil española con el objetivo de adecuar nuestro ordenamiento jurídico a lo dispuesto en el artículo 12 de la [Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad](#) (la Convención o CDPD), en virtud del cual *“(l)os Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida”, resultando obligados por ello a proporcionarles acceso a las “medidas de apoyo” que puedan necesitar para ejercerla, estableciendo un sistema de “salvaguardas” que respete “los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona”*.
2. Con este espíritu, en el preámbulo de la Ley 8/2021 se advierte sobre el cambio de un sistema *“en el que predomina(ba) la sustitución en la toma de las decisiones que afectan a las personas con discapacidad, por otro basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona quien, como regla general, será la encargada de tomar sus propias decisiones”*. En consecuencia, *“el elemento sobre el que pivota la nueva regulación no va a ser ni la incapacitación de quien no se considera suficientemente capaz, ni la modificación de una capacidad que resulta inherente a la condición de persona humana y, por ello, no puede modificarse”*.
3. De conformidad con tales postulados, la Ley 8/2021 modifica el Título XI del Libro Primero del [Código Civil](#) (CC), incorporando el concepto de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica y regulando diferentes figuras a ese fin dirigidas en detrimento de la incapacitación y la modificación de la capacidad.
4. En este sentido, el vigente art. 249.I CC, con el que se inicia el nuevo texto del Título XI, concreta que las mismas se establecerán en favor de las personas *“que las precisen para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica”*, teniendo en todo caso por finalidad *“permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad”* y debiendo estar *“inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales”*.
5. La adopción de la Ley 8/2021 es coherente con el art. 10.1 de la Constitución Española (CE) y con el art. 3 de la Convención como principio general, reforzando el derecho de las personas con discapacidad a la independencia y a la libertad para tomar sus propias decisiones, así como a una participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad y a la igualdad de oportunidades.
6. Igualmente, el nuevo texto normativo viene a reducir la incertidumbre sobre la aplicación de la Convención, exigida de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10.2 CE en tanto que tratado internacional ratificado por España.
7. Atendiendo a este cambio de perspectiva, como se ha descrito profusamente en comentarios y desarrollos doctrinales, pueden destacarse las siguientes **cuatro novedades** introducidas por la Ley 8/2021.

A

Supresión de la tutela, la patria potestad prorrogada y la patria potestad rehabilitada

8. Tras la entrada en vigor de la Ley 8/2021, la figura de la tutela queda reservada para los menores de edad que no estén protegidos a través de la patria potestad. Según el preámbulo de la Ley 8/2021:

“se eliminan del ámbito de la discapacidad no sólo la tutela, sino también la patria potestad prorrogada y la patria potestad rehabilitada, figuras demasiado rígidas y poco adaptadas al sistema de promoción de la autonomía de las personas adultas con discapacidad que ahora se propone”.

9. Al suprimirse la incapacitación, de conformidad con el precitado principio de dignidad de la persona con discapacidad, deja de ser posible también prorrogar o rehabilitar la patria potestad. En este sentido, el citado preámbulo de la Ley 8/2021 recuerda que:

“las nuevas concepciones sobre la autonomía de las personas con discapacidad ponen en duda que los progenitores sean siempre las personas más adecuadas para favorecer que el hijo adulto con discapacidad logre adquirir el mayor grado de independencia posible y se prepare para vivir en el futuro sin la presencia de sus progenitores, dada la previsible supervivencia del hijo; a lo que se añade que cuando los progenitores se hacen mayores, a veces esa patria potestad prorrogada o rehabilitada puede convertirse en una carga demasiado gravosa. Es por ello que, en la nueva regulación, cuando el menor con discapacidad llegue a la mayoría de edad se le prestarán los apoyos que necesite del mismo modo y por el mismo medio que a cualquier adulto que los requiera”.

10. Así, en caso de existencia de hijos con discapacidad, podrán promoverse, cuando proceda, las medidas de apoyo reconocidas en el Código Civil según se cumplan los criterios establecidos para cada una de ellas, teniendo en cuenta que el actual art. 91.II CC permite al juez establecer en la sentencia de nulidad, separación o divorcio medidas de apoyo en favor de los hijos comunes mayores de dieciséis años que, por razón de su discapacidad, *“las necesitaren, previa audiencia de los mismos, las cuales entran en vigor, cuando alcancen la mayoría de edad”.*
11. En todo caso, la Disposición Transitoria Segunda, III, prevé que *“(q)uienes ostenten la patria potestad prorrogada o rehabilitada continuarán ejerciéndola hasta que se produzca la revisión a la que se refiere la disposición transitoria quinta”.*
12. Dicha revisión *“deberá producirse en el plazo máximo de un año desde dicha solicitud”.* Cuando no se presente dicha solicitud, *“la revisión se realizará por parte de la autoridad judicial de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal en un plazo máximo de tres años”.*

B

La preferencia de las medidas de apoyo voluntarias

13. La sustitución del previo sistema de incapacitación por el actual sistema de provisión de apoyos queda reflejada en el tenor literal del nuevo art. 250 CC, en virtud del cual se **otorga clara preferencia a las medidas de apoyo de carácter voluntario**. Dicha preferencia es acorde con la necesidad de que los apoyos prestados se ajusten a la voluntad, los deseos y las preferencias de la persona interesada.
14. Las medidas voluntarias, por su propia naturaleza, pueden ser muy variadas. Así, a modo de ejemplo, se incluyen referencias a los poderes preventivos ex art. 257 CC, las medidas listadas en el art. 25 de la [Ley del Notariado](#) o, en el ámbito judicial, para asegurar la efectividad del derecho a la accesibilidad cognitiva, la figura del “facilitador” del art. 7 bis de la [Ley de Jurisdicción Voluntaria](#) (LJV) y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC).
15. En todo caso, tal y como se concluye en el art. 255 CC, *“(s)olo en defecto o por insuficiencia de estas medidas de naturaleza voluntaria, y a falta de guarda de hecho que suponga apoyo suficiente, podrá la autoridad judicial adoptar otras supletorias o complementarias”*.

C

El refuerzo de la guarda de hecho

16. La Ley 8/2021 refuerza la guarda de hecho como institución de apoyo, establece medidas de control de su desempeño y requiere previa autorización judicial para el ejercicio de acciones de representación.
17. La propia ley incorpora los criterios de eficacia, adecuación y suficiencia como referencia para determinar cuándo procede reconocer una situación de guarda de hecho en lugar de otras medidas judiciales (arts. 250, 263 y 269 CC respectivamente).
18. Según advierte el legislador en el precitado preámbulo de la Ley 8/2021, la guarda de hecho había sido “entendida tradicionalmente como una situación fáctica y de carácter provisional”. En el nuevo texto, en contraste, se le otorga la categoría de **institución jurídica de apoyo**. Consecuentemente, según el art. 269.I CC **“(L)a autoridad judicial constituirá la curatela mediante resolución motivada cuando no exista otra medida de apoyo suficiente para la persona con discapacidad”**. Dicho precepto, leído conjuntamente con el art. 263 CC, permite concluir que **la**

curatela es subsidiaria, exclusiva para el caso de que no existiera una guarda de hecho (o unas medidas voluntarias) que funcionase(n) correctamente:

“(l)a 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”. (Preámbulo Ley 8/2021)

19. Atendiendo a esta realidad de generalización de la guarda de hecho, la Ley 8/2021, para los casos en que se requiera que el guardador realice una actuación representativa, 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. Así, según el art. 264.I CC:

“(c)uando, excepcionalmente, se requiera la actuación representativa del guardador de hecho, este habrá de obtener la autorización para realizarla a través del correspondiente expediente de jurisdicción voluntaria, en el que se oirá a la persona con discapacidad. La autorización judicial para actuar como representante se podrá conceder, previa comprobación de su necesidad, en los términos y con los requisitos adecuados a las circunstancias del caso. La autorización podrá comprender uno o varios actos necesarios para el desarrollo de la función de apoyo y deberá ser ejercitada de conformidad con la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad”.

20. En cualquier caso, según lo dispuesto por el vigente art. 264.3 CC:

“(n)o será necesaria autorización judicial cuando el guardador solicite una prestación económica a favor de la persona con discapacidad, siempre que esta no suponga un cambio significativo en la forma de vida de la persona, o realice actos jurídicos sobre bienes de esta que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar”.

21. El preámbulo (III) de la Ley 8/2021 se refiere a **la curatela** como “la principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad”, explicando que:

*“(e)l propio significado de la palabra curatela —cuidado—, revela la finalidad de la institución: asistencia, apoyo, ayuda; por tanto, como principio de actuación y en la línea de excluir en lo posible las figuras de naturaleza representativa, **la curatela será, primordialmente, de naturaleza asistencial**”.*

22. Ahora bien, **“en los casos en los que sea preciso, será posible atribuir al curador funciones representativas, que solo de manera excepcional y ante casos especialmente graves de discapacidad, podrán tener alcance general”**. Esto es, suprimida la tutela como regla general, cuando no haya medidas voluntarias o una guarda de hecho que funcione adecuadamente, a las personas con discapacidad se les nombrará un curador que les asista y complemente su capacidad de acuerdo con su propia voluntad y preferencias, y quien fomentará “que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro” (art. 249. III CC). Así, solo *“(e)n 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”* (art. 249.II CC).

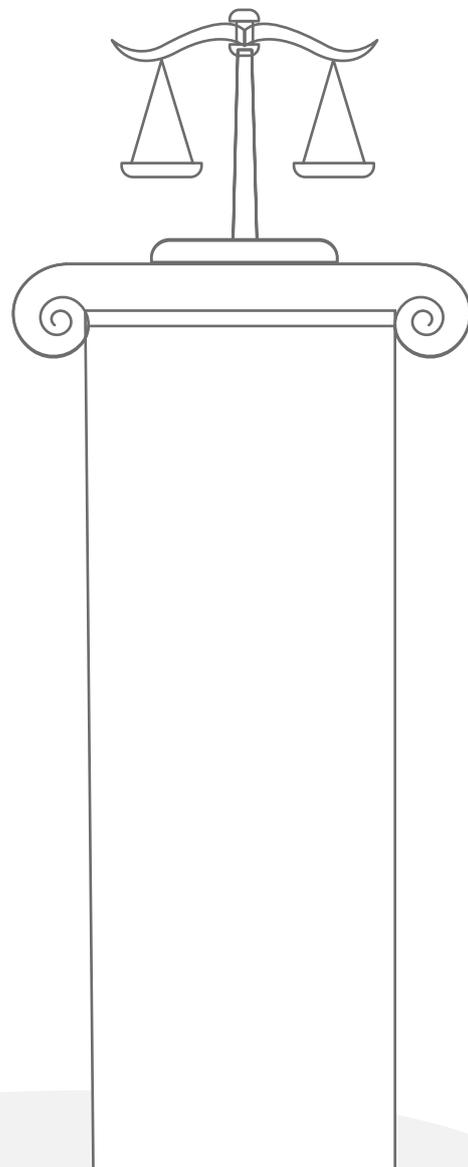
23. En todo caso, **la constitución de la curatela, incluso con carácter meramente asistencial, es una medida subsidiaria**, esto es, en defecto de medidas de carácter voluntario y de existencia de guarda de hecho que funcione adecuadamente (art. 269.I CC). Con razón, **más excepcional será la constitución de una curatela con facultades de representación**, que se adoptará exclusivamente cuando los apoyos requeridos sean tan intensos y permanentes que apenas sea posible la participación de la persona con discapacidad en su propio proceso de adopción de decisiones. Y es por ello que, según el art. **269.III CC**:

“(s)ólo en los casos excepcionales en los que resulte imprescindible por las circunstancias de la persona con discapacidad, la autoridad judicial determinará en resolución motivada los actos concretos en los que el curador habrá de asumir la representación de la persona con discapacidad”.

24. Ello sucederá (sólo) cuando, “pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona”, debiendo ejercitarse la facultad de representación teniendo:

“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” (art. 249.III CC).

25. La curatela representativa es, por tanto, necesariamente excepcional, pudiendo solo definirse funciones representativas de alcance general “ante casos especialmente graves (Art. 269.III CC y preámbulo (III) de la Ley 8/2021), debiendo en todo caso definirse en resolución judicial los actos concretos en los que el curador podrá representar a la persona con discapacidad.



2. Derogaciones y modificaciones de la LIV y la LEC

26. La Ley 8/2021 deroga toda regulación de la prodigalidad contenida en cualquier norma del ordenamiento jurídico. Asimismo, quedan derogados expresamente los arts. 299 bis y 301 a 324 del CC que, como hemos visto, han sido objeto de importantes modificaciones. En todo caso, junto con el CC, la Ley 8/2021 ha supuesto una reforma significativa de la LEC y la LJV, entre otras.

A

Los procedimientos de provisión de apoyos

27. Como venimos advirtiendo, con la entrada en vigor de la Ley 8/2021, los procesos de modificación de la capacidad son sustituidos por los dirigidos a proveer apoyos.
28. Desde una perspectiva procesal, un aspecto fundamental de la reforma es que se opta por la jurisdicción voluntaria de manera preferente. Es decir, en caso de inexistencia de oposición, la provisión de apoyos se regirá por lo dispuesto en la LJV.
29. Así, de conformidad con el art. 42 bis b) LJV, el procedimiento de provisión de apoyos consta de dos fases: una escrita, que comienza con la solicitud de las medidas de apoyo, y una verbal, la comparecencia, en la que se reciben los testimonios de los familiares y personas más cercanas, se informa a la persona con discapacidad acerca de alternativas de apoyo distintas a las judiciales y se practica la prueba orientada a la fijación del contenido del auto que ponga término al expediente.
30. Si no hay oposición, el juez dictará auto con la provisión de apoyos. Debe tenerse en cuenta que, según la nueva regulación, la “entrevista judicial” se reproducirá en todas las instancias (art. 759 LEC). Es esta, pues, una prueba de enorme importancia, de manera que su ausencia podría generar la nulidad del procedimiento.
31. La ley no ha regulado la forma en que esta deba practicarse, dejando así su determinación al arbitrio de cada juzgador, si bien debiera en la misma garantizarse que se practique en un entorno adecuado, y debidamente adaptado para que la persona con discapacidad pueda actuar y manifestarse sin restricciones indebidas.
32. Si se manifiesta oposición, el expediente de jurisdicción voluntaria se transforma en un procedimiento de jurisdicción ordinaria. Este procedimiento se denomina “*procedimiento para proveer de apoyos a las personas con discapacidad*”, y la competencia para conocer del mismo la ostenta el juzgado que ha conocido del expediente de jurisdicción voluntaria (Juzgado de Primera Instancia del lugar donde resida la persona con discapacidad).

33. Sin olvidar el sustancial cambio que, en términos de rebaja del nivel de rigidez y formalismo supone pasar a la jurisdicción voluntaria, nos referimos a un procedimiento similar al de incapacitación, si bien se permite intervenir a cualquier persona legitimada para instarlo o que acredite un interés legítimo en el mismo y se permite al tribunal que decida no practicar las audiencias preceptivas cuando el procedimiento se inste por la propia persona con discapacidad y ésta así lo solicite (para preservar su intimidad y privacidad).
34. Según el art. 758 LEC, una vez admitida la demanda, se debe obtener de los registros públicos la información existente sobre las medidas de apoyo adoptadas, para respetar la voluntad de la persona con discapacidad. Además, se prescribe el nombramiento de un defensor judicial cuando aquélla no comparezca en el plazo concedido para contestar a la demanda con su propia defensa y representación.
35. El proceso debe alejarse del esquema tradicional para pasar a orientarse hacia un sistema de colaboración interprofesional o “de mesa redonda”, como gráficamente se indica en el preámbulo de la Ley 8/2021, con profesionales especializados de los ámbitos social, sanitario y otros que puedan aconsejar las medidas de apoyo que resulten idóneas en cada caso.

B

La revisión de medidas adoptadas conforme a la legislación derogada

36. La Disposición Transitoria Quinta de la Ley 8/2021 establece con claridad quienes pueden solicitar la revisión y los plazos para ello:

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

37. El ya mencionado art. 42 bis (apdo. c) LJV concreta que: *“El Juzgado que dictó las medidas será también competente para conocer de la citada revisión, siempre que la persona con discapacidad permanezca residiendo en la misma circunscripción. En caso contrario, el Juzgado de la nueva residencia habrá de pedir un testimonio completo del expediente al Juzgado que anteriormente conoció del mismo, que lo remitirá en los diez días siguientes a la solicitud”*. Así:

i. Si las personas concernidas por la situación de discapacidad solicitan la revisión de las medidas en el plazo de tres años desde la entrada en vigor de la ley, la resolución deberá dictarse en el plazo máximo de un año desde la solicitud.

ii. Si las personas concernidas por la situación de discapacidad no instan la revisión de las medidas en el plazo de tres años desde la entrada en vigor de la L 8/2021, antes de que transcurra dicho plazo deberá instarla el Ministerio Fiscal, o realizarla el Juez de oficio.

iii. Si transcurrido el plazo de tres años no se ha abierto incidente de revisión de medidas, las personas concernidas por la discapacidad siempre pueden instar su incoación.

iv. Si no se ha producido la solicitud por las personas legitimadas, podrá instarla el Ministerio Fiscal o la autoridad judicial de oficio porque ya tendrán constancia de la falta de solicitud y asegurarán la adopción de las medidas en el plazo máximo de tres años.

3. Lagunas y conflictos normativos

38. A pesar de los avances que, sin duda, ha supuesto la Ley 8/2021, la supresión de las figuras de la tutela y la patria potestad prorrogada y rehabilitada sin las preceptivas modificaciones legislativas, entre otros, en los ámbitos tributario y de Seguridad Social, ha generado inseguridad jurídica, afectando negativamente al acceso y percepción de deducciones y beneficios fiscales y prestaciones sociales por parte de personas con discapacidad.
39. La inseguridad jurídica se extiende, además, a los contratos con entidades bancarias, la regulación de permisos y beneficios en algunos convenios colectivos en el ámbito laboral y, en el judicial, al reconocimiento de la asistencia jurídica gratuita en los nuevos procedimientos de jurisdicción voluntaria. Esta realidad viene a constatar que la discapacidad constituye un elemento transversal, que no aparece solo en la legislación civil y procesal que reforma la Ley 8/2021, sino que está presente en otros muchos instrumentos normativos en ámbitos muy diversos.
40. Abordamos a continuación las lagunas normativas existentes como consecuencia de la falta de adaptación de normativa que afecta a los derechos de las personas con discapacidad como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley 8/2021, el problema efectivo que han generado dichas lagunas y el análisis de, en su caso, los criterios mantenidos por las Administraciones pertinentes.

Planteamiento: impacto en la aplicación de la Ley IRPF¹

41. El artículo 60 (3) de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (LIRPF) establece que *“se considerará acreditado un grado de discapacidad igual o superior al 65 por ciento, cuando se trate de personas cuya incapacidad sea declarada judicialmente, aunque no alcance dicho grado”*.
42. En el caso de que no se hubiera procedido a obtener la incapacitación judicial, la condición de persona con discapacidad y su correspondiente grado se obtendría mediante el proceso contemplado en el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía (RD 1971/1999), derogado por el actualmente en vigor Real Decreto 888/2022, de 18 de octubre, por el que se establece el procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad (RD 888/2022).
43. Ya sea mediante la incapacitación judicial o mediante un reconocimiento de discapacidad igual o superior al 65%, la persona afectada accedía a los siguientes beneficios fiscales regulados en la LIRPF:
 - Exención de las ayudas públicas para financiar estancias en residencias o centros de día (artículo 7.i) LIRPF).
 - Gastos deducibles para calcular el rendimiento neto de trabajadores activos con discapacidad (artículo 19 LIRPF).
 - Reducción sobre el rendimiento neto de las actividades económicas (artículo 32 LIRPF).
 - Reducciones por contribuciones a Sistemas de Previsión social constituidos a favor de personas con discapacidad (artículo 53 y Disposición adicional décima de la Ley IRPF).
 - Mínimo por discapacidad (artículo 60 LIRPF).
44. Tal como ha denunciado un sector doctrinal, resulta llamativo que la Ley 8/2021, que tal como hemos indicado suprime la incapacitación judicial, haya omitido las implicaciones fiscales de tan importante cambio legislativo.²

1. Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio

2. Martín Dégano, I. La incidencia de la Ley 8/2021 (medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica) sobre los beneficios fiscales en el IRPF y en el IVA: a propósito de la incapacidad y su asimilación al 65 por ciento de grado de discapacidad. Quincena fiscal, 9; 89-113; De Pablo Varona, C. Sobre la acreditación de la discapacidad en el IRPF y la equiparación al 65% de discapacidad de la antigua «incapacitación» (a propósito de la STS de 8 de marzo de 2023), Revista de Contabilidad y Tributación. CEF, 487 (octubre 2023), 37-64

45. Dada la prohibición de analogía para extender más allá de sus términos estrictos las exenciones y beneficios fiscales (artículo 14 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria), **esta laguna legislativa ha generado una inseguridad jurídica de importantes consecuencias** para aquellas personas y sus familias que gozaban de los citados beneficios en el IRPF, así como para aquellas que se enfrentan por primera vez a un procedimiento de provisión de apoyos.
46. El problema reside así en la equiparación de la Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT o Agencia Tributaria)³ entre la tutela e incapacitación judicial y la curatela representativa a efectos de la aplicación de los precitados beneficios fiscales en el IRPF.
47. La Agencia Tributaria vendría a considerar así que, en virtud de la Disposición Transitoria Segunda de la Ley 8/2021, **son las personas que, bajo la nueva legislación se encuentran bajo la figura del curador representativo quienes se considerarán miembros de la unidad familiar y en situación equivalente a las personas declaradas judicialmente incapaces a efectos de aplicar las ventajas fiscales para el grado de discapacidad igual o superior al 65%.**
48. A fecha de redacción del presente informe, no se ha tenido conocimiento sobre la aplicación en casos concretos del criterio expresado por la Agencia Tributaria; es decir, si aplica la equiparación ante cualquier tipo de curatela representativa o solo ante aquellas en las que, al igual que el criterio mantenido por el INSS, otorgan facultades plenas al curador.
49. En todo caso, es claro que la Agencia Tributaria ha optado por un criterio restrictivo, limitando el ámbito subjetivo de tales beneficios a las personas para las que se han establecido las excepcionales medidas de curatela con carácter representativo.
50. El resultado es la **imposibilidad de acceso a dichas deducciones, reducciones, ventajas fiscales y bonificaciones por las personas con discapacidad que estén sometidas a medidas de apoyo de carácter voluntario, guarda de hecho (sea o no representativa) o curatela asistencial.** Esta interpretación restrictiva evidencia que la legislación fiscal no asume los principios en que se fundamenta la Ley 8/2021, que ha cambiado el sistema genérico de incapacitación, tutela y curatela anterior, por un sistema más versátil que integra diferentes figuras de apoyos.
51. Esta equiparación ha sido positivizada en Navarra, a efectos de IRPF, por la [Ley Foral 36/2022, de 28 de diciembre, de modificación de diversos impuestos y otras medidas tributarias](#) que, con efectos desde el 1 de enero de 2022, concreta que los hijos mayores de edad que pueden formar parte de la unidad familiar serán los sujetos a curatela representativa.

3. En el programa INFORMA, la AEAT indica: "A partir de la entrada en vigor de la Ley 8/2021 de reforma del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las referencias contenidas en la Ley del IRPF a la incapacitación judicial, se extienden a las resoluciones judiciales del orden civil en las que se establece la curatela representativa de las personas con discapacidad".

Argumentos relativos a la incompatibilidad del criterio de la Agencia Tributaria con la normativa vigente y cuestiones de hecho relevantes para potenciales recursos

52. Dada la existente laguna legal, se podrían contemplar distintas propuestas de solución y posible argumentación dependiendo de la situación concreta de la persona afectada.
53. Se puede distinguir, en primer lugar, entre dos grupos de casos, aquellos en los que existía una incapacitación judicial conforme al marco normativo previo a la entrada en vigor de la Ley 8/2021 y aquellos en los que no (por resultar nuevos supuestos de hecho no existentes con carácter previo a la modificación legislativa).
54. Dentro del último de los grupos, pueden distinguirse cuatro subgrupos, según la medida de apoyo vigente actualmente **(i)** curatela parcialmente representativa; **(ii)** curatela asistencial; **(iii)** guarda de hecho con poderes de representación; **(iv)** guarda de hecho sin poderes de representación y medidas de apoyo voluntario.

A.2.1. Personas que fueron incapacitadas judicialmente antes de la Ley 8/2021

55. Para este grupo de contribuyentes, MARTÍN DÉGANO considera que la intención del legislador es que estas personas **no pierdan los beneficios fiscales que tenían derecho y venían percibiendo⁴, independientemente de la medida de revisión acordada.**
56. El argumento principal, según este autor, sería el siguiente: si bien la Ley 8/2021 suprimió la incapacitación judicial, no ha derogado la asimilación al grado del 65%, por lo que estas personas podrán seguir gozando de los mismos beneficios. Este argumento se reforzaría con la Disposición Transitoria Quinta de la Ley 8/2021 que obliga a este colectivo a adaptarse en el plazo de tres años al nuevo marco de la Ley 8/2021, mediante la solicitud a la autoridad judicial de la revisión de las medidas que se hubiesen establecido con anterioridad a la entrada en vigor de dicha Ley, que, según el autor, indicaría la intención clara del legislador que estas personas continúen beneficiándose de las ventajas fiscales.
57. Asimismo, existiría un **argumento adicional, resultado de la aplicación de la sentencia del Tribunal Supremo 837/2023, de 8 de marzo de 2023⁵**, en virtud de la cual se confirma que el **certificado de discapacidad tiene carácter declarativo y no constitutivo, abriendo la puerta a acreditar la discapacidad por cualquier medio de prueba.⁶** Este colectivo podría probar, así, que una previa sentencia de incapacitación, mientras que sus necesidades de apoyo no hayan cambiado, es suficiente para tener acreditado el presupuesto de equiparación al 65%, independientemente de la nueva figura declarada tras el proceso de revisión y, por tanto, acceder a los beneficios fiscales.⁷

4. Véase Martín Degano, supra nota 6, p. 111

5. ECLI:ES:TS:2023:837

6. Sentencia del Tribunal Supremo 8 marzo 2023, num. 294/2023, de 8 de marzo (rec. núm. 1269/2021)

7. Varona, supra nota 6, p. 54

58. Un tercer argumento giraría entorno a la **obligada progresividad de las medidas relativas al nivel de vida y protección social de las personas con discapacidad, en aplicación del artículo 28 de la Convención** (en conexión con el artículo 4.1.a), en particular, en su referencia a la *“mejora continua de su nivel de vida”* contenida en el párrafo 1 del artículo.
59. El artículo 28 de la Convención [en su vertiente de aplicación del artículo 4.1.a)] daría cuerpo a la aplicación concreta al caso del principio de no regresividad de los derechos sociales, en virtud de cual el Estado legislador, no puede suprimir un derecho o *“desconocer prestaciones sociales acordadas legislativamente bajo la cobertura de derechos sociales reconocidos en la constitución sin un fundamento suficiente –o legislar[a] de manera arbitraria, irrazonable y desproporcionada o violara la prohibición de discriminación”*⁸.
60. Los precitados argumentos servirían para confrontar el mantenido por la Agencia Tributaria en caso de que, tras la revisión, la medida de apoyo definida fuera distinta a la curatela representativa.
61. En este sentido, **la ausencia de modificación de circunstancias**, desde la perspectiva de la capacidad civil, entre la fecha de la incapacitación judicial y de la nueva medida de apoyo distinta a la curatela representativa resulta esencial para argumentar el derecho a ser beneficiario de las respectivas ventajas fiscales.
62. **Partiendo de dicha premisa (falta de modificación de circunstancias) y de una interpretación finalista de la norma en la línea previamente expresada, podría argumentarse que, incluso en caso de que la figura de apoyo definida tras la revisión fuera distinta a la curatela representativa, con el régimen normativo actual, la persona con discapacidad podría seguir aplicándose los beneficios fiscales de los que disfrutaba a causa de la incapacitación judicial.**
63. Estos casos, es decir, aquellos en los que hubo una sentencia de incapacitación judicial que se han transformado en medidas de provisión de apoyo diferentes a la curatela representativa pueden servir, a su vez, para cuestionar el criterio mantenido por la Agencia Tributaria y, por tanto, requerir una aplicación diferente, no solo respecto a los individuos que fueron objeto de sentencia judicial de incapacitación, sino como prueba de la errónea equiparación incapacitación judicial – curatela representativa en los casos en los que no existía incapacitación judicial previa.

8. ¿HAY LÍMITES A LA REGRESIVIDAD DE DERECHOS SOCIALES?. Añón Roig, María José. DERECHOS Y LIBERTADES. Número 34, Época II, enero 2016, pp. 57-90. DOI 10.14679/1020

Argumentos de Derecho de la UE para percepciones vinculables al trabajo⁹.

64. Para el caso, de que la aplicación de la Ley 8/2021 suponga que una persona con discapacidad o a la unidad familiar se le deniegue los beneficios que viniera percibiendo con anterioridad, además de los argumentos de Derecho nacional que se puedan invocar, se podría invocar la posible vulneración de la Directiva 2000/78¹⁰, utilizando como método de análisis el efectuado por el TJUE. Se debe notar que en el caso de la exención establecida en el apartado e), si se considerase en el caso concreto no se puede vincular con el trabajo, no se podría realizar dicho análisis.
65. Para efectuar dicho análisis, se debe, en primer lugar, determinar si la medida entra en el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78. Se podría argumentar que los beneficios fiscales antes descritos, en la medida que tienen como objetivo aumentar el salario neto de las personas con discapacidad al reducir la carga fiscal sobre sus ingresos, se encuentran protegidos por la Directiva 2000/78. Es decir, a través de deducciones y reducciones que disminuyen la base imponible o el rendimiento neto sujeto a impuestos, estos beneficios fiscales afectan directamente al salario, por lo que se puede señalar que existe una vinculación evidente entre estos beneficios y la remuneración de los trabajadores.
66. En segundo lugar, se debe examinar si la aprobación de la Ley 8/2021 ha supuesto una infracción de los principios de igualdad de trato y de no discriminación recogidos en los artículos 1 y 2 de la Directiva 2000/78. En particular el artículo 2(2) de la Directiva 2000/78 señala en el apartado b) que:

“b) existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas con una religión o convicción, con una discapacidad, de una edad, o con una orientación sexual determinadas, respecto de otras personas, salvo que:

i) dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios; o que

ii) respecto de las personas con una discapacidad determinada, el empresario o cualquier persona u organización a la que se aplique lo dispuesto en la presente Directiva, esté obligado, en virtud de la legislación nacional, a adoptar medidas adecuadas de conformidad con los principios contemplados en el artículo 5 para eliminar las desventajas que supone esa disposición, ese criterio o esa práctica”.

9. Sección elaborada en colaboración con el despacho de abogados Pérez-Llorca.

10. Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación

67. En concreto, se podría alegar que se ha producido una discriminación indirecta regulada en el artículo 2(2)(b) de la Directiva 2000/78. Esto es así porque la Ley 8/2021, que debería haber sido aparentemente neutral en esta materia, ha colocado a un grupo concreto de personas con discapacidad en clara desventaja (personas sometidas a otras formas de apoyo, como la curatela asistencial, la guarda de hecho o medidas voluntarias) con respecto a otro grupo de personas con discapacidad (personas sometidas a la curatela representativa). Este análisis, además, debería complementarse con argumentos referidos a la afectación de los recursos de manera esencial, y el hecho de que la interpretación pudiera ser contraria a la propia finalidad de la Ley 8/2021, que busca una mejor protección, y no al contrario.
68. Para realizar este análisis, se podría invocar la sentencia del TJUE en el asunto *Szpital Kliniczny im. Dra J. Babińskiego Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Krakowie, en la que el TJUE aborda el concepto de “discriminación”*.
69. Es decir, se podría argumentar que al impedir acceder a las prestaciones económicas a las personas con discapacidad que no puedan acceder a la curatela representativa, pero que con anterioridad sí ostentaban la incapacidad judicial, y podían acceder a determinados beneficios, puede constituir una forma de discriminación prohibida por la Directiva 2000/78.
70. Asimismo, otra vía de defensa sería la alegación de la infracción de los principios de seguridad jurídica y protección de la confianza legítima. En efecto, la interpretación que podría estar efectuando la AEAT -si no permite disfrutar los beneficios o exenciones que se disfrutaban anteriormente- podría considerarse que vulnera esos principios, si se acreditara que produce un cambio desfavorable, que es inesperado -sin posibilidad de adaptación- y que afecta a condiciones esenciales en personas particularmente vulnerables.
71. Para alegar la vulneración de los citados principios, se debe atender a la jurisprudencia del TJUE, por ejemplo, en el asunto Banco de Portugal y otros¹¹.
72. En segundo lugar, el principio de confianza legítima es un corolario del principio de seguridad jurídica y protege, en principio, la expectativa legítima de las personas de que las normas de derecho se mantendrán. En el ámbito de la política social, el TJUE lo abordó expresamente en el caso Leitner¹² al examinar un régimen de retribución de funcionarios.
73. En definitiva, la vulneración de los principios de seguridad jurídica y confianza legítima se podría alegar siempre que se pudiera probar que se ha tratado de un cambio imprevisible, que no permite a la persona con discapacidad, o su familia adaptarse adecuadamente. No obstante, no podrá alegarse que hay una situación de “derechos adquiridos”, por cuanto que los Estados miembros tienen cierto margen para cambiar su ordenamiento, y organizar sus recursos económicos siempre que se haga de forma conforme a los citados principios.

11. Sentencia del TJUE de 26 de enero de 2021, Banco de Portugal, C-504/19, EU:C:2021:335, apartados 51 y 52.

12. Sentencia del TJUE de 8 de mayo de 2019, Leitner, C-396/17, EU:C:2019:375.

A.2.2. Personas con discapacidad cuya primera medida de apoyo distinta a la curatela representativa se define con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 8/2021

74. En este grupo nos encontraríamos a personas que no obtuvieron la declaración de **incapacidad** de conformidad con la normativa anterior, bien por estar pendientes de la resolución de la sentencia o bien porque es la primera vez que se solicitan medidas de apoyo jurídico conforme a la Ley 8/2021.
75. La primera diferencia decisiva que condicionará el régimen de beneficios fiscales en el IRPF será si estas personas tienen el apoyo judicial para el ejercicio de su capacidad jurídica (i.e. curatela representativa o asistencial) o por el contrario no lo necesitan (medidas voluntarias de apoyo o guarda de hecho con o sin funciones representativas).
76. Un sector doctrinal considera que en los casos en los que se determinara una medida de apoyo judicial, incluida la curatela asistencial, podría argumentarse su derecho a disfrutar de los beneficios fiscales recogidos en la LIRPF.
77. Así, según MARTÍN DÉGANO y VARONA, el cambio de modelo hace que cualquier medida de apoyo judicial con la nueva Ley 8/2021 ha de abocar al reconocimiento automático de un 65% de discapacidad a efectos fiscales.¹³ Como primer argumento, señalan el citado respecto al grupo de personas que ya habían obtenido una sentencia de incapacitación judicial, es decir, que la asimilación fiscal entre el 65 por ciento y la incapacidad no ha sido derogada.
78. Mediante una **interpretación historicista del artículo 3 del CC**, MARTÍN DÉGANO subraya que podría defenderse que todas las personas con apoyos en su capacidad de obrar son los antiguos incapacitados judicialmente.¹⁴
79. No obstante, lo anterior, esta línea de argumentación, teniendo en cuenta la evolución jurisprudencial sobre la curatela previa a la entrada en vigor de la Ley 8/2021, podría resultar cuestionada por la Administración del Estado.
80. En los casos en los que se ha declarado una curatela exclusivamente asistencial, habrá de atenderse a las circunstancias personales de la persona, en particular a la atención requerida y su contraste con las condiciones en las que, con carácter previo a la reforma, servían como motivo para la incapacitación judicial, para evaluar una potencial defensa en la aplicación de los beneficios fiscales aplicables como resultado de la asimilación al 65% de discapacidad.

13. Véase Martín Degano, supra nota 6, p. 103-110; Varona, supra nota 6, p. 53

14. Varona, supra nota 6, p.53 " las referencias al modelo previo deben entenderse aplicables al vigente, y cualquier medida judicial de apoyo ha de abocar a reconocer, de acuerdo con el Reglamento, un 65% de discapacidad a efectos fiscales.

81. En los supuestos de **guarda de hecho**, la complementación de la figura con poderes representativos, así como su alcance, serán igualmente esenciales para determinar si puede argumentarse que, contrariamente al criterio mantenido por la Agencia Tributaria, conforme al régimen actual, la persona afectada debería poder ser beneficiario de las ventajas fiscales definidas en la LIRPF.
82. La precitada existencia de casos en los que, en aplicación de los criterios de prelación exigidos por la Ley 8/2021, en las medidas de revisión se concluye con la determinación de una guarda de hecho, incluso en casos en los que se ha solicitado la designación de un curador representativo, es clave para defender con éxito esta línea de argumentación.
83. En este contexto, puede argumentarse que la posición de la Administración Tributaria es contraria a la reforma del sistema operada por la Ley 8/2021, ya que **“la existencia de una curatela no es indicativa de la intensidad de apoyo que requiere una persona, sino de la inexistencia de medidas voluntarias o de una guarda de hecho adecuada y suficiente”**.¹⁵ En este sentido, la Disposición Transitoria Segunda aplicaría exclusivamente en el ámbito civil hasta la necesaria revisión de las medidas acordadas conforme a la legislación anterior.
84. La Ley 8/2021 ha supuesto un cambio de paradigma y la curatela aparece sólo cuando las medidas **voluntarias** de apoyo y la guarda de hecho no son suficientes, **con independencia de la intensidad de la discapacidad**. Si la guarda es suficiente, no será necesaria la curatela judicial. El criterio administrativo que asimila exclusivamente la curatela representativa a la incapacitación judicial a los efectos de la asimilación del 65% de incapacidad para disfrutar los beneficios fiscales es, por tanto, contrario al espíritu de la reforma operada por la Ley 8/2021 y a la Convención.
85. En este sentido, **podría cuestionarse igualmente la potencial vulneración del artículo 14 en la medida en que personas en la misma situación objetiva (misma necesidad de apoyos) pudieran acceder a los beneficios fiscales por su distinta situación familiar y/o personal**.
86. Para ello, deberá identificarse adecuadamente el tertium comparationis, esto es, por qué la exclusión de determinadas bonificaciones o deducciones fiscales de las personas con discapacidad que no cuentan con curador con facultades representativas supone un trato discriminatorio (incumplimiento de la igualdad en aplicación de la ley) respecto de las que, por estar representados por un curador, obtienen tales beneficios.

15. Varona, supra n. 6, p. 56

A.3 Vías de impugnación

A.3.1. Procedimiento administrativo

87. Ante el criterio administrativo que asimile la incapacidad judicial a la curatela representativa, se pueden generar dos escenarios.
88. **Primer escenario:** el contribuyente no se aplica los beneficios fiscales aplicando el criterio restrictivo de la AEAT y **solicita a posteriori su aplicación por la vía de presentar una solicitud de rectificación de autoliquidación** y, dependiendo del caso, devolución de ingresos indebidos [artículo 120.3 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT)].
89. En este caso, la AEAT, tras la tramitación del correspondiente expediente administrativo, emitirá una resolución.
90. **Segundo escenario: el contribuyente se ha aplicado los beneficios fiscales en la autoliquidación correspondiente en aplicación de los criterios expuestos en el apartado A.2 anterior.**
91. En este caso, la AEAT podría iniciar un proceso de gestión tributaria (verificación de datos o comprobación limitada, artículos 123 y ss LGT). A resultas de este procedimiento de gestión, se abre la vía administrativa dentro de la cual el contribuyente podrá recurrir.
92. **En caso de resoluciones que denieguen el acceso a los beneficios fiscales precitados, se podrá solicitar la revisión de los mismos (artículos 213 a 249 LGT).**
93. Interpuesto recurso potestativo de reposición y rechazado en su caso, o tras la notificación de la resolución que pone fin al proceso de revisión tributaria, se debería plantear una reclamación económica-administrativa ante el Tribunal Económico-Administrativo regional en única instancia.
94. Dado que las cuantías recurridas en IRPF presumiblemente no superarán 150.00 EUR (artículo 36 RD 520/2005), no cabría, en principio, el recurso de alzada ante el Tribunal Económico Administrativo Central.

A.3.2. Recurso contencioso-administrativo

95. Transcurrido un año sin haberse dictado resolución, en su caso, el interesado podrá entender desestimada por silencio administrativo su pretensión, al objeto de poder emprender los recursos en la vía contenciosa-administrativa (artículo 240 LGT).
96. En este caso, el recurso contencioso-administrativo se interpondrá ante el Tribunal Superior de Justicia competente (artículo 10.d. de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contenciosa administrativa).

A.3.3. Procedimiento especial de protección de derechos fundamentales. Dificultades específicas en el ámbito tributario

97. Los **artículos 114 y siguientes de la LJCA regulan el procedimiento especial para la protección de derechos fundamentales.**
98. La interposición del recurso que daría lugar a dicho procedimiento **no requiere el agotamiento de la vía administrativa**, debiendo plantearse en el plazo de “diez días, que se computarán, según los casos, desde el día siguiente al de notificación del acto, [...]”. Cuando [...] se hubiera interpuesto potestativamente un recurso administrativo, [...], el plazo de diez días se iniciará transcurridos veinte días desde [...] la presentación del recurso [...]”.
99. Como se explica de forma más detallada en la sección B.3 siguiente, la fundamentación del recurso se concentraría en la **vulneración del artículo 14 CE.**
100. Es necesario tener en cuenta en este sentido que **la aplicación del derecho a la igualdad constitucional en el ámbito tributario, vinculada al artículo 31 CE, ha sido progresivamente restrictiva.**
101. Así, si bien su posibilidad de alegación ha sido reconocida por el propio Tribunal Constitucional (STC 209/1988, de 10 de diciembre), el criterio de admisión se ha ido limitando progresivamente, como refiere Casas Agudo:

“La doctrina restrictiva del TC sobre el recurso de amparo en materia tributaria cuando entran en juego los arts. 14 y 31.1 CE, que se apoya en la distinción entre las diferencias normativas por razones subjetivas o cualidades personales de los sujetos (nacimiento, raza, sexo, creencia, etc.), a las que se refiere el art. 14 CE, y las contempladas en el art. 31.1 CE en relación con el principio de igualdad tributaria, basadas en razones objetivas atinentes a la renta, el patrimonio o el consumo como manifestaciones de riqueza o capacidad económica (específicamente reconducibles estas por el cauce del recurso o cuestión de inconstitucionalidad), reduce ciertamente las posibilidades de este instrumento de defensa de los ciudadanos de apelación directa a los principios constitucionales en materia tributaria.”¹⁶

16. Casas Agudo, Daniel. Derechos fundamentales de especial incidencia en materia fiscal y articulación de las vías de su protección jurisdiccional. AEDAF. 2018

102. El elemento comparativo y la justificación de la igualdad fáctica que da lugar a un resultado jurídico diferente **sin explicación racional** desde la perspectiva de los elementos relevantes a efectos de la aplicación de los beneficios fiscales se erige como el elemento central a efectos del análisis sobre el potencial incumplimiento del artículo 14 CE.
103. En este sentido, la posibilidad de acreditar los resultados diferentes en situaciones equivalentes será clave para optar por la vía del procedimiento sumario, bien como vía única o como vía complementaria a la ordinaria.
104. El Tribunal Supremo (por ejemplo, en su sentencia de 11 de octubre de 2004 (RJ 2004, 7406), Recurso 757/1999), ha señalado que la **coexistencia de ambos procedimientos, el ordinario y el procedimiento especial** para la protección de los derechos fundamentales de la persona, **debe ser aceptada**. Al respecto, es doctrina jurisprudencial consolidada que es posible seguir de modo simultáneo ambos procedimientos contra la misma actuación administrativa impugnada, siempre y cuando el ordinario se limite a cuestiones de legalidad ordinaria y el especial tenga por objeto la tutela de los derechos fundamentales.
105. Conforme a lo indicado en el apartado A.2.1 anterior, en los casos de percepciones de naturaleza laboral, podría valorarse la posibilidad de solicitar el planteamiento de una cuestión prejudicial en el sentido expuesto de compatibilidad con la Directiva 2000/78.

A.3.4. Denuncia individual ante el CDPD o recurso ante el TEDH tras agotar los recursos internos

106. Cabe cuestionarse si, en caso de que los recursos judiciales interpuestos ante las resoluciones de la AEAT fueran infructuosos, cabría interponer una denuncia individual ante el CDPD o plantear un recurso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).
107. Sin perjuicio del análisis pormenorizado de los planteamientos de la Administración en los correspondientes procedimientos, que marcarán el contexto en virtud del cual deberán plantearse, en su caso, las denuncias, el criterio mantenido por la AEAT podría plantear dudas de compatibilidad con el artículo 28 CDPD (en conexión con el artículo 4.1) y, según los casos, con los artículos 19 y 23 de la CDPD. Una explicación más detallada se encuentra en el apartado B.3.3 siguiente.
108. Si bien no se exige la referencia expresa a los artículos de la Convención que habrían sido vulnerados en los escritos correspondientes a los procedimientos judiciales, es recomendable su incorporación ya en los primeros escritos o, al menos la incorporación de los argumentos materiales que sean fácilmente identificables con las vulneraciones pretendidas posteriormente en una hipotética denuncia ante el CDPD.

109. En su caso, la ejecución del correspondiente dictamen podrá solicitarse a través del correspondiente procedimiento de reclamación patrimonial. Al efecto, en relación con la consideración del dictamen como título habilitante suficiente para iniciar el procedimiento de reclamación patrimonial y la exigencia de su consideración debida a la administración competente, resulta particularmente relevante la sentencia STS 5520/2023, de 29 de noviembre de 2023¹⁷. El razonamiento incorporado en dicha sentencia relativo a las diferencias del caso respecto al resuelto mediante la sentencia 786/2023, de 13 de junio (recurso 5269/2022), es especialmente importante para un adecuado planteamiento, en su caso, de la solicitud de responsabilidad patrimonial, en un contexto en el que se sigue cuestionando el alcance de la naturaleza vinculante de estas resoluciones de forma contraria a la dispuesta por el TS en el caso González Carreño¹⁸.
110. Recordamos al respecto como el Tribunal Supremo, tras una exhaustiva comparación de ambos casos, concluye definitivamente:

“Por tanto, al negar todo efecto al dictamen la sentencia recurrida infringe el ordenamiento jurídico y nuestra jurisprudencia.”
(FJ Séptimo, último párrafo STS 5520/2023)

111. En este sentido, recordamos que la no equiparación de las resoluciones de los denominados *treaty bodies* con las sentencias de órganos jurisdiccionales como el TEDH y su alegada falta de vinculatoriedad no obsta, sin embargo, el deber de su consideración jurídica por los Estados que han ratificado el respectivo Convenio y los Protocolos que instauran el correspondiente procedimiento de queja/reclamación individual. Los arts. 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT) así lo imponen. Además, en el caso del ordenamiento jurídico español, tanto nuestra Constitución como nuestra legislación ordinaria otorgan fundamento suficiente para defender dicho deber de consideración jurídica de los dictámenes y demás resoluciones de los comités de Naciones Unidas.
112. Finalmente, resulta necesario indicar que la vía de la denuncia individual ante el CDPD es alternativa a la vía del recurso ante el TEDH, que podría igualmente plantearse, en algunos casos, a la luz de la reciente sentencia en el asunto DIACONEASA c. Rumanía, en virtud de la cual el tribunal de Estrasburgo consideró una vulneración del artículo 8 CEDH la retirada injustificada de unas ayudas financieras que conllevaron la pérdida severa de autonomía de la persona con discapacidad afectada.
113. La prueba sobre el daño causado será fundamental en este sentido; pudiendo plantearse el recurso a cada uno de los mecanismos según la evidencia disponible.

17. [Enlace](#). La reciente sentencia de la Audiencia Nacional, de 29 de abril de 2024, en relación con los mismos hechos y en virtud de la cual el tribunal se pronuncia sobre el fondo del asunto y deniega la reclamación patrimonial solicitada, si bien no es firme, requiere ser considerada para el enfoque de cualquier potencial solicitud de reclamación patrimonial por los hechos analizados en el presente informe: [enlace](#).

18. Sentencia 1263/2018 del Tribunal Supremo, de 17 de julio.

B Seguridad social

B.1 Planteamiento: acceso a prestaciones de la Seguridad social en aplicación de la LGSS¹⁹

114. Con carácter previo a la entrada en vigor del RDL 2/2023²⁰, la Disposición Adicional 25ª LGSS establecía que la existencia de una sentencia judicial que declarase la incapacidad civil de una persona era asimilable a la determinación de un 65% de discapacidad a los efectos de acceder a determinadas prestaciones que requieren de ese grado de discapacidad.
115. La desaparición de la figura de la incapacidad como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley 8/2021 supuso, en consecuencia, un vacío legal reconocido por la Disposición Adicional 5ª de la [Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones](#):

“En el plazo de seis meses, el Gobierno elaborará un informe que elevará a la Comisión de Seguimiento y Evaluación de los Acuerdos del Pacto de Toledo para adecuar la asimilación que se prevé en la disposición adicional vigésimo quinta de la Ley General de la Seguridad Social de las personas afectadas por una discapacidad en un grado igual o superior al 65 por ciento, con las medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica establecidas en el título XI, capítulo I, del Código Civil, tras su modificación por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.”

116. A la espera de dicho informe, el Instituto Nacional de la Seguridad Social (Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica) publicó su **Criterio de gestión 10/2022**, cuyo tenor literal rezaba:

“En tanto no se lleve a término lo previsto en la disposición adicional quinta de la Ley 21/2021, no es posible la aplicación de la asimilación prevista en la disposición adicional vigésima quinta del TRLGSS a las medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica establecidas en el título XI, capítulo I, del Código Civil, tras su modificación por la Ley 8/2021. Si bien, en aquellos supuestos en los que la incapacidad judicial haya sido declarada mediante sentencia con anterioridad a la entrada en vigor de la citada Ley 8/2021, deberá continuar produciéndose la asimilación a la discapacidad en grado igual o superior al 65% prevista en la disposición adicional vigésima quinta del TRLGSS.”

19. [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](#)

20. Real Decreto Ley 2/2023, de 16 de marzo, de medidas urgentes para la ampliación de derechos de los pensionistas, la reducción de la brecha de género y el establecimiento de un nuevo marco de sostenibilidad del sistema público de pensiones.

117. De este modo, el INSS imposibilitaba ya en un primer momento el acceso de las personas con discapacidad acogidas al nuevo sistema de provisión de apoyos a las prestaciones sociales que estén condicionadas a la declaración judicial de incapacidad (y a su asimilación al reconocimiento de un grado de discapacidad igual o superior al 65%).
118. El tratamiento diferenciador carecía de toda justificación una vez que, en vigor la Ley 8/2021, el ordenamiento jurídico español acoge el sistema de provisión de apoyos en el que desaparece la tutela y la incapacitación judicial y otorgando preferencia a las medidas voluntarias conforme a los criterios expuestos en la sección I anterior.
119. La falta de asimilación suponía que quienes podían haber sido objeto de incapacitación judicial con carácter previo a la entrada en vigor de la Ley 8/2021 dejaban de ser posibles beneficiarios de determinadas prestaciones sociales de las que entonces se podrían haber beneficiado.
120. Finalmente, la adaptación de la asimilación prevista en la Disposición Adicional 25ª LGSS ha tenido lugar a través del apartado 31 del RDL 2/2023:

*“Disposición adicional vigésima quinta. Asimilación a un grado de discapacidad igual o superior al 65 por ciento por resolución judicial. A efectos de la aplicación de esta ley, sin perjuicio de poder acreditarse el grado de discapacidad, en grado igual o superior al 65 por ciento, mediante el certificado emitido por el Instituto de Mayores y Servicios Sociales o por el órgano competente de la comunidad autónoma, **se entenderá que están afectadas por una discapacidad, en un grado igual o superior al 65 por ciento, aquellas personas para las que, como medida de apoyo a su capacidad jurídica y mediante resolución judicial, se haya nombrado un curador con facultades de representación plenas para todos los actos jurídicos.**”*

121. El legislador ha optado por el criterio más restrictivo posible, de forma que la asimilación al 65%, que recordemos, permite a una persona con discapacidad acceder a prestaciones económicas que en muchos casos son fundamentales para su vida dado el sobre coste que para una familia supone la existencia en su seno de una persona con discapacidad, queda ahora acotada a las personas a las que se le establece una figura de apoyo judicial de curatela con carácter representativo que debe ser excepcional y, por tanto, minoritaria.
122. En relación con dichos sobre costes, las siguientes estimaciones y datos publicadas por distintas instituciones y entidades ponen de manifiesto la magnitud del problema:

El sobre coste anual de media para el conjunto de las personas con discapacidad intelectual en 24.237€ anuales. En el caso de personas con discapacidad con necesidades extensas de apoyo, asciende a 47.129€ (FEAPS, 2014).

El coste económico total (directo e indirecto) en el caso de personas con discapacidad intelectual oscila entre los 24.441€/anuales y los 79.063€/anuales dependiendo de la extensión de sus necesidades de apoyo; calculando el coste económico directo en una cantidad que oscilaría entre los 10.011,1€/anuales y los 24.175 €/anuales (Sindic Greuges, 2019).

El 47% de las personas apoyadas por las Fundaciones Tutelares se encuentran en riesgo de pobreza relativa (AEFT, 2020)

123. Es preciso recordar en este sentido que la Disposición Adicional 25ª LGSS, durante toda su vigencia, se ha aplicado ante la existencia de una sentencia judicial, abarcando supuestos de patria potestad prorrogada o rehabilitada, curatela parcial, tutela parcial, así como tutela absoluta.
124. El RDL 2/2023, al modificar la LGSS en el sentido de asimilar a la curatela representativa de alcance general el grado de discapacidad igual o superior al 65%, contraviene el espíritu del modelo de provisión de apoyos que, de conformidad con las obligaciones internacionales precitadas, ha introducido la Ley 8/2021.

Prestaciones y beneficios regulados en la LGSS afectados por el RDL 2/2023

125. En primer lugar, es necesario identificar los artículos de la LGSS expresamente modificados y los que pudieran resultar potencialmente afectados por el RDL 2/2023.
126. Así, por un lado, el RDL 2/2023 ha modificado los siguientes preceptos:

Art. 190.3 LGSS. Situación protegida (Cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave). Según la redacción dada por el Apdo. Veinte del RDL 2/2023 al último inciso del referido precepto, *“se mantendrá la prestación económica hasta que el causante cumpla 26 años si antes de alcanzar los 23 años acreditara, además, un grado de discapacidad igual o superior al 65 por ciento”*.

La extensión temporal de las ayudas por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave sólo tendrá lugar, de conformidad con el Apdo. Treinta y Uno y la Disposición Transitoria Tercera del RDL 2/2023, en el caso de las personas que hubieran sido declaradas incapaces por sentencia judicial bajo el régimen previo a la Ley 8/2021 y en los supuestos del reconocimiento como medida de apoyo de la curatela representativa plena de alcance general.

Art. 192 LGSS. Prestación económica. El RDL 2/2023 modifica también el apdo. 2 del art. 192 LGSS en los siguientes términos: *“Esta prestación se extinguirá cuando, previo informe del servicio público de salud u órgano administrativo sanitario de la comunidad autónoma correspondiente, cese la necesidad del cuidado directo, continuo y permanente del hijo o de la persona sujeta a acogimiento de carácter permanente o guarda con fines de adopción, o cuando esta cumpla los 23 años. Asimismo, en el supuesto del artículo 190.3, párrafo tercero, la prestación se extinguirá si la persona enferma dejara de acreditar el grado de discapacidad requerido o, en todo caso, cuando cumpla los 26 años.”*

Art. 352 LGSS. Beneficiarios (Prestaciones familiares no contributivas-Asignación económica por hijo menor o a cargo). El RDL 2/2023 modifica el artículo 352.2.c) que queda redactado en los siguientes términos: *“Los hijos con discapacidad mayores de dieciocho años respecto de los que no se haya establecido ninguna medida de apoyo a su capacidad para ser beneficiarios de asignaciones del sistema de la Seguridad Social serán beneficiarios de las asignaciones que debido a ellos corresponderían a sus padres.”* A este respecto debe señalarse que el RDL 2/2023 no ha modificado el art. 352.2.a), que seguirá así reconociendo como beneficiarios de la asignación *“Los huérfanos de padre y madre, menores de dieciocho años y que sean personas con discapacidad en un grado igual o superior al 33 por ciento o mayores de dicha edad y que sean personas con discapacidad en un grado igual o superior al 65 por ciento”*. Se entiende, por tanto, que se aplicará la asimilación del Apdo. Treinta y Uno y la Disposición Transitoria Tercera del DL 2/2023.

127. A los preceptos expresamente referidos por el RDL 2/2023, se añaden los artículos de la LGSS que resultarían afectados:

Art. 181 LGSS. Beneficiarias (Subsidio por nacimiento y cuidado del menor): La LGSS prevé la extensión del subsidio en 14 días naturales, entre otros supuestos, para el caso (d) de *“Discapacidad de la madre o del hijo en un grado igual o superior al 65 por ciento”*. Por tanto, los supuestos de extensión quedan reducidos a los casos de discapacidad de la madre o del hijo que hubieran sido incapacitados judicialmente con carácter previo a la entrada en vigor de la Ley 8/2021 y a aquellos casos en los que se hubiera reconocido judicialmente la curatela representativa de alcance general.

Art. 206 bis LGSS. Jubilación anticipada en caso de discapacidad. Según este precepto *“La edad mínima de acceso a la pensión de jubilación a que se refiere el artículo 205.1.a) podrá ser reducida en el caso de personas con discapacidad en un grado igual o superior al 65 por ciento”*. La reducción de la edad mínima para la pensión de jubilación se limitaría así, con el RDL 2/2023, a los supuestos de curatela representativa general e incapacitación judicial (en este último caso, para los supuestos previos a la Ley 8/2021).

Art. 351 LGSS. Enumeración (Prestaciones familiares no contributivas)²¹.

El art. 351 LGSS se refiere expresamente a una asignación económica por cada hijo mayor de 18 años cuando el grado de discapacidad sea igual o superior al 65 por ciento. Por tanto, para hijos con discapacidad mayores de 18 años, tal y como ya hemos mencionado, la prestación sólo se atribuirá en el caso de quienes tengan como medida de apoyo la curatela representativa de alcance general o hubieran sido declarados incapaces por sentencia judicial con carácter previo a la entrada en vigor de la Ley 8/2021.

Art. 357 LGSS. Prestación y beneficiarios (Prestación económica por nacimiento o adopción de hijo en supuestos de familias numerosas, monoparentales y de madres o padres con discapacidad). Según el apdo.

3 del art. 357 *“A los exclusivos efectos de la determinación del límite de ingresos, se considerará a cargo el hijo menor de dieciocho años, o mayor de dicha edad afectado por una discapacidad en un grado igual o superior al 65 por ciento, así como por los menores a cargo en régimen de acogimiento familiar permanente o guarda con fines de adopción”*. Por tanto, para determinar el límite de los ingresos, en el caso de los hijos mayores de 18 años, se considerarán, de conformidad con las modificaciones operadas por el RDL 2/2023,

Art. 363 LGSS. Beneficiarios (Pensiones no contributivas/Invalidez no contributivas). Según este precepto, tienen derecho a pensión de invalidez no

contributiva las personas que estén *“afectadas por una discapacidad o por una enfermedad crónica, en un grado igual o superior al 65 por ciento”*. Por tanto, en aplicación del RDL 2/2023, las personas que se beneficiarían de la pensión serían las que cuenten con curador con facultades representativas o quienes hubieran sido declaradas incapaces por sentencia judicial con carácter previo a la Ley 8/2021.

21. También art. 352 –beneficiarios– y art. 353 –cuantía de las asignaciones– (asignación económica por hijo o menor a cargo).

Argumentos relativos a la interpretación de la redacción de la DA 25 LGSS tras la entrada en vigor del RDL 2/2023 y cuestiones de hecho relevantes para potenciales recursos

128. La distinción entre grupos de personas afectadas por la falta de adaptación del marco jurídico tributario tras la Ley 8/2021 expuesta en el apartado A.2 anterior es un punto de partida válido también en el ámbito de aplicación de beneficios y bonificaciones de la Seguridad Social.
129. Así, si bien en materia tributaria no ha operado una modificación legislativa expresa que regule con rango de ley un criterio de asimilación al 65% conforme al nuevo sistema de provisión de apoyos existente tras la Ley 8/2021, el impacto en los derechos y en el nivel de vida de las personas afectadas y, por tanto, la lógica tanto fáctica como jurídica expresada en dicho apartado, debidamente adaptada, es asimilable.
130. En consecuencia, la distinción entre, por una parte, las personas que, habían accedido a alguno de los beneficios en prestaciones de la Seguridad Social listadas en el apartado B.1 anterior por disponer de una sentencia de incapacitación judicial previa a la entrada en vigor de la Ley 8/2021 y, por otra parte, las que no tenían una sentencia de incapacitación previa, es igualmente relevante.
131. Respecto al segundo grupo, resulta más apropiado en este ámbito dividirlo a su vez en dos; uno primero formado por aquellos a los que se ha declarado judicialmente una curatela representativa amplia, si bien no definida por el juez competente como “plena”, y aquellos a los que se ha asignado un sistema de provisión de apoyos distinto a la curatela representativa amplia, fundamentalmente **(i)** curatela asistencial o con escasos poderes de representación; **(ii)** guarda de hecho con poderes de representación y **(iii)** guarda de hecho sin poderes de representación.
132. Se añade en este ámbito una línea de argumentación importante respecto a la interpretación de la expresión “*facultades de representación plenas para todos los actos jurídicos*” incorporada a través del RDL 2/2023 y su compatibilidad con los criterios exigibles al juez civil en la determinación del ámbito de representación del curador de la persona con discapacidad.
133. Así, el artículo 760 LEC, tras la reforma operada en la Ley 8/2021, establece que las medidas que adopte la autoridad judicial en la sentencia deberán ser conformes a lo dispuesto sobre esta cuestión en las normas de derecho civil que resulten aplicables.

134. Dichas normas, en relación con la curatela, se regulan en el artículo 269 del Código Civil, en virtud del cual el juez debe aplicar el siguiente criterio:
- (i) En primer lugar, el juez debe determinar los actos para los que la persona con discapacidad necesita asistencia.
 - (ii) Solo “*en casos excepcionales*” el juez determinará mediante resolución motivada “*actos concretos*” de representación por parte del curador. Los actos en los que el curador pueda actuar en representación deben ser definidos de “manera precisa”.
135. **En virtud de los criterios fijados por el artículo 269 del Código Civil, el juez que considere necesaria una curatela representativa no podría incluir una referencia genérica semejante a “*facultades plenas*” de representación o “*para todos los actos jurídicos*”.**
136. Una interpretación del INSS que exigiera que el auto correspondiente contuviera la terminología “*facultades plenas*” y/o “*para todos los actos jurídicos*”, resultaría por tanto **inconsistente** con un artículo que exige, en primer lugar, que se determine solo en casos muy excepcionales (más excepcionales de lo que suponía previamente la incapacidad judicial) y, en segundo lugar, que se concreten los actos específicos sobre los que el curador puede representar a la persona con discapacidad.

B.2.1. Personas que fueron incapacitadas judicialmente antes de la Ley 8/2021

137. El argumento central que impediría que estas personas pudieran ver denegadas prestaciones que percibían con carácter previo a la entrada en vigor de la Ley 8/2021 es equivalente al expuesto en materia tributaria.
138. En este caso, el Criterio de Gestión 10/2022 descrito en el párrafo 116 anterior y la ausencia de documentos legislativos preparatorios en sentido contrario indican que la voluntad del legislador era que estas personas siguieran beneficiándose de las ventajas en materia de Seguridad Social que venían obteniendo con el régimen anterior.
139. Así, en la línea mencionada en la Sección A.2, si bien la Ley 8/2021 suprimió la incapacidad judicial, no ha derogado la asimilación al grado del 65%, por lo que estas personas **deberán seguir gozando de los mismos beneficios**.
140. La sentencia del Tribunal Supremo 837/2023, de 8 de marzo de 2023²², en virtud de la cual se confirma que el certificado de **discapacidad** tiene carácter declarativo y no constitutivo, puede ser igualmente útil en la argumentación a favor de la necesaria continuidad en el disfrute de los beneficios en materia de Seguridad Social mientras las necesidades de apoyo no hubieran cambiado (la previa sentencia judicial de

22. ECLI:ES:TS:2023:837

incapacitación es suficiente para tener acreditado el presupuesto de equiparación al 65%, independientemente de la nueva figura declarada tras el proceso de revisión y, por tanto, acceder a los beneficios fiscales).²³

141. El argumento de la necesaria progresividad de las medidas relativas al nivel de vida y protección social de las personas con discapacidad, en aplicación del artículo 28 del Convenio, en particular, en su referencia a la “*mejora continua de su nivel de vida*” contenida en el párrafo 1 del artículo, es igualmente trasladable a este ámbito.
142. Se añadiría, en este sentido, la exigida modulación en la interpretación del tenor literal de la actual DA 25 TRLGSS en línea con su incompatibilidad con lo dispuesto en el artículo 269 Código Civil).
143. Conforme a dicha línea de argumentación, **en los casos en los que no hubiera habido alteración fáctica relevante**, podría argumentarse que, incluso en caso de que la figura de apoyo definida tras la revisión fuera distinta a la curatela representativa amplia, con el régimen normativo actual, **la persona con discapacidad podría seguir aplicándose los beneficios de los que disfrutaba a causa de la incapacitación judicial, si bien las probabilidades de éxito serán diferentes según la medida de apoyo existente.**
144. En todo caso, aquellos casos en los que hubo una sentencia de incapacitación judicial que se han transformado en medidas de provisión de apoyo diferentes a la curatela representativa pueden ser particularmente útiles para cuestionar la aplicabilidad de la nueva norma y requerir una aplicación diferente, no solo respecto a los individuos que fueron objeto de sentencia judicial de incapacitación, sino como prueba de la errónea equiparación incapacitación judicial – curatela representativa plena en los casos en los que no existía incapacitación judicial previa.

B.2.2. Personas con discapacidad cuya primera medida de apoyo es una curatela representativa amplia no definida judicialmente como plena

145. Se ha hecho referencia en el apartado anterior a la posibilidad de que resoluciones del INSS denieguen el acceso a una prestación por no contener la sentencia judicial en la que se establece una curatela representativa a favor de la persona con discapacidad una referencia expresa al carácter pleno de la representación determinada.
146. Esta interpretación que, como hemos visto, plantea dudas interpretativas en su evaluación conforme a la literalidad del artículo 269 CC, será susceptible de impugnación, también en los casos en que no hubiese una sentencia de incapacitación previa.

23. Varona, supra nota 6, p. 54

147. En este caso, **el alcance de las facultades de representación será relevante**, junto con las circunstancias y necesidades de apoyo de la persona con discapacidad, para definir la línea argumental.
148. Así, en aquellos casos en los que la sentencia judicial define unas facultades de representación amplias, la base argumental principal implica un salto interpretativo más contenido. En dichos casos, deberá argumentarse que **se cumple el requisito “plena” y para “todos los actos jurídicos” aunque no se utilice dicha expresión en la sentencia que define la medida de apoyo**. El artículo 269 del Código Civil es el punto central de la alegación en este caso.
149. Por otra parte, en aquellos casos en los que se haya definido una curatela con poderes de representación más limitados, el salto interpretativo exige acudir adicionalmente a la interpretación finalista del precepto.
150. En este sentido, los ejemplos de **casos factualmente equivalentes con medidas judiciales diferentes** son fundamentales para evidenciar que la asimilación al 65% tenía lugar en casos en los que los poderes de representación del tutor eran parciales.
151. Esta línea de argumentación debe llevar a considerar que en los casos en que se determine una curatela representativa con facultades de representación no simbólicas o de poco alcance, que conforme al sistema anterior hubieran sido previsiblemente objeto de alguna intervención judicial, existe el derecho a disfrutar de los beneficios asociados a la discapacidad del 65%.

B.2.3. Personas con discapacidad cuya primera medida de apoyo no es una curatela representativa amplia

152. La interpretación sobre la necesaria aplicación de los beneficios a cualquier medida de apoyo judicial explicada en el ámbito tributario resulta de **más difícil** traslación al ámbito de la Seguridad Social. Ello es así porque existe ya una definición expresa del requisito para la equiparación: la curatela representativa plena.
153. No obstante, la combinación de **(i)** los precedentes en los que se ha reconocido la equiparación al 65% de discapacidad en casos en que no se hubiera determinado una tutela judicial total; y **(ii)** la interpretación sobre la finalidad de la norma en virtud de la cual el legislador no habría tenido la intención de restringir el acceso a los beneficios de la Seguridad Social a aquellas personas que hubieran tenido derecho a ellos con el régimen previo a la Ley 8/2021, podría ser planteada en un recurso frente a la denegación de aplicación de las ventajas sociales.

154. Las **guardas de hecho con poderes de representación amplios**, declaradas por la existencia de un entorno familiar suficiente que no requiere optar por la curatela podría ser particularmente interesante para cuestionar el sistema de equiparación utilizado por el legislador a través del RDL 2/2023 y evidenciar que la existencia de una curatela no es indicativa de la intensidad de apoyo que requiere una persona, el motivo por el que se ha mantenido un sistema de equiparación al grado de discapacidad.
155. En conclusión, incluso en estos casos puede plantearse que la aplicación estricta del criterio del RDL 2/2023 es contrario a la intención perseguida por la Ley 8/2021 y la normativa internacional, en la medida en que la existencia de una curatela solo expone la inexistencia de medidas voluntarias o de una guarda de hecho adecuada y suficiente.
156. **Línea argumental transversal sobre vulneración del artículo 14 CE**
157. La *'discriminación positiva'* en la regulación del régimen fiscal y de acceso a las prestaciones de la Seguridad Social en favor de las personas con discapacidad dimana directamente del mandato dirigido a los poderes públicos ex art. 9.2 CE, que obliga a la remoción de todos los obstáculos que impidan la consecución de una igualdad real y efectiva de todos los ciudadanos, consagrando con ello la llamada *'igualdad material'* y, de conformidad con la misma, la legitimidad constitucional de las denominadas *'discriminaciones o acciones positivas'*.
Como señalara el TC en su temprana Sentencia núm. 98/1985 (Fundamento Jurídico 9), el *"art. 9.2 (...) contiene un mandato a los poderes públicos para que promuevan las condiciones para que la libertad e igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivos, y para que remueva los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud", pudiendo así "actuar como un principio matizador de la igualdad formal consagrada en el art. 14 de la Constitución, permitiendo regulaciones cuya desigualdad formal se justifica en la promoción de la igualdad material"*.
158. *"(No) toda desigualdad de trato que beneficie a un grupo (...) resultará vulneradora"* del artículo 14 CE. *"(E)l tratamiento diverso de situaciones distintas «puede incluso venir exigido, en un Estado social y democrático de Derecho, para la efectividad de los valores que la Constitución consagra con el carácter de superiores del ordenamiento, como son la justicia y la igualdad"* (STC 128/1987, FFJJ 3-5).
159. Este tratamiento diferenciador no discriminatorio, sino tendente a la consecución de una igualdad real y efectiva, es el que subyace al reconocimiento de ciertas ventajas y beneficios fiscales y sociales a las personas con discapacidad. Por tanto, si el acceso a estos beneficios y ventajas se condiciona a una determinada situación jurídica (la curatela representativa) que acaba por suponer la dispensación de un trato diferenciador a quienes se encuentran en una situación de igualdad fáctica, se estará pervirtiendo la *'discriminación positiva'*, incurriéndose a través de la misma en una vulneración del art. 14 CE.

B.3 Vías de impugnación

B.3.1. La reclamación previa

160. Según establece el artículo 71 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (LRJS), *“será requisito necesario para formular demanda en materia de prestaciones de Seguridad Social, que los interesados interpongan reclamación previa ante la Entidad gestora de las mismas”*.
161. Asimismo, el artículo 73 establece la necesaria vinculación respecto a la reclamación administrativa previa en materia de prestaciones de Seguridad Social o vía administrativa previa, de forma que en la demanda posterior al Juzgado de lo Social, *“no podrán introducir las partes variaciones sustanciales de tiempo, cantidades o conceptos respecto de los que fueran objeto del procedimiento administrativo y de las actuaciones de los interesados o de la Administración, bien en fase de reclamación previa en materia de prestaciones de Seguridad Social o de recurso que agote la vía administrativa, salvo en cuanto a los hechos nuevos o que no hubieran podido conocerse con anterioridad”*.
162. De esta forma, es importante enfatizar que la reclamación previa debe **contener todos los hechos y fundamentos en los que vayamos a basar nuestra demanda judicial posterior**, incluido el análisis de constitucionalidad, en su caso, del precepto que nos impide la asimilación y acceso a la prestación.
163. Las alegaciones relativas a la vulneración de derechos fundamentales (ver subapartado siguiente) deben **incluirse en la reclamación previa**. Solo en ese caso podrán acumularse al proceso especial de prestaciones de la Seguridad Social el de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas, lo que dará preferencia al proceso, exigirá la participación del Ministerio Fiscal y facilitará el acceso al recurso de amparo.

B.3.2. Protección sumaria y preferente: vulneración del art. 14 CE en caso de negativa de acceso a prestaciones y beneficios sociales a personas con discapacidad a quienes se haya nombrado un curador con *“facultades de representación amplias”*

164. Como ya se ha apuntado en los párrafos precedentes, con carácter previo a la entrada en vigor del RDL 2/2023, la Disposición Adicional 25ª de la LGSS establecía que la existencia de una sentencia judicial que declarase la incapacidad civil de una persona era asimilable a la determinación de un 65% de discapacidad a los efectos de acceder a determinadas prestaciones que exigieran ese grado de discapacidad.

165. La asimilación se producía con independencia de si la incapacitación era plena o parcial. Sin embargo, con la entrada en vigor del RDL 2/2023 esa asimilación opera solo respecto de aquellas personas *“para las que, como medida de apoyo a su capacidad jurídica y mediante resolución judicial, se haya nombrado un curador con facultades de representación plenas para todos los actos jurídicos.”* Por tanto, solo aquellas personas a las que se les haya nombrado un curador con facultades ‘plenas’ de representación ‘para todos los actos jurídicos’ se entenderán asimiladas al 65% de discapacidad y, consecuentemente, con derecho de acceso a las prestaciones y beneficios a los que nos venimos refiriendo.
166. Partiendo de la hipótesis de que el art. 269.III CC, sin proscribirla por completo, las relega en todo caso al ámbito de la más estricta excepcionalidad, la aplicación de dicha asimilación puede suponer la incursión de una discriminación prohibida por el art. 14 CE.
167. Ocurrirá así en el caso de aquellas personas con discapacidad que tengan reconocida una curatela con *“facultades de representación amplias”* (no plenas), cuando dicho régimen no sea considerado como amparado por la redacción actual de la Disposición Adicional 25ª LGSS por el INSS. Y ello con independencia de que se trate de una persona que con carácter previo a la entrada en vigor de la Ley 8/2021 hubiera sido incapacitada judicialmente siéndole reconocida con posterioridad, en la revisión de medidas, la curatela representativa *“parcial”*, o de una persona que se somete a dicho régimen como primera medida de apoyo.
168. En estos casos, al situarse dichas personas en una situación de igualdad fáctica, o al menos claramente equiparable, respecto de quienes tengan nombrado un curador con facultades de representación plenas, la negativa al acceso a las prestaciones o beneficios sociales de los que se trate supondrían un trato diferenciador, irrazonable e injustificado, que fundamentaría la invocación de una vulneración del derecho a la igualdad ex art. 14 CE.

B.3.3. Procedimiento ordinario y control de convencionalidad difuso para los supuestos de medidas de negativa de reconocimiento de prestaciones y demás beneficios sociales en los demás casos (medidas de apoyo distintas a la curatela representativa amplia)

169. En el resto de los casos, cuando el régimen aplicado a resultas de la entrada en vigor de la Ley 8/2021 hubiera supuesto una pérdida de acceso a beneficios y/o prestaciones de los que previamente se disfrutaba, la vía jurisdiccional propia sería el recurso por el procedimiento ordinario.
170. En este sentido, los argumentos expuestos en los párrafos 149 a 155, independientemente de la necesaria adaptación al contexto fáctico correspondiente, constituirían el armazón teórico sobre el que se plantearía el recurso.

171. Respecto al deber de inaplicación de la Disposición Adicional 25ª LGSS en la redacción dada por el RDL 2/2023, por contravenir el art. 28.1 del Convenio, en tanto que este último obliga a los Estados parte a garantizar ‘una mejora continua de las condiciones de vida de las personas con discapacidad’, podría argumentarse con particular fuerza en el caso de personas que con carácter previo al vigente régimen de apoyos estaban incapacitadas judicialmente y, tras la revisión de medidas, quedan sometidas a una guarda de hecho o una curatela asistencial, suponiendo dicho cambio una exclusión de los beneficios y prestaciones sociales a los que da acceso la DA 25ª de la LGSS tras la redacción dada a la misma por el RDL 2/2023.
172. A tales efectos, debe recordarse que el control de convencionalidad difuso en España, aunque polémico, fue avalado por la STC 140/2018²⁴, en virtud del cual *“en aplicación de la prescripción contenida en el artículo 96 CE, cualquier juez ordinario puede desplazar la aplicación de una norma interna con rango de ley para aplicar de modo preferente la disposición contenida en un tratado internacional, sin que de tal desplazamiento derive la expulsión de la norma interna del ordenamiento”*.
173. Teniendo en cuenta que una situación como la antes descrita, en la que **una persona con discapacidad experimenta una regresión en las prestaciones** de las que era beneficiaria como consecuencia de una interpretación restrictiva por el legislador del nuevo régimen de apoyos, contravendría el mandato del art. 28.1 de la Convención, podría entonces exigirse al juez o tribunal competente la inaplicación de la Disposición Adicional 25ª LGSS y, con ello, el reconocimiento del beneficio y/o prestación inicialmente denegada.
174. Además, en aquellos supuestos en los que la negativa al acceso a dichas prestaciones y/o beneficios supusiera una afectación de entidad en el derecho de la persona con discapacidad a una vida independiente y a su plena inclusión social, podría además alegarse la contravención del art. 19 de la Convención, y/o del art. 23, que reconoce el derecho al respeto del hogar y de la familia, en la medida en que podría igualmente verse afectado en aquellos supuestos en los que la denegación a determinadas prestaciones y/o beneficios sociales pudiera, además, dificultar las tareas de cuidados de familiares, siendo así los mismos objeto de una “discriminación por asociación” de conformidad con la Observación General nº 6 del Comité. En este último sentido debe recordarse el dictamen del Comité en la comunicación 51/2018 (asunto *Bellini et al. c. Italia*).
175. La regresión que, desde luego, significaría la negativa de acceso a beneficios y prestaciones a quienes ya disfrutaban de ellas como consecuencia del cambio de régimen de apoyos, resulta, además, difícilmente cohonestable con la doctrina de la irreversibilidad de los derechos.

24. FJ Sexto

176. De conformidad con nuestras obligaciones internacionales, en materia social España debería actuar de forma progresiva y utilizando el máximo de recursos disponibles. En virtud de lo dispuesto en su art. 1.1, los Estados parte del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia. Los Estados deben así prestar los servicios públicos precisos para satisfacer necesidades básicas. Y como proscribiera el propio art. 2.1 PIDESC, estas medidas habrán de abarcar “*el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente (...) la plena efectividad de los derechos*”. La adopción de medidas regresivas debe justificarse sobre la base del desarrollo de un examen exhaustivo de todas las alternativas existentes. Recordemos, a este respecto, las OG núm. 3 (párr. 9), núm. 13 (párr. 45) y núm. 14 (párr. 32) del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Por su parte, el Comisario Europeo de derechos humanos, denunciando el impacto de las medidas de austeridad sobre los derechos, y en especial sobre los sociales, ha recordado la importancia del principio de no regresividad como garantía necesaria de estos (CommDH (2013)18).

B.3.4. Transversal a cualquiera de los procedimientos:
cuestión de inconstitucionalidad

177. En todo caso, en cualquiera de los procedimientos sería factible la interposición, con carácter subsidiario, de una cuestión de inconstitucionalidad.
178. La cuestión se basaría en la arbitrariedad del legislador de urgencia al restringir el acceso a determinadas prestaciones y beneficios sociales a las personas con discapacidad a quienes se haya nombrado un curador con plenas facultades de representación para todos los actos, suponiendo además dicha arbitrariedad una vulneración del principio de igualdad del art. 14 CE.
179. La cuestión de inconstitucionalidad puede ser promovida a instancia de parte por jueces y tribunales cuando consideren que una norma con rango de ley aplicable al proceso del que conocen, en este caso la vigente DA 25ª de la LGSS, y de cuya validez dependa la decisión que hayan de adoptar en el mismo, pueda ser contraria a la Constitución. Esta alternativa procesal es planteable de forma subsidiaria, en caso de que el juzgador, rechazando los argumentos del recurrente esbozados en la sección B.2 anterior, considere la aplicación literal del precepto.
180. El órgano judicial debe plantear la cuestión una vez concluido el proceso y dentro del plazo para dictar sentencia. Antes de adoptar el Auto en el que se acuerde el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, el órgano judicial debe oír a las partes y al Ministerio Fiscal para que en el plazo común e improrrogable de diez días puedan alegar lo que deseen sobre la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad. Seguidamente, sin más trámite, el órgano judicial resolverá en el plazo de tres días sobre su planteamiento. El planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad determina la suspensión provisional de las actuaciones en el

proceso judicial hasta que el TC se pronuncie sobre su admisión y, de ser admitida, hasta que resuelva definitivamente la cuestión. El TC podría rechazar la admisión de la cuestión de inconstitucionalidad cuando falten las condiciones procesales para su planteamiento o fuera notoriamente infundada. La admisión a trámite de la cuestión de inconstitucionalidad ha de publicarse en el BOE, pudiendo personarse en el proceso constitucional, en el plazo de los quince días siguientes a dicha publicación, quienes sean parte en el procedimiento judicial en cuyo seno se ha promovido. Asimismo, el TC ha de dar traslado de la cuestión al Congreso de los Diputados, al Senado, al Fiscal General del Estado, al Gobierno. Concluido este plazo, el TC dictará sentencia.

181. Como ha advertido la magistrada Balaguer Callejón, con carácter previo al planteamiento de la cuestión y de conformidad con el art. 5.3 LOPJ, el juez o tribunal que conoce del caso deberá *“agotar las posibilidades interpretativas”*. Para la magistrada, este precepto es *“una clara manifestación del principio de interpretación «conforme»”*, de modo que los tribunales ordinarios están vinculados en su interpretación del ordenamiento a una interpretación conforme a la Constitución que haga posible la acomodación de los preceptos aplicables al ordenamiento constitucional. Pero, además, en el supuesto de diversas interpretaciones constitucionalmente aceptables de esos preceptos, deberán optar por aquella que resulte más congruente, en virtud de las circunstancias del caso, con la Constitución. (...) Realizada por el tribunal ordinario en el proceso de aplicación del derecho, supone una simple aplicación de un criterio hermenéutico que le obliga a optar por la solución más proporcionada desde el punto de vista constitucional (por ejemplo, en favor de los derechos constitucionales).
182. Podría así requerirse al juez en ambos casos, esto es, tanto en la vía sumaria y preferente, como en la ordinaria, una interpretación de la DA 25ª de la LGSS más proporcionada desde el punto de vista de los derechos de las personas con discapacidad, como lo es la asimilación con el 65% de discapacidad de todos aquellos casos en los que medie una medida de apoyo judicial, de modo que solo en los casos en los que dicha interpretación conforme no fuera asumida procediendo el órgano jurisdiccional competente a una aplicación literal del precepto, se instaría al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad.
183. Existen precedentes en la jurisprudencia en los que los tribunales han interpretado la norma de forma distinta a la literalidad de la misma, cuando una norma que trata de proteger los derechos de un colectivo desfavorecido provoca un efecto indeseado, al exigirse unos requisitos que son incompatibles con el espíritu de la norma.

184. Un escenario semejante se dio en la redacción del artículo 174.2 LGSS introducida mediante la Ley 40/2007, en virtud de la cual se condicionaba con carácter imperativo el acceso a la pensión de viudedad de las personas separadas judicialmente o divorciadas a que hubieran sido acreedores de la pensión compensatoria a que se refiere el artículo 97 del Código Civil, es decir, la fijada en el convenio regulador, y cuando la misma quedase extinguida por el fallecimiento del causante.
185. En base a esta regla, el INSS había venido considerando como requisito para el acceso a la prestación de viudedad la previa fijación a favor del eventual beneficiario de una pensión compensatoria y su posterior extinción por el fallecimiento del causante, sin tener en cuenta que la posible renuncia al convenio regulador del artículo 97 del Código Civil por parte de la beneficiaria, podía venir motivado por una razón tan importante y grave como la de ser víctima de violencia de género, precisamente, de tal persona.
186. Ante estos hechos, la reacción de los tribunales del orden social fue sensible a la situación especial de las mujeres que renunciaban a la pensión compensatoria en aras de su protección integral. Así, la Sentencia 38/2008 de 22 de enero del TSJ de Cantabria reconoce a una víctima de violencia de género el derecho a la pensión de viudedad aunque existía una renuncia expresa en el proceso de divorcio a la pensión compensatoria.
187. Llegando al mismo resultado, pero en base a una argumentación jurídica diferente, la sentencia 329/2008 de 28 de julio del TSJ de Cataluña interpretó el artículo 174.2 LGSS, en el sentido de que esta regla no exige la existencia de una pensión compensatoria que se encuentre en vigor en el momento de producirse la situación de viudedad, sino que, a lo que se refiere la norma, es a la incompatibilidad entre la prestación de viudedad y la pensión compensatoria, de tal manera que lo que el precepto afirma es que, si se accede a la prestación de Seguridad Social se extinguirá la pensión compensatoria, lo que permite salvar la regla del artículo 101 del Código Civil que mantiene que la pensión compensatoria pueda subsistir tras la muerte del deudor.
188. Como se ha señalado, solo en el caso de que el tribunal o juez competente considere que ha agotado todas las posibilidades de interpretación conforme a la Constitución de la norma, y resultando que es necesario para la resolución del pleito determinar si la misma es contraria a la Constitución, podrá plantear la cuestión de inconstitucionalidad.
189. Atendiendo a los **efectos discriminatorios y regresivos** apuntados en este informe, el análisis de la constitucionalidad de la asimilación operada por el RD 2/2013 entre un grado de discapacidad del 65% y las personas a quienes se les ha nombrado un curador con capacidades plenas de representación para todos los actos, debiera de partir por la valoración del cumplimiento por el legislador de la exigencia de una “*explicación racional*” que le impone el art. 9.3 CE para garantizar el cumplimiento del mandato de prohibición de la arbitrariedad que, como señalara la STC 27/1981,

en lo que a la actividad de nuestro Poder Legislativo respecta, exige un escrupuloso cumplimiento de las exigencias impuestas por el art. 9.2 CE a fin de garantizar la igualdad real y efectiva.

190. En este sentido, merece la pena transcribir el relevante Fundamento Jurídico 5 de la STC 111/2013, en la parte en la que el supremo intérprete de nuestra Constitución, con todas las precauciones, se refiere al control del cumplimiento por el legislador de la prohibición de la arbitrariedad:

*‘En lo que afecta a la vulneración de la prohibición de arbitrariedad (art. 9.3 CE), debe insistirse una vez más en que el control de constitucionalidad de las leyes debe ejercerse por este Tribunal de forma que no se impongan constricciones indebidas al poder legislativo y se respeten sus legítimas opciones políticas; por ello, hemos venido señalando reiteradamente que el cuidado que este Tribunal ha de observar para mantenerse dentro de los límites del control del legislador democrático, debe extremarse cuando se trata de aplicar preceptos generales e indeterminados como es el de interdicción de arbitrariedad. Así, al examinar una norma legal desde este punto de vista, nuestro análisis **ha de centrarse en verificar si el precepto establece una discriminación, pues la discriminación entraña siempre una arbitrariedad, o bien si, no estableciéndola, carece de toda explicación racional, lo que también evidentemente supondría una arbitrariedad** (por todas, STC 102/2012, de 8 de mayo, FJ 2).’*

191. La asimilación automática de la condición de persona con un grado de discapacidad igual o superior al 65% exclusivamente a quienes cuenten con curatela representativa plena operada por el RDL 2/2023, **sin contar con motivación alguna ni en el propio texto de la norma ni en sus documentos preparatorios, supone una restricción en el acceso a determinadas prestaciones sociales que resulta discriminatoria** y, por lo tanto, arbitraria en tanto que, atendiendo al nuevo sistema de apoyos introducido por la Ley 8/2021, dispensa un trato diferenciador a quienes se encuentran en situaciones fácticas equivalentes, como lo son las personas con curadores con plenas capacidades de representación y las que quedan sometidas a una curatela con facultades amplias, pudiéndose incluso operar dicha comparación respecto de aquellas personas que, bajo el nuevo sistema de apoyos, han optado por otras medidas distintas a la curatela.
192. La asimilación operada por el RDL 2/2023 pervierte así el espíritu de la Ley 8/2021 y de las consecuentes modificaciones operadas por la misma en nuestra legislación procesal y civil, sin que dicha asimilación encuentre de momento “*explicación racional*” alguna que pudiera, en su caso, hacer operativo el principio de especialidad en favor de una restricción que, tal y como aparece enunciada en el RDL 2/2023, vulnera la proscripción de la arbitrariedad, incurre en discriminación y contraviene el principio de seguridad jurídica que impone el art. 9.3 CE. Un mandato este último que, en palabras de la STC 27/1981, debe interpretarse como la “*suma equilibrada*” de “*certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable, interdicción de la arbitrariedad (...) de tal suerte que permita promover, en el orden jurídico, la justicia y la igualdad, en libertad*”.

B.3.5. Denuncia individual ante el CDPD o recurso ante el TEDH tras agotar las vías internas

193. Ver apartado A.3.4 anterior.

B.3.6. Reclamación colectiva ante el Comité Europeo de Derechos Sociales

194. Finalmente, con carácter adicional a las acciones individuales expuestas en los apartados anteriores, podría cuestionarse la compatibilidad de la modificación legislativa operada a través del RDL 2/2023, así como de la interpretación restrictiva de acceso a beneficios reconocidos en la LIRPF, con el artículo 12 (en el caso del acceso a las bonificaciones de la Seguridad Social), el artículo 15 y el artículo E de la Carta Social Europea (revisada).
195. La viabilidad de su planteamiento dependerá de la capacidad para acreditar el impacto sistémico negativo de los nuevos criterios seguidos por la Administración Pública (tanto la Agencia Tributaria como el INSS), **la relevancia de las mismas para asegurar la independencia y autonomía de las familias y, en particular, el amplio número de personas que están siendo excluidas de unas prestaciones que bien habían recibido con anterioridad, bien habrían recibido en caso de haber continuado el sistema previo a la entrada en vigor de la Ley 8/2021.**
196. La reclamación colectiva podrá ser planteada por las organizaciones con legitimación activa frente al Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS), destacando como ventaja práctica que no requiere el agotamiento de vías internas domésticas.



C

Acceso y contratación de productos financieros

C.1

Planteamiento de los problemas surgidos en el acceso a servicios bancarios tras la entrada en vigor de la Ley 8/2021 y argumentación jurídica para su solución²⁵

197. La entrada en vigor de la Ley 8/2021 ha generado nuevos problemas en el acceso y operativa de servicios bancarios por parte de las personas con discapacidad, que se añaden a otros existentes con carácter previo y que se han visto agravados desde entonces.
198. Se han recopilado un conjunto de obstáculos y problemas que se presentan a las personas con discapacidad en su relación con las entidades bancarias en la actualidad, entre las que destacan:
- (i)** Restricciones de acceso a las entidades de apoyo y a los guardadores de hecho a los productos bancarios de las personas con discapacidad que no pueden acceder por sí solas a los mismos.
 - (ii)** Negativas de entidades bancarias a suscribir un contrato de tarjeta bancaria en el que la contraparte sea la persona con discapacidad a la que le presta apoyos la entidad de apoyo. Este problema es particularmente grave en localidades pequeñas debido a la desaparición de las oficinas bancarias, dificultando la vida económica y a las personas con discapacidad que habitan en dichas poblaciones.
 - (iii)** Se rechaza la cotitularidad de cuentas bancarias con personas con discapacidad y tampoco se suscriben contratos de seguro con ellas, suscribiéndose exclusivamente con la entidad de apoyo.
 - (iv)** Igualmente, no se permite contratar cuentas conjuntas de personas con discapacidad y sus hijos, dificultando el acceso a becas y otras ayudas.
 - (v)** Se ha reportado la negativa a acceder a préstamos a personas con discapacidad. Las fundaciones que reportan dichos problemas entienden que se debe a que la discapacidad es considerada un factor de riesgo, si bien informan que no se reconoce expresamente. La valoración por parte de las fundaciones está fundamentada en que las personas con discapacidad que abrían visto denegadas sus solicitudes de préstamos disponían de rendimientos del trabajo y/o de capital a priori suficientes para que se otorgara el préstamo solicitado.

25. El contenido relativo al Derecho de la UE incluido en esta sección ha sido elaborado en colaboración con el despacho de abogados Pérez-Llorca.

(vi) Exigencia de firmas mancomunadas para gestiones bancarias, consecuencia del desconocimiento de las implicaciones de la entrada en vigor de la Ley 8/2021.

(vii) Bloqueo de cuentas en caso de no revisión de las medidas de apoyo conforme a lo dispuesto en la Disposición Transitoria Quinta de la Ley 8/2021.

199. Las actuaciones y exigencias de los subapartados (i) y (vii) anteriores están, en principio, exclusiva y directamente vinculadas a la entrada en vigor de la Ley 8/2021, todo ello sin perjuicio de que el resto de problemas se haya visto afectado por el nuevo contexto jurídico.

C.1.1. Las dificultades de acceso a los productos bancarios por parte de las entidades de apoyo y los guardadores de hecho

200. Las dificultades de acceso por parte de los guardadores de hecho y entidades de apoyo a las cuentas y productos suscritos por la persona con discapacidad tienen un impacto directo en la autonomía y ejercicio de derechos básicos por parte de las personas con discapacidad. Debido a ello, el 19 de julio de 2023, el Ministerio Fiscal, el Banco de España, CECA, AEB y UNACC suscribieron un protocolo denominado **“Protocolo marco de colaboración para la efectividad de las medidas de apoyo a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad”**, en virtud de del cual se creó un grupo de trabajo con el objetivo de *“analizar y poner en común las mejores prácticas en el ámbito bancario en relación con el sistema de apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad articulado por la Ley 8/2021”*.

201. En el seno de dicho protocolo marco, el grupo de trabajo elaboró un documento interpretativo titulado *“La guarda de hecho en la Ley 8/2021”*, en cuyos apartados VI y VII delimita como propuesta de solución para las personas con discapacidad con guarda de hecho la declaración responsable para la gestión económica ordinaria y el acceso a productos bancarios contratados con las entidades financieras. En los casos en los que la persona titular no pueda manifestar su voluntad, según el documento, *“cobrará especial relevancia”*, *“a efectos probatorios”*, el acta de notoriedad. No obstante, previamente, en el apartado II, el documento menciona que las atribuciones derivan directamente de la Ley, no habiéndose configurado ningún título habilitante formal al efecto y lista una serie de documentos que pueden servir para acreditar la existencia de la guarda (*“el libro de familia; el historial de certificados de empadronamiento y de convivencia; informes de servicios sociales; informes de servicios públicos de salud y otros servicios públicos”*).

202. Desde una perspectiva de protección de datos personales, *“el acceso por el guardador lo será a la información necesaria para el cumplimiento de los objetivos de la guarda de hecho y constituirá una actuación de representación necesaria para la asistencia ordinaria prevista en el artículo 264 párrafo 3.º, exenta de autorización judicial. **Su finalidad instrumental a la previsión legal de la guarda de hecho es el título legitimador del acceso**, de conformidad con el artículo 8 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales”*.
203. La razonabilidad de la exigencia del acta de notoriedad como requisito para el acceso y operativa conforme al artículo 264.3 CC por parte de las entidades de apoyo y guardadores de hecho deberá ser argumentada por la entidad bancaria que, en todo caso, deberá llevar a cabo todos los ajustes razonables precisos para no afectar innecesariamente a la operativa del servicio contratado.
204. En este sentido, si bien exclusivamente en lo concerniente a la solicitud de prestaciones por parte del guardador de hecho, el criterio nº 33/2021 del INSS expresa que serán prueba suficiente para probar la guarda de hecho y, por tanto, solicitar la prestaciones de las que es titular la persona con discapacidad *“libro de familia (que acredite, en su caso, la relación de parentesco que mantienen el guardador y la persona con discapacidad), certificado de empadronamiento o documentación que acredite convivencia, así como aquellos documentos de los que se desprenda claramente dicha condición”*.
205. Los elementos de hecho específicos de cada caso, las dificultades para proceder a la expedición del acta de notoriedad y, en su caso, el efecto que la imposibilidad o dificultad de cumplir con los requisitos impuestos por la entidad bancaria están teniendo en la disponibilidad de recursos monetarios necesarios para que la persona con discapacidad pueda cumplir con sus obligaciones y satisfacer sus necesidades vitales serán fundamentales para, en su caso, cuestionar la razonabilidad de la negativa operada por la entidad bancaria a permitir el acceso a la operativa básica y necesaria por parte de las entidades de apoyo y/o guardadores de hecho.

C.1.2. El bloqueo de cuentas ante la ausencia de revisión de las medidas determinadas con carácter previo a la entrada en vigor de la Ley 8/2021

206. Algunas entidades bancarias están comunicando a las personas que ejercen facultades de representación actualmente que, una vez finalizado el plazo establecido por la Ley 8/2021 para revisar las situaciones preexistentes, vencen sus facultades de representación, pudiendo por ello quedar inactiva a partir de ese momento la cuenta del cliente.

207. Según información facilitada por algunas fundaciones, otras entidades están bloqueando las cuentas de personas con discapacidad que tienen sentencia de incapacitación previa sin enviar previamente carta de aviso sobre el bloqueo. Cuando las familias acuden al establecimiento de la entidad bancaria, los empleados de la entidad les comunicarían que el sistema informático no les permitiría desbloquear la cuenta hasta que se obtengan los documentos judiciales pertinentes.
208. Nos encontramos así ante una medida de bloqueo que impide a la persona con discapacidad hacer uso efectivo de los productos bancarios contratados.
209. SI bien no se dispone de documentación sobre ningún caso específico, el potencial carácter antijurídico de la medida podría abordarse desde dos perspectivas distintas: la contractual y la extracontractual derivada de las obligaciones impuestas por 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 (TRLGDPD).
210. En el ámbito contractual, será fundamental conocer los términos y las condiciones suscritos entre las partes, en particular, las causas de suspensión de acceso y/o bloqueo de los productos contratados, así como el razonamiento específico aportado por la entidad bancaria para bloquear la cuenta bancaria.
211. A falta de acceso a documentación sobre las cláusulas contractuales firmadas que podrían dar lugar a las decisiones unilaterales de bloqueo, si la causa alegada estuviera vinculada a una previsión contractual en la que se permitiera discontinuar los servicios por incumplimiento de obligaciones legales y el banco estuviera interpretando, en particular, que el incumplimiento se originaría ante la falta de revisión regulada en la Disposición Transitoria Quinta de la Ley 8/2021, podría cuestionarse dicho incumplimiento dado que la solicitud de revisión de las medidas se plantea como una potestad de los afectados.
212. En este sentido, la Disposición Transitoria Quinta de la Ley 8/2021 solo establece un plazo máximo de revisión a los órganos judiciales, que dispondrán de tres años para hacerlo. Hasta entonces, conforme a la Disposición Transitoria Segunda “[A] los tutores de las personas con discapacidad se les aplicarán las normas establecidas para los curadores representativos, a los curadores de los emancipados cuyos progenitores hubieran fallecido o estuvieran impedidos para el ejercicio de la asistencia prevenida por la ley y de los menores que hubieran obtenido el beneficio de la mayor edad se les aplicarán las normas establecidas para el defensor judicial del menor.”
213. Será igualmente importante analizar las cláusulas de preaviso previsiblemente reguladas en el contrato que, de existir, podrían contener unas obligaciones de comunicación previa a la contraparte antes de la suspensión del servicio tendentes a garantizar una potencial respuesta por la parte afectada.

214. El incumplimiento contractual podría llevar a la persona afectada a exigir el cumplimiento de lo pactado y, en su caso, reclamar los daños y perjuicios causados.
215. Desde una perspectiva extracontractual, la acción del banco podría cuestionarse desde la óptica del artículo 29 del TRLGDPD, en virtud del cual:
- “Todas las personas físicas o jurídicas que, en el sector público o en el privado, suministren bienes o servicios disponibles para el público, ofrecidos fuera del ámbito de la vida privada y familiar, estarán obligadas, en sus actividades y en las transacciones consiguientes, al cumplimiento del principio de igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, evitando discriminaciones, directas o indirectas, por motivo de o por razón de discapacidad.”*
216. Al respecto, según la definición de “discriminación indirecta” contenida en el artículo 2 del precitado TRLGDPD, esta *“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.”*
217. El bloqueo de una cuenta bancaria puede ocasionar una desventaja particular a la persona con discapacidad, que no afecta a personas sin discapacidad. Podría intentar argumentarse igualmente que el motivo de las desventajas es la discapacidad y que los medios para la consecución de un potencial fin legítimo (la protección del patrimonio de la persona con discapacidad) no son adecuados y necesarios.
218. En todo caso, la conclusión sobre el potencial incumplimiento del artículo 29 del TRLGDPD requerirá un análisis detallado de los casos detectados, la actuación de la entidad bancaria y la evidencia recabada sobre los motivos del bloqueo.
219. Como afirma Eva María Ribó, la decisión de bloqueo tiene el potencial de afectar a varios derechos reconocidos en la CDPD (la efectiva afectación dependerá del caso específico), entre ellos, el derecho a la no discriminación (artículo 5), reconocimiento de la capacidad jurídica (artículo 12), el derecho a una vida independiente (artículo 19), pudiendo tener un alcance mayor según la afectación específica a la persona en el caso concreto.²⁶
220. El auto del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Córdoba, de 22 de febrero, referido por M^a Eugenia Torres Costas en su artículo La guarda de hecho y el necesario cambio de mentalidad de los bancos plantea el problema en términos meridianamente claros:

26. [El bloqueo de cuentas bancarias a personas con discapacidad](#)

“Conscientes del cambio legislativo esta Juzgadora podría desestimar la solicitud formulada, declarar que D.^a no precisa de una resolución judicial por virtud de la cual se declare la guarda de hecho respecto de su hermana ... y que no necesita autorización judicial para cancelar la cuenta en la entidad bancaria Cajasur, ni para solicitar los atrasos que corresponden a su hermana por la pensión de orfandad que tiene reconocida por el INSS, ni para disponer de la cantidad que le corresponde a ésta por el seguro de defunción de Mapfre porque el C.civil, norma de obligado cumplimiento para todos, establece que la guarda de hecho no precisa de una investidura judicial formal para la guarda de hecho ni para los actos descritos. Pero pongámonos en el lugar de los guardadores de hecho a los que no les queda más opción que acudir al Juzgado con el único fin de obtener una resolución judicial en virtud de la cual se les reconozca aquello que ya tienen reconocido por ley. E interpretemos la ley: la guarda de hecho `no precisa de una resolución judicial`. No precisaría de resolución judicial si el guardador de hecho no se enfrentara a los obstáculos descritos”.

221. La propia autora enuncia otros medios de mitigar el riesgo de desprotección del patrimonio de la persona con discapacidad: declaración responsable del guardador, indicios documentales como el libro de familia, certificados del Registro Civil acreditativos del parentesco, certificados de convivencia, actas de notoriedad o informes sociales.

La aplicación de la Directiva 93/13. Contexto general de aplicación

222. La protección de los consumidores es una exigencia fundamental del Derecho de la UE, consagrada tanto en el TFUE como en la CDFUE.
223. Así, el artículo 169 TFUE establece que, para promover los intereses de los consumidores y garantizarles un alto nivel de protección, la UE contribuirá a proteger la salud, la seguridad y los intereses económicos de los consumidores, así como a promover su derecho a la información, a la educación y a organizarse para salvaguardar sus intereses. El artículo 38 de la CDFUE prevé que en las políticas de la UE se garantizará un nivel elevado de protección de los consumidores.
224. Con este objetivo de protección de los intereses de los consumidores, la UE estableció un sistema de lucha contra las cláusulas abusivas en la Directiva 93/13. Esta Directiva prevé una armonización mínima del régimen de las cláusulas abusivas, fijando definiciones y criterios de apreciación del carácter abusivo de las cláusulas contractuales, regulando los efectos de estas cláusulas y estableciendo medios de protección adecuados y eficaces, en forma de recursos que puedan interponerse ante una autoridad judicial o ante un órgano administrativo para que se ponga fin a la utilización de estas cláusulas.

225. Este sistema de protección así establecido se basa en la idea de que el consumidor se encuentra en una situación de inferioridad frente al profesional, tanto en lo que se refiere a la capacidad de negociación como al nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder ejercer influencia alguna sobre su contenido.
226. Por su parte, a nivel nacional, se debe tener en cuenta principalmente el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (“TRLUCU”)²⁷, que incorpora particularmente las disposiciones de la Directiva 93/13. Se debe en particular, tener en cuenta los artículos 80, apartado 1 y 82 TRLUCU.
227. Teniendo en cuenta lo anterior, si se trata de un problema de abusividad de las cláusulas habrá de analizar si se ha producido un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones del banco y la persona con discapacidad (o su representante legal, antes de la entrada en vigor de la Ley 8/2021) que se deriven del contrato de cuenta bancaria suscrito entre ambos.
228. Con carácter previo resulta conveniente detenerse en el concepto de consumidor por la transcendencia que tiene dicho concepto en la toma de decisiones financieras en el ámbito de los productos bancarios.
229. El artículo 2 de la Directiva 93/13 define al consumidor como *“toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional”* y el artículo 2 de la Directiva 2005/29 lo define como: *“[...] cualquier persona física que, en las prácticas comerciales contempladas por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad económica, negocio, oficio o profesión;”*.
230. La Directiva 2005/29 introduce en el marco normativo de la UE la figura del *“consumidor medio”*, entendido como tal lo que especifica en su Considerando (18): *“[...] consumidor medio, que, según la interpretación que ha hecho de este concepto el Tribunal de Justicia, está normalmente informado y es razonablemente atento y perspicaz, teniendo en cuenta los factores sociales, culturales y lingüísticos [...]”*.
231. Por su parte, el Considerando (17) de la Directiva 2011/83 completa la definición destacando que *“la definición de consumidor debe incluir a las personas físicas que actúan fuera de su actividad comercial, empresa, oficio o profesión. No obstante, en el caso de los contratos con doble finalidad, si el contrato se celebra con un objeto en parte relacionado y en parte no relacionado con la actividad comercial de la persona y el objeto comercial es tan limitado que no predomina en el contexto general del contrato, dicha persona deberá ser considerada como consumidor”*.

27. Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, BOE núm. 287, de 30 de noviembre de 2007, pág. 49181.

232. El TJUE ha ido perfilando la definición, declarando que el consumidor medio se debe entender a aquel consumidor normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz. Por el contrario, no existe una definición de consumidor vulnerable, aun cuando dicha categoría se encuentra recogido en la Directiva 2011/83 en su Considerando (34), sin ofrecer una definición ni entrar en mayor detalle²⁸. Tampoco hay una construcción jurisprudencial específica ante el TJUE. El TJUE recordó el concepto de consumidor medio a los efectos de concretar qué tipo de información se le debe de dar cuando suscribe un contrato con una entidad bancaria en el asunto Caixabank.²⁹
233. En lo que respecta a las personas con discapacidad, no existe jurisprudencia o referencia explícita en las Directivas sobre protección de consumidores. Sin embargo, eso no ha impedido que se le considere como consumidor en situación de vulnerabilidad en unas recientes Conclusiones de la Abogada General Medina de 21 de septiembre de 2023 en el asunto Tez Tour³⁰.
234. El contenido de dichas conclusiones no encuentra su reflejo en la jurisprudencia. No obstante, sobre la base de la jurisprudencia general, en principio, no se podría considerar a la persona con discapacidad como consumidor medio, sino como consumidor vulnerable o, consumidor en situación de vulnerabilidad, con una protección mucho mayor que la que se exige para el consumidor medio.
235. En todo caso, a la vista de lo señalado se podría considerar razonable invocar la especial situación de vulnerabilidad que tienen las personas con discapacidad en el ámbito de la contratación bancaria, en el que la protección del consumidor es particularmente elevada a la vista de la jurisprudencia reiterada del TJUE³¹, sobre la base de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, tanto en lo relativo a la capacidad de negociación como al nivel de información³².
236. Tratándose de una persona con discapacidad, su protección, como consumidor vulnerable, ha de reforzarse. De hecho, han surgido iniciativas con la idea de reforzar la protección de los consumidores vulnerables, como la Resolución de 22 de mayo de 2012 sobre una estrategia de refuerzo de los derechos de los consumidores

28. Considerando (34) de la Directiva 2011/83 señala: “El comerciante debe proporcionar al consumidor información clara y comprensible antes de que el consumidor se vea vinculado por un contrato celebrado a distancia o fuera del establecimiento, por un contrato distinto de estos o por una oferta contractual correspondiente. Al facilitar esa información, el comerciante debe tener en cuenta las necesidades especiales de los consumidores que sean particularmente vulnerables debido a su enfermedad mental, física o psicológica, edad o credulidad de una forma que el comerciante pueda razonablemente prever. No obstante, la toma en consideración de estas necesidades específicas no debe conducir a niveles diferentes de protección de los consumidores”.

29. Sentencia del TJUE de 16 de julio de 2020, Caixabank, asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19, EU:C:2020:578, apartado 68.

30. Conclusiones de la Abogada General Sra. Laila Medina presentadas el 21 de septiembre de 2023, M. D./Tez Tour UAB, C-299/22, EU:C:2023:696.

31. Entre otras, véase las sentencias del TJUE de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, apartados 73 y 76; y de 20 de septiembre de 2018, OTP Bank y OTP Faktoring, C-51/17, EU:C:2018:750, apartado 78.

32. Sentencias del TJUE de 26 de enero de 2017, Banco Primus, C421/14, EU:C:2017:60, apartado 40 y jurisprudencia citada; y de 24 de junio de 2022, Ibercaja Banco, C-600/19, ECLI:EU:C:2022:394, apartado 35.

vulnerables del Parlamento Europeo³³ (la “Resolución del Parlamento Europeo”), que subraya la necesidad de que la legislación de la UE aborde la vulnerabilidad de los consumidores como una tarea transversal:

- (i) teniendo en cuenta las distintas necesidades, capacidades y circunstancias de los consumidores;
- (ii) adoptando medidas adecuadas y garantías suficientes para la protección de los consumidores vulnerables;
- (iii) fomentando la responsabilidad del consumidor en su propia protección; y
- (iv) incidiendo en la mejora de la información y la regulación.

237. Por ello, en la medida en que una persona con discapacidad no es un consumidor medio en los términos que lo entiende la jurisprudencia del TJUE (normalmente informado, razonablemente atento y perspicaz), sino un consumidor en situación de vulnerabilidad, dicha circunstancia puede invocarse para garantizar en el caso concreto la protección efectiva de la normativa de protección de los consumidores.

La protección de la Directiva 93/13 ante el bloqueo de cuentas

238. La materia de protección del consumidor en el ámbito de la UE está constituida fundamentalmente, por la Directiva 93/13, que contiene un articulado excesivamente reducido y genérico, cuyo auténtico significado ha sido fijado por las sentencias y autos del TJUE al resolver las distintas cuestiones prejudiciales de los jueces de los distintos Estados miembros.

239. Respecto al bloqueo de cuentas bancarias titularidad de personas con discapacidad (o de sus representantes legales) tras la aprobación de la Ley 8/2021, se ha de analizar si se ha producido la infracción de la normativa nacional (artículos 80, apartado 1 y 82 TRLCU) y de la europea (Directiva 93/13) sobre protección del consumidor.

240. A este respecto, el TJUE ha declarado en reiteradas ocasiones que el juez nacional deberá apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 y, de este modo, subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional, tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello³⁴.

33. Resolución del Parlamento Europeo, de 22 de mayo de 2012, sobre una estrategia de refuerzo de los derechos de los consumidores vulnerables (2011/2272(INI)). Por ejemplo, el apartado 3 señala: “Subraya que la estrategia de los derechos de los consumidores vulnerables debe centrarse en reforzar sus derechos y propiciar que estos últimos sean protegidos y respetados de manera efectiva, así como en facilitar a los consumidores todos los medios necesarios para que puedan tomar las decisiones oportunas y mostrarse firmes, independientemente del instrumento utilizado; considera que, ya que la UE debe centrarse en proteger de manera efectiva los derechos de todos los consumidores, el concepto de «consumidor medio» no es lo suficientemente flexible para adaptarlo a casos específicos y que, en ocasiones, no se corresponde con las situaciones de la vida real.”

34. Entre otras, se citan las sentencias del TJUE de 14 de marzo de 2013, Aziz, C-415/11, EU:C:2013:164, apartado 46 y jurisprudencia citada; de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo y otros, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15, EU:C:2016:980, apartado 58, y de 26 de enero de 2017, Banco Primus, C-421/14, EU:C:2017:60, apartado 43.

241. Recordemos que el desequilibrio contractual como consecuencia de una cláusula abusiva que menciona el artículo 82 TRLCU se regula en el artículo 3, apartado 1 de la Directiva 93/13³⁵.
242. En este sentido, en el asunto SPV Project 1503³⁶ el TJUE, en respuesta a una cuestión prejudicial planteada por el *Tribunale di Milano*, recuerda que el sistema de protección establecido en la Directiva 93/13 se fundamenta en el reconocimiento de que el consumidor está en desventaja frente al profesional en términos de capacidad de negociación e información.
243. Además, la Directiva 93/13 obliga a los Estados miembros, tal como se desprende de su artículo 7(1), en relación con su Considerando (24), a establecer medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores³⁷.
244. Así, cuando el juez nacional considere que una cláusula de un contrato celebrado con consumidores es abusiva se debe abstener de aplicarla, anulando la misma con subsistencia del resto del contrato, ya que no pueden vincular al consumidor³⁸. Es decir, el juez nacional no puede moderar la cláusula declarada abusiva o integrar el contrato de otra forma, debiendo abstenerse de aplicar la norma supletoria nacional si ésta existiere.
245. Según información facilitada por algunas fundaciones, algunas entidades bancarias han bloqueado las cuentas de personas con discapacidad que tienen sentencia de incapacitación sin enviar previamente carta de aviso sobre el bloqueo.
246. Como punto de partida, para que dicho bloqueo pueda tener lugar, resulta necesario analizar la documentación contractual de la cuenta bancaria que se suscribió con el banco (como pueden ser las condiciones generales comunes aplicables a todos los productos y servicios) y así verificar que efectivamente: **(i)** existe una cláusula contractual relativa a la “*suspensión de acceso y/o bloqueo de los productos contratados*”; y que **(ii)** dentro de esa cláusula, se contempla como causas de bloqueo de la cuenta bancaria, entre otros, el incumplimiento del contrato por parte del consumidor, el incumplimiento de las obligaciones legales por parte del titular, el no pago o la violación de los términos de uso.
247. Si dicho bloqueo se produce sin previo aviso y por el simple cambio de la incapacitación judicial a cualquier otro régimen consecuencia de la aplicación de la Ley 8/2021, sería contraria a la propia Ley 8/2021 y a la protección que debe garantizarse a cualquier consumidor, y más cuando se encuentra en situación de vulnerabilidad.

³⁵. El artículo 3(1) de la Directiva 93/13 señala lo siguiente: “Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato”.

³⁶. Sentencia del TJUE de 17 de mayo de 2022, SPV Project 1503, asuntos acumulados C-693/19 y C-831/19, EU:C:2022:395

³⁷. Sentencia del TJUE de 26 de junio de 2019, Addiko Bank, C-407/18, EU:C:2019:537, apartado 44 y jurisprudencia citada..

³⁸. Artículo 6(1) Directiva 93/13 y artículo 83 TRLCU.

248. De hecho, la desaparición de la incapacitación judicial no es causa para entender que se ha producido un incumplimiento legal, puesto que, a la vista de la Disposición Transitoria quinta de la Ley 8/2021³⁹, la obligación de revisar la situación jurídica en la que queda ahora la persona con discapacidad es una obligación del órgano judicial (quien dispone de tres años para hacerlo), ejerciendo el tutor de la persona con discapacidad de plenas funciones, mientras el juzgado no revise la situación de las personas con discapacidad.

249. Como señala el Consejo General de la Abogacía Española en su comunicado de 9 de febrero de 2023:

*“la decisión adoptada de bloquear las cuentas bancarias de las personas con discapacidad intelectual atenta contra los principios generales de la Convención (art. 3), y entre otros derechos, contra la igualdad y no discriminación (art. 5), contra el derecho de igualdad en el reconocimiento de la capacidad jurídica (art. 12), contra el derecho a la libertad y la seguridad (art. 14), contra el derecho a no ser sometidas a tratos degradantes y al abuso (art. 15 y 16), contra el derecho a una vida independiente, al hogar y a la familia (art. 19 y 23), contra el derecho a la educación y a la salud (art. 24 y 25), a un nivel de vida adecuado y protección social (art. 28), contra el derecho a la vida cultural y actividades de ocio y deportivas (art. 30). En el marco del Derecho de Unión, el artículo 26 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, reconoce y respeta el derecho de las personas con discapacidad a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad; y, en la misma línea, el artículo 36 de la Carta reconoce y garantiza el derecho al acceso a los servicios de interés económico general, lo que nos conduce al artículo 9 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, incorporado recientemente por la Ley 6/2022, de 31 de marzo, que recoge los sistemas aumentativos y alternativos de comunicación (lectura fácil y pictogramas) para garantizar la plena inclusión social de las personas con problemas de utilización del lenguaje oral o escrito”.*⁴⁰

250. A este respecto, se debe examinar si el banco ha omitido preavisar sobre el inminente bloqueo de las cuentas bancarias a las personas perjudicadas porque la cláusula contractual que regula el bloqueo de las cuentas bancarias no exige este preaviso al titular o porque, por el contrario, a pesar de sí existir ese requisito de preaviso, el banco ha decidido obviarlo.

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

40. Opinión y análisis del 9 de febrero de 2023 del Consejo General de la Abogacía Española [“El bloqueo de cuentas bancarias a personas con discapacidad”](#).

251. En el caso de que la cláusula contractual no contemplara el requisito de preaviso al titular, pudiendo proceder al bloqueo de la cuenta bancaria de manera unilateral y sin dar el derecho al titular a que explique las razones por las que el bloqueo no tiene cabida, estaríamos ante una cláusula potencialmente abusiva, en los términos que lo entiende la Directiva 93/13 porque:

■ **(1.1.a)** El uso por parte del banco de estas cláusulas para bloquear las cuentas bancarias es contrario a la buena fe, puesto que priva a las personas con discapacidad del uso efectivo de los productos bancarios que han contratado y, además, les priva de su fuente económica de subsistencia.

■ **(1.1.b)** El bloqueo de las cuentas bancarias ha causado, en detrimento del consumidor (en clara situación de vulnerabilidad), un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato. En concreto, hay una serie de factores que son indicativos de este desequilibrio:

- **Falta de notificación.** La falta de comunicación previa, porque no lo prevé la cláusula sobre el bloqueo de la cuenta impide que el consumidor tome medidas para evitar la suspensión del servicio, lo que viola el principio de buena fe contractual.
- **Las entidades bancarias han primado su gestión de riesgos a los derechos de los consumidores con discapacidad.**
- **Impedimento de acceso a fondos esenciales.** El bloqueo de la cuenta impide el acceso a fondos necesarios para la vida diaria, lo que afecta desproporcionadamente al consumidor y resulta una medida excesiva si no se justifica adecuadamente.
- **Frustración de las expectativas razonables.** Las personas con discapacidad y las personas que ejercen facultades de representación razonablemente esperan que las cuentas bancarias permanezcan accesibles para la gestión económica ordinaria y sus expectativas se han visto bloqueadas con el bloqueo de sus cuentas bancarias que, en ocasiones, no ha sido preaviso al consumidor.
- **Consecuencias prácticas del bloqueo de las cuentas bancarias.** La utilización de las cláusulas que regulan la suspensión de acceso y/o bloqueo de los productos contratados puede tener consecuencias prácticas graves, como la imposibilidad de pagar gastos básicos o acceder a servicios necesarios, lo que resulta en una carga desproporcionada y una onerosidad excesiva para la persona con discapacidad.

252. En caso de que se declare abusiva, según el artículo 6.1 de la Directiva 93/13, la entidad bancaria habrá de eliminar la cláusula como si no existiera, de manera que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas.
253. También podrían darse las circunstancias de que, aunque la cláusula contractual prevea este preaviso al titular (lo que descartaría su carácter abusivo, ya que no se vulnerarían ni los artículos 80.1 ni 82 TRLCU ni tampoco podría invocarse la vulneración del artículo 3(1) de la Directiva 93/13 porque no hay desequilibrio contractual entre las partes):
- **(i)** el banco no lo haya dado, de manera que, cuando se dispuso a actualizar los datos bancarios, decidió bloquear las cuentas hasta que el titular se personara en la oficina; o que
 - **(ii)** aun habiéndolo dado, este preaviso no haya sido acorde a las concretas circunstancias de estas personas. Ambos supuestos son ejemplos claros de que el banco ha actuado de manera incorrecta puesto que en ningún momento ha tenido en cuenta ni el grado de discapacidad ni las circunstancias de cada persona, tratándose de un consumidor en evidente situación de vulnerabilidad.
254. Por tanto, en caso de que, aun existiendo obligación de preaviso, no se haya dado por parte del banco, y se haya procedido a bloquear la cuenta bancaria, el consumidor podrá alegar el incumplimiento contractual ya que dicha decisión de bloquear no puede considerarse justificada (la adopción de la Ley 8/2021 no ampara el bloqueo de la cuenta, sino que el banco está haciendo una interpretación errónea de la Disposición Transitoria quinta de dicha ley) y supone un incumplimiento de las obligaciones que para la entidad bancaria se derivan del contrato de cuenta corriente que le vinculaba con el titular.
255. De hecho, según cierta información publicada, todo parece indicar que la cláusula de preaviso se contemplaba, pero se ha desconocido por los bancos, lo que supondría un incumplimiento contractual por parte del banco, que es lo que se podría invocar en vía judicial civil, con la consiguiente reclamación de indemnización por daños y perjuicios (artículo 1101 del Código Civil).
256. En definitiva, si bien las partes tienen la facultad de desvincularse unilateralmente de los contratos de duración indefinida, esta situación deberá hacerse conforme a las exigencias de la normativa vigente, esto es, notificado con la antelación suficiente y de manera justificada, con el fin de no encontrarnos ante un ejercicio abusivo de derecho por parte de la entidad financiera.

C.1.3. Negativas de contratación de servicios bancarios y/o financieros

257. En el listado expuesto en el párrafo 198 anterior se mencionan también negativas de contratación directa de productos bancarios y financieros de distintos tipos con la persona con discapacidad.
258. El problema jurídico se plantearía en aquellos casos en los que dicha decisión no tiene una correlación con los apoyos recibidos por la persona con discapacidad o los poderes de representación asumidos por el tercero que presta apoyo y/o representa. Nos situaríamos por tanto en una actuación de potencial contratación discriminatoria que puede abordarse desde distintos ángulos jurídicos.
259. El concepto de contratación discriminatoria apuntado por Vivas Tesón⁴¹ resulta útil como punto de partida:

*“Por discriminación contractual podemos entender todo comportamiento de un particular que limite, niegue o haga más gravoso a un sujeto el acceso a bienes y servicios por razón de ciertas circunstancias personales como, entre otras, la etnia, la nacionalidad, la religión, el género, la orientación sexual, la enfermedad o la discapacidad. **Tales prejuicios discriminatorios, considerados “factores de riesgo”** [...] y que debieran ser indiferentes al momento de contraer una relación contractual, encasillan a determinadas personas en colectivos desfavorecidos (disadvantaged groups) a nivel social y vulneran frontalmente la dignidad humana”.*

260. La discriminación puede producirse en la fase precontractual, negándose a la contratación, o bien en la fase contractual, mediante la negociación de cláusulas que suponen un peor tratamiento que el que se dispensaría a personas sin discapacidad.
261. Debido a la dificultad probatoria, existen pocos pronunciamientos judiciales respecto conductas discriminatorias en el ámbito de las relaciones contractuales que permiten el acceso y suministro de bienes y servicios⁴².
262. Existen dos escuelas en constante debate sobre la constitucionalización del derecho privado. Como refiere Vivas Tesón:

“[f]rente a una posición contraria a la virtualidad de los derechos fundamentales en el tráfico jurídico privado, existe otra favorable que se inclina por la horizontalidad directa sin mediar ninguna norma interpuesta, en tanto que otros autores consideran que los derechos fundamentales informan el concreto contenido de las cláusulas y principios generales del Derecho privado como la buena fe, la moral, las buenas costumbres y el orden público (arts. 7.1, 1255 y 1258 del C.c.), conceptos jurídicos abiertos e indeterminados que permiten adecuarse a los continuos cambios sociales”.

41. EL DERECHO CONTRACTUAL ANTIDISCRIMINATORIO: DRITTWIRKUNG Y LIBERTAD NEGOCIAL, 2021. [Enlace](#).

42. Ídem

263. En particular, la escuela más proclive a la horizontalidad de los principios constitucionales articula su razonamiento en base a los siguientes principios:

*“En nuestra opinión, la superioridad normativa de la Constitución y su potente efecto de irradiación en todo el Ordenamiento jurídico, así como los valores superiores de libertad, justicia e igualdad (formal y material) del Estado social y democrático de Derecho hacen inevitable admitir una cierta operatividad u horizontalidad de los derechos fundamentales en las relaciones inter privados, y, por cuanto ahora nos ocupa, en el ejercicio de la autonomía de los particulares a través del contrato, que no es, desde luego, el mismo a la manifestada en el testamento”.*⁴³

264. En apoyo de esta línea opera la STC 108/1989, de 8 junio, que indica que **“el respeto de la igualdad ante la Ley se impone a los órganos del poder público, pero no a los sujetos privados, cuya autonomía está limitada sólo por la prohibición de incurrir en discriminaciones contrarias al orden público constitucional, como son, entre otras, las que expresamente se indican en el art. 14 CE”** (énfasis añadido).

265. En todo caso, en el ámbito de la discapacidad, se dispone, como se ha visto, de una regulación específica de afectación al ámbito privado de contratación que contiene obligaciones expresas tanto en lo concerniente a su acceso como a las condiciones de contratación.

266. Así, también podría cuestionarse al respecto la vulneración del artículo 29 del TRLGDPD. La argumentación respecto a su vulneración en el caso de las negativas de contratación directa con la persona con discapacidad tendría una construcción inicial similar a la planteada en el apartado C.1.2, disponiendo en este caso el párrafo segundo del artículo una referencia expresa a la prohibición de negarse a contratar por razón de discapacidad:

*“Lo previsto en el apartado anterior no afecta a la libertad de contratación, incluida la libertad de la persona de elegir a la otra parte contratante, **siempre y cuando dicha elección no venga determinada por su discapacidad**”.*
(subrayado añadido)

267. La prohibición de negar la contratación por causa de discapacidad se ve reforzada por la obligación general regulada en el artículo 5.2 del [Real Decreto 193/2023, de 21 de marzo, por el que se regulan las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad para el acceso y utilización de los bienes y servicios a disposición del público](#) (RD 193/2023), en virtud del cual las empresas están obligadas a garantizar el acceso de las personas con discapacidad a sus servicios.

43. Ídem

268. Igualmente, el régimen sancionador de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación (LIT) se aplicaría también cuando las conductas discriminatorias no estén cubiertas por el TRLGDPD.
269. Finalmente, el artículo 47.l) de la LGCU regula como infracción en materia de defensa de consumidores y usuarios:

“Toda actuación discriminatoria contra personas consumidoras vulnerables independientemente del motivo o contra cualquier consumidor o usuario por el ejercicio de los derechos que confiere esta Ley o sus normas de desarrollo, ya sea no atendiendo sus demandas, negándoles el acceso a los establecimientos o dispensándoles un trato o imponiéndoles unas condiciones desiguales, así como el incumplimiento de las prohibiciones de discriminación previstas en el Reglamento (UE) 2018/302, cuando dicha actuación no sea constitutiva de delito”.

270. Como en todo caso de discriminación, la mayor dificultad residirá en conseguir evidencia suficiente sobre el carácter discriminatorio de la medida. El artículo 18.1 del RD 193/2023 y, en particular, la obligación del personal de las entidades bancarias de prestar orientación y apoyo en el planteamiento de reclamaciones⁴⁴ puede operar a favor de la persona con discapacidad para obtener una respuesta motivada que permita analizar su recurribilidad.
271. Igualmente, el alcance de las medidas de apoyo y/o poderes de representación otorgados al guardador de hecho, entidad de apoyo o curador, en su caso, constituirán el marco base entorno al que se analizará la razonabilidad de la motivación de la denegación de contratación directa por parte de la persona con discapacidad.

C.1.4. La posibilidad de utilizar la Directiva 2019/882 para garantizar la interpretación conforme de la Ley 8/2021

272. La Directiva 2019/882 establece la obligación de asegurar la accesibilidad a los servicios bancarios en todo el mercado interior de la UE. Esta Directiva es relevante porque propugna la promoción de una sociedad inclusiva y la autonomía de las personas con discapacidad, así como en la eliminación de disparidades que afectan la competencia en el mercado interior⁴⁵. No obstante, ha de tenerse en cuenta que sus disposiciones no resultarán de aplicación hasta el 28 de junio de 2025.
273. La Directiva 2019/882 establece en su artículo 2(2)(d) que, en su ámbito de aplicación, se comprenden los servicios bancarios para consumidores. Posteriormente, en el artículo 3(28) procede a definir lo que se consideran “servicios bancarios para consumidores”.

⁴⁴. Se entiende que dichas medidas no requieren ajustes razonables en el sentido de lo dispuesto en la Disposición final sexta

⁴⁵. Artículo 1 de la Directiva 2019/882.

274. En este contexto, se debe partir de la Ley 11/2023⁴⁶, que transpone la Directiva 2019/882. En primer lugar, el análisis que debe hacerse es si España ha realizado una adecuada transposición, o si existe algún precepto que se aleja del contenido de la Directiva de forma que dificulta o impide la protección de la persona con discapacidad en cada caso concreto. Ese análisis se debe hacer a la vista del caso concreto.
275. En segundo lugar, se podría invocar el principio de cooperación leal y de interpretación conforme del Derecho nacional con la citada Directiva. Así, el artículo 4(3) TUE recoge:
- “Conforme al principio de cooperación leal, la Unión y los Estados miembros se respetarán y asistirán mutuamente en el cumplimiento de las misiones derivadas de los Tratados.”* y que *“Los Estados miembros ayudarán a la Unión en el cumplimiento de su misión y se abstendrán de toda medida que pueda poner en peligro la consecución de los objetivos de la Unión”*.
276. Este principio implica que las autoridades de los Estados miembros no solo deben respetar las competencias y el ordenamiento jurídico de la UE, sino que además no puede entorpecer su aplicación. A título de ejemplo, en el asunto INPS y Repubblica italiana⁴⁷ el TJUE dispuso que:
- “46. Procede recordar, a este respecto, que el artículo 4 TUE, al que hace referencia la primera cuestión prejudicial, consagra en su apartado 3 el principio de cooperación leal entre la Unión y sus Estados miembros, en virtud del cual los Estados miembros deberán, en particular, ayudar a la Unión en el cumplimiento de su misión y abstenerse de todas aquellas medidas que puedan poner en peligro la realización de los objetivos de la Unión (véase, en este sentido, la sentencia de 30 de noviembre de 2021, LR Generālprokuratūra, C 3/20, EU:C:2021:969, apartado 95).”**
277. Por su parte, el principio de interpretación conforme exige que la normativa nacional debe interpretarse de forma conforme con el Derecho de la UE con el único límite de que la interpretación no puede ser contra legem. Este principio, se suele alegar en sede judicial, si bien no exime a las autoridades administrativas de su aplicación a la hora de aplicar el Derecho nacional.
278. Así el TJUE en los asuntos acumulados Pfeiffer y otros⁴⁸, dice lo siguiente:
- “115. Si bien el principio de interpretación conforme del Derecho nacional, impuesto de este modo por el Derecho comunitario, se refiere, en primer lugar, a las normas internas establecidas para adaptar el Derecho nacional a la directiva de que se trate, no se limita, sin embargo, a la exégesis de dichas normas, sino que requiere que el órgano jurisdiccional nacional tome en consideración todo el Derecho nacional para apreciar en qué medida puede**

46. Ley 11/2023, de 8 de mayo, de trasposición de Directivas de la Unión Europea en materia de accesibilidad de determinados productos y servicios, migración de personas altamente cualificadas, tributaria y digitalización de actuaciones notariales y registrales; y por la que se modifica la Ley 12/2011, de 27 de mayo, sobre responsabilidad civil por daños nucleares o producidos por materiales radiactivos, «BOE» núm. 110, de 09/05/2023.

47. Sentencia del TJUE de 22 de diciembre de 2022, INPS y Repubblica italiana, C-404/21, EU:C:2022:1023.

48. Sentencia del TJUE de 5 de octubre de 2004, Pfeiffer y otros, asuntos acumulados C-397/01 a C-403/01, EU:C:2004:584.

éste ser objeto de una aplicación que no lleve a un resultado contrario al perseguido por la directiva (véase, en este sentido, la sentencia Carbonari y otros, antes citada, apartados 49 y 50)”.

“116. *A este respecto, si el Derecho nacional, mediante la aplicación de los métodos de interpretación reconocidos por éste, permite, en determinadas circunstancias, interpretar una disposición del ordenamiento jurídico interno de tal manera que se evite un conflicto con otra norma de Derecho interno o reducir con este fin el alcance de dicha disposición aplicándola sólo en la medida en que resulta compatible con la referida norma, el órgano jurisdiccional tiene la obligación de utilizar los mismos métodos con objeto de alcanzar el resultado perseguido por la directiva”.*

“118. *En el caso de autos, el principio de interpretación conforme requiere, por tanto, que el órgano jurisdiccional remitente haga todo lo que esté dentro de sus competencias, tomando en consideración el conjunto de normas del Derecho nacional, para garantizar la plena efectividad de la Directiva 93/104, a fin de impedir que se sobrepase la duración máxima del tiempo de trabajo semanal establecida en su artículo 6, punto 2 (véase, en este sentido, la sentencia Marleasing, antes citada, apartados 7 y 13)”.*

279. Sobre la base de la obligación de cooperación leal y el principio de interpretación conforme, se podría considerar que las disposiciones de la Ley 8/2021 dificultarían la correcta aplicación de la Directiva 2019/882, en la medida que su objetivo es fomentar la autonomía de las personas con discapacidad, facilitando su acceso a los productos y servicios. En este sentido, cabe recordar el contenido del artículo 1 explica sucintamente el objetivo de la norma:

“El objetivo de la presente Directiva es contribuir al correcto funcionamiento del mercado interior mediante la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en lo relativo a los requisitos de accesibilidad exigibles a determinados productos y servicios, en particular eliminando y evitando los obstáculos a la libre circulación de productos y servicios derivados de las divergencias en los requisitos de accesibilidad en los Estados miembros”.

280. Se podría alegar que la interpretación que se efectúa de la Ley 8/2021 contradice el espíritu y disposiciones de la Directiva 2019/882, infringiendo así el principio de cooperación leal y el de interpretación conforme. Por tanto, se podría instar a las autoridades competentes a tomar las medidas necesarias para asegurar que la legislación nacional se aplique de acuerdo con los requisitos de accesibilidad establecidos en la Directiva, garantizando así la protección efectiva de los derechos de las personas con discapacidad en el ámbito de los servicios bancarios.

281. En definitiva, al no preverse la aplicación de la norma hasta 2025 su invocación es más limitada, pudiéndose invocar juntamente con otras disposiciones para garantizar una interpretación conforme con el Derecho de la UE.

C.2 Vías de impugnación

C.2.1. Denuncia con arreglo al régimen de infracciones y sanciones del RDL 1/2013

282. Los productos y servicios bancarios entran en el ámbito de aplicación del RDL 1/2013 en su calidad de *“bienes y servicios a disposición del público”* (artículo 5.k). De hecho, así se establece expresamente a través del Real Decreto 193/2023⁴⁹, que contiene un apartado específico sobre servicios bancarios, confirmando su consideración como tal.
283. En caso de que, tras la evaluación del caso particular, se concluyese sobre la vulneración del artículo 29 RDL 1/2013 (ver secciones C.1.2 y C.1.3 anteriores), podría denunciarse la misma como infracción grave conforme a lo dispuesto en el artículo 81.3 del mismo texto legislativo.
284. Complementariamente, *“la persona que, en el ámbito de aplicación del artículo 29 sufra una conducta discriminatoria por motivo de o por razón de discapacidad, tendrá derecho a indemnización por los daños y perjuicios sufridos”*.
285. La competencia para el ejercicio de la potestad sancionadora corresponderá a la Administración General del Estado, en particular, a la Dirección General de Políticas de Discapacidad, cuando las conductas infractoras se proyecten en un ámbito territorial superior al de una Comunidad Autónoma (artículo 94).
286. Para infracciones cometidas en una comunidad autónoma, será necesario acudir al régimen sancionador de la respectiva normativa autonómica. Un problema existente a fecha de hoy es que algunas comunidades autónomas no han previsto un régimen sancionador al efecto, dificultando la posibilidad de acudir a esta vía en un contexto en el que no se ha previsto expresamente la supletoriedad de la norma estatal.
287. El plazo de la Dirección General de Políticas de Discapacidad para resolver es de 3 meses, no pudiendo en ningún caso exceder de 6 meses.
288. En caso de desestimación, podrá plantearse el recurso de alzada ante el superior jerárquico que abrirá, posteriormente, la vía jurisdiccional contencioso-administrativa. El plazo de 2 meses previsto para la presentación, en su caso, del escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo no aplica en el caso de que se opte por la vía del recurso especial de protección de derechos fundamentales.

49. Real Decreto 193/2023, de 21 de marzo, por el que se regulan las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad para el acceso y utilización de los bienes y servicios a disposición del público

289. Dependiendo de las características del caso y la motivación de la decisión de la entidad bancaria (razonabilidad y proporcionalidad), podría cuestionarse el planteamiento de una denuncia ante las autoridades autonómicas de consumo competentes en aplicación del artículo 47.l) de la LGCU⁵⁰. La viabilidad de esta opción requerirá un análisis pormenorizado de las circunstancias del caso. Con carácter previo, podrá accederse al Sistema Arbitral de Consumo regulado en el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo.

C.2.2. Vía civil

290. Resulta recomendable buscar una solución por vía extrajudicial, antes de proceder a la vía judicial. Dicha reclamación podría presentarse ante su entidad bancaria mediante correo certificado o burofax. Puede ser útil también dirigirlo al Servicio de Atención al Cliente de la entidad o ante su Defensor del Cliente. Todos los bancos están obligados a contar con uno de estos servicios, pero la figura del defensor es voluntaria⁵¹.
291. El contenido de esa reclamación deberá incluir una exposición de lo que ha sucedido y los motivos que justifican la reclamación, y su contenido debe ser concretado en función de las circunstancias del caso. En este sentido, se ha de hacer hincapié en la situación concreta en la que se encuentra la persona con discapacidad y que no es un consumidor medio, sino un consumidor en clara situación de vulnerabilidad y el perjuicio concreto que le ha ocasionado (verse impedido de ingresar las ayudas a la dependencia que recibía, sacar dinero o realizar trámites de cualquier tipo, etc.). En caso de bloqueo de la cuenta sin preaviso no solo supone un incumplimiento de lo establecido en la documentación contractual que firmó al abrir la cuenta⁵², sino que supone una prueba del desequilibrio existente.
292. Si tras esta reclamación al banco, este sigue sin desbloquear la cuenta o transcurre un mes desde que se presentó la reclamación sin respuesta, se podrá acudir al Banco de España (ya sea por escrito o por vía telemática⁵³), debiéndose adjuntar la copia de la reclamación interpuesta ante la entidad (y la respuesta, en su caso) y toda la documentación que se puede aportar.
293. Finalmente, si no prospera la reclamación extrajudicial, se acudirá a la vía judicial civil, pudiendo instar la abusividad de la cláusula si es este el problema, solicitando que se tenga por no puesta, se desbloquee la cuenta bancaria y se indemnice a la persona con discapacidad de los daños y perjuicios sufridos.

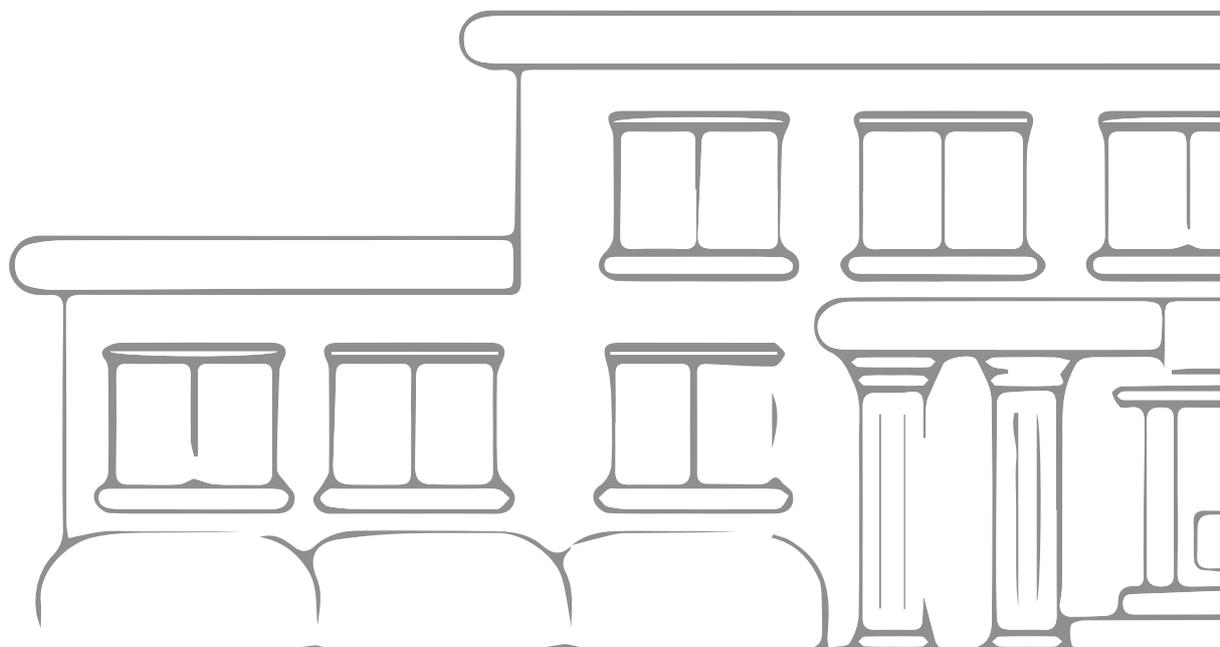
50. Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias

51. El Banco de España pone a disposición de los consumidores este [enlace](#) en el que se puede encontrar la dirección a la que dirigir el escrito de reclamación.

52. En este sentido, es importante revisar, antes de presentar la reclamación ante el banco, la documentación contractual suscrita para verificar si la cláusula contractual que contempla el bloqueo de la cuenta bancaria recoge la necesidad de preaviso al titular antes de proceder al bloqueo de la cuenta.

53. [Enlace.](#)

294. Aun cuando la cláusula contractual no sea abusiva se puede alegar el incumplimiento contractual por parte del banco y la consiguiente indemnización por daños y perjuicios (artículo 1101 CC)⁵⁴. Como se ha indicado, a la acción de responsabilidad por incumplimiento contractual, se podrá añadir la reclamación de indemnización por daños y perjuicios consecuencia de ese bloqueo injustificado de la cuenta (que ha impedido el ingreso de las ayudas a la dependencia que recibía, el sacar dinero o realizar trámites de cualquier tipo, etc.). Dependiendo de las circunstancias del caso, podría solicitarse en el seno del correspondiente procedimiento judicial el planteamiento de una cuestión prejudicial al TJUE para clarificar la aplicación del derecho de la UE expuesto en el apartado C.1.2 anterior.
295. Como se ha venido apuntando en esta sección, la dificultad fundamental estriba en la acreditación de la motivación discriminatoria y, en su caso, de los daños y perjuicios sufridos.



54. A este respecto se puede destacar la sentencia n.º 480/2012, de 18 de julio dictada por el Tribunal Supremo que establece que “un ejercicio de la facultad resolutoria de una forma sorpresiva o inopinada, sin un margen de reacción en forma de un prudente preaviso, puede ser valorado como un ejercicio abusivo de derecho, o constitutiva de conducta desleal incurra en la mala fe en el ejercicio de los derechos, que si bien no obsta a la extinción del vínculo, sí debe dar lugar a una indemnización cuando ocasione daños y perjuicios”.

D

Convenios colectivos que siguen incorporando referencias a la incapacidad judicial

D.1 Planteamiento del problema y argumentación

296. Algunos convenios colectivos⁵⁵ reflejan permisos y beneficios asociados a la figura del tutor legal.
297. La afectación a los derechos de las personas afectadas vendrá determinada por el contenido regulado en cada uno de ellos. En este sentido, cada convenio colectivo tiene su propio sistema de resolución de conflictos y sus ciclos de revisión y adaptación.
298. El planteamiento argumental se construiría en base a los argumentos expresados en la sección A, en la medida en que implica una **interpretación en ausencia de adaptación legislativa**.
299. En dicho sentido, podría construirse una **solicitud de interpretación al órgano interpretativo del convenio colectivo** correspondiente que concluyera que los preceptos afectados deben considerarse aplicables en aquellos casos en los que exista una medida judicial de apoyo o guarda de hecho con poderes de representación.
300. La identificación de un convenio colectivo con una trayectoria de interpretación abierta y avanzada en lo que respecta a los derechos de personas con discapacidad puede ser particularmente útil para iniciar el planteamiento de los argumentos y obtener una primera adaptación que sirva de base para otras adaptaciones posteriores.

⁵⁵Por ejemplo, Convenio Colectivo para el Personal Laboral de la Administración General de la Comunidad de Castilla y León y Organismos Autónomos, (artículo 87); Convenio Colectivo de Repsol, SA, 2020-2024, (artículo 35); Convenio Colectivo de Hospitales de Agudos, Centros de Atención Primaria, Centros Sociosanitarios y Centros de Salud Mental, Concertados con el Servicio Catalán de la Salud (artículo 52, que hace referencia tanto a tutores o tutoras como a guardadores o guardadoras con guarda legal, existiendo dudas sobre cómo se interpretará respecto a la guarda de hecho); Convenio Colectivo de Limpieza de Edificios y Locales de la Provincia de Valladolid, 2022-2025 (artículo 38).

D.2 Vías de impugnación

301. Los mecanismos de interpretación y resolución de conflictos de cada convenio colectivo pueden diferir ampliamente y, por tanto, cualquier recomendación de acción debe ajustarse necesariamente al régimen previsto en cada uno de ellos, no pudiendo llegar a una conclusión común a todos ellos.
302. En todo caso, el siguiente esquema de acción sucesiva puede servir de punto de referencia:
- i.** Planteamiento de la cuestión en las comisiones paritarias creadas para la interpretación del convenio. En este sentido, conforme a lo previamente indicado, sería recomendable identificar una comisión paritaria particularmente sensibilizada y proclive a interpretar el convenio colectivo en consideración de los derechos de las personas con discapacidad para el planteamiento de la primera consulta interpretativa.
 - ii.** Si no hay acuerdo en la comisión paritaria, podrá interponerse una solicitud de mediación ante los servicios de mediación de los juzgados de lo social competente, según el ámbito geográfico del convenio.
 - iii.** Si la mediación no resulta en un acuerdo, podrá plantearse un conflicto colectivo para la interpretación adecuada del convenio. En los casos en los que el ámbito geográfico del convenio sea provincial, deberá presentarse ante los Juzgados de lo Social, si fuese autonómico, ante el Tribunal Superior de Justicia de la comunidad autónoma y, si fuese estatal, ante la Audiencia Nacional.⁵⁶
303. La vía individual de la reclamación del derecho correspondiente por parte de la persona afectada ante los juzgados de lo social estaría igualmente abierta en todo momento.

56. Artículos 6 a 8 de la LJS

304. Como se menciona en la Sección II anterior, uno de los cambios más significativos de la Ley 8/2021 ha sido el reforzamiento de la jurisdicción voluntaria en materia de provisión de apoyos.
305. Así, salvo que se manifieste oposición por algún tercero, la decisión judicial de provisión de apoyos se llevará a cabo conforme a lo dispuesto en la LJV.
306. En el contexto de este avance procesal, ha surgido una dificultad ni prevista ni perseguida por la Ley 8/2021, provocada por la redacción del artículo 42.bis.a), que establece que **la persona con discapacidad “podrá” actuar con su propia defensa y representación, dando a entender que la misma no es preceptiva.**
307. Esta redacción plantea la duda sobre si, por tanto, en aplicación del artículo 6.3 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita (LAJG), podrá denegarse la correspondiente solicitud de asistencia jurídica gratuita por parte de los colegios de abogados.
308. Este virtual problema no ha sido de momento concretado en una resolución denegatoria a la que hayamos tenido acceso durante la preparación de este informe. Por ello, ante la ausencia de resoluciones expresas denegando el derecho, entendemos que las recomendaciones de índole preventivo enumeradas en el comunicado publicado por Plena inclusión España, AEFT y el Consejo General de la Abogacía Española el 16 de julio de 2021 resultan plenamente vigentes. Las extractamos a efectos de facilitar su lectura:
- a.** La modificación del artículo 42.4 LJV, en el sentido de determinar el carácter preceptivo de la asistencia letrada que aclare el acceso a la asistencia jurídica gratuita.
 - b.** Incidir en que, hasta que se produzca la necesaria modificación legislativa, las Comisiones de Asistencia Gratuita de los Ilustres Colegios de Abogados interpreten el artículo 42.4 LJV en conexión con el artículo 5 de la LAJG (reconocimiento excepcional a personas con discapacidad), conforme a lo dispuesto en el artículo 4.1 y 2 del TRLGDPD.
 - c.** Solicitar a los Juzgados y Tribunales que acuerden la necesaria intervención de abogado en los procedimientos de jurisdicción voluntaria en el ejercicio de sus facultades previstas en el artículo 6, apartado 3, párrafo a) de la LAJG.

4. Apunte final: una actuación relevante en el ámbito legislativo de la UE

En colaboración con el despacho
de abogados **Pérez-Llorca.**

309. Desde el punto de vista legislativo, en 2008 la Comisión Europea publicó la propuesta de Directiva del Consejo por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual (la **“propuesta de Directiva sobre discapacidad”**)⁵⁷. Esta propuesta de Directiva sobre discapacidad pretendía ampliar más allá del ámbito laboral el derecho a la no discriminación por los motivos que recoge la Directiva 2000/78.

310. Tal y como expuso la Comisión:

*“La propuesta se suma a las Directivas 2000/43/CE, 2000/78/CE y 2004/113/CE[6], en las que se prohíbe la discriminación por motivos de sexo, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual[7]. La discriminación por raza u origen étnico está prohibida en el empleo, la ocupación y la formación profesional, así como en ámbitos distintos de la actividad laboral como la protección social, la asistencia sanitaria, la educación y el acceso a bienes y servicios, incluida la vivienda, a disposición de la población. La discriminación por sexo se prohíbe en los mismos ámbitos a excepción de la educación, los medios de comunicación y la publicidad. Pero la discriminación por motivos de religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual solo se prohíbe en el empleo, la ocupación y la formación profesional. Las Directivas 2000/43/CE y 2000/78/CE debían estar incorporadas a las legislaciones nacionales, a más tardar, en 2003, a excepción de las disposiciones relativas a la discriminación por edad y discapacidad, para las que era posible acogerse a un plazo adicional de tres años. La Comisión adoptó en 2006 un informe sobre la aplicación de la Directiva 2000/43/CE[8] y el 19 de junio de 2008, un informe sobre la aplicación de la Directiva 2000/78/CE[9]. Todos los Estados miembros salvo uno han transpuesto estas Directivas. La Directiva 2004/113/CE debía estar incorporada a las legislaciones nacionales a finales de 2007, a más tardar. Los conceptos y las normas previstos en la presente propuesta se engarzan, en la medida de lo posible, con las disposiciones de las Directivas actuales basadas en el artículo 13 CE. Coherencia con otras políticas y objetivos de la Unión. La presente propuesta se basa en la estrategia desarrollada desde el Tratado de Amsterdam para luchar contra la discriminación y es coherente con los objetivos horizontales de la Unión Europea y, en particular, con la Estrategia de Lisboa para el crecimiento y el empleo y los objetivos del Proceso de la UE sobre protección e inclusión sociales. Asimismo, contribuirá a promover los derechos fundamentales de los ciudadanos, en consonancia con la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”.*⁵⁸

⁵⁷. Propuesta de Directiva del Consejo por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual {SEC(2008) 2180} {SEC(2008) 2181} [COM/2008/0426 final - CNS 2008/0140 */], de 2.7.2008. Disponible en este [enlace](#).

⁵⁸. Considerando (1) de la Exposición de motivos de la propuesta de Directiva sobre discapacidad.

311. Sin embargo, más de quince años después de la adopción de la propuesta de Directiva sobre discapacidad, la directiva todavía no se ha aprobado⁵⁹. En este sentido, el último documento oficial para orientar el debate en relación con la propuesta de Directiva sobre discapacidad data de 26 de mayo de 2023⁶⁰.
312. En términos generales, la propuesta de Directiva sobre discapacidad: **(i)** establece una definición autónoma del concepto de “discriminación” en la UE más allá del ámbito del Derecho laboral que tradicionalmente se ha considerado en la jurisprudencia del TJUE; **(ii)** establece el principio de “igualdad de trato para las personas con discapacidad”; y **(iii)** establece toda una serie de normas en materia de defensa de los derechos de las personas con discapacidad, sanciones, carga de la prueba, establecimiento de organismos de promoción de la igualdad de trato, etc.
313. Ante la complejidad del expediente legislativo de esta propuesta de Directiva sobre discapacidad, y ante el cambio de ciclo institucional en la UE, a la vista de las elecciones al Parlamento Europeo del 6 al 9 de junio de 2024, existe una oportunidad para promover la adopción de la citada propuesta, haciendo seguimiento de la misma que permita incluir disposiciones que puedan después ser invocadas para defender los derechos de las personas discapacidad en ámbitos más allá de las cuestiones laborales.
314. Esta posibilidad, se ve además reforzada por la propia estrategia planteada por la Comisión Europea en su “Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones – Una Unión de la Igualdad: Estrategia sobre los derechos de las personas con discapacidad para 2021-2030⁶¹”.
315. En este sentido, podría ser recomendable aunar esfuerzos con otras organizaciones a nivel europeo para reforzar las acciones de advocacy y seguimiento de las propuestas legislativas, manteniendo un diálogo constante con el Parlamento Europeo, la Comisión Europea y el Consejo.
316. Además, sería conveniente el diálogo a nivel nacional, dada la complejidad del procedimiento legislativo en la UE, particularmente a través del Ministerio de Derechos Sociales, Consumo y Agenda 2030 y la Representación Permanente del Reino de España ante la Unión Europea, en la medida que esta última participa activamente del proceso legislativo a nivel de la UE, representando el interés de España.

⁵⁹. Conforme a la información disponible en el Observatorio legislativo del Parlamento Europeo, la Propuesta se encuentra “Awaiting final decision”. Disponible en este [enlace](#).

⁶⁰. Véase el resumen del procedimiento legislativo de la Propuesta de Directiva. Disponible en este [enlace](#).

⁶¹. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones – Una Unión de la Igualdad: Estrategia sobre los derechos de las personas con discapacidad para 2021-2030 [COM (2021) 101 final], de 3.3.202., apartado “5.2. Acceso, en condiciones de igualdad, a la protección social, la asistencia sanitaria, la educación y los bienes y servicios, incluida la vivienda”, página 16.

5. Conclusiones

317. El artículo 60.3 LIRPF no ha sido modificado por la Ley 8/2021. La falta de adaptación requiere una interpretación por parte de la AEAT respecto a la aplicabilidad de los artículos 7.i, 19, 32, 53 y 60 LIRPF en los casos en los que se hayan definido sistemas de provisión de apoyos para las personas con discapacidad.
318. La información disponible en la página web de la AEAT indica que el criterio a seguir por la administración tributaria será asimilar la incapacitación judicial a la curatela representativa.
319. No se especifica en dicha información pública si se aplicará ante cualquier curatela representativa o se requerirá una representación amplia.
320. La limitación del acceso a los beneficios fiscales a los casos en los que se haya determinado judicialmente una curatela representativa, ante la ausencia de explicación o motivación alguna a nivel legislativo de la que pueda inferirse una intención de aplicación restrictiva, no encuentra una justificación acorde con el espíritu de la reforma del sistema civil operada a través de la Ley 8/2021.
321. Es así porque **la existencia de una curatela no es indicativa de la intensidad de apoyo que requiere una persona, sino de la inexistencia de medidas voluntarias o de una guarda de hecho adecuada y suficiente.**
322. Partiendo de la línea interpretativa de la AEAT, a nivel fáctico pueden darse dos situaciones:
- Personas que dejen de poder aplicarse los beneficios fiscales como consecuencia del cambio operado en la Ley 8/2021. Serán aquellos casos de personas incapacitadas judicialmente que, tras la revisión correspondiente, dispongan de un sistema de apoyos diferente a la curatela representativa.
 - Personas que hubieran podido acceder a los beneficios conforme al régimen anterior pero que no pueden conforme al nuevo sistema.
323. Respecto a las personas que venían disfrutando de los beneficios de la LIRPF, tres argumentos resultarían centrales en un procedimiento de recurso contra la nueva inaplicación de los beneficios fiscales:
- La Ley 8/2021 no ha derogado la asimilación al grado del 65%, por lo que estas personas deberían seguir gozando de los mismos beneficios. Este argumento se reforzaría con la Disposición Transitoria Quinta de la Ley 8/2021.

La retirada de los beneficios implicaría una regresión contraria al artículo 28 CDPD y, en algunos casos, a los artículos 19 y 23 CDPD.

Si no han cambiado las circunstancias materiales de la persona en lo que respecta a la necesidad de apoyos, la previa declaración de incapacitación que daba lugar a la percepción de los beneficios fiscales debe considerarse evidencia suficiente a efectos de probar su vigencia.

324. Igualmente, en lo que respecta a las percepciones vinculadas al trabajo, se podría invocar la posible vulneración de la Directiva 2000/78, así como la vulneración de los principios de seguridad jurídica y confianza legítima fundamentada en la imprevisibilidad del cambio operado.
325. La aportación de evidencia de casos particulares en los que, en condiciones equivalentes, un juez de primera instancia de lo civil haya decidido una curatela representativa que haya dado lugar al acceso a los beneficios fiscales ahora denegados serían particularmente útiles para alegar una vulneración del artículo 14 CE.
326. En estos casos, será recomendable especificar la potencial vulneración del artículo 14 CE con el objetivo de poder acceder, en su caso, al recurso de amparo. En casos de equivalencia muy claros, podrá plantearse la posibilidad de interponer un recurso por el procedimiento de protección de derechos fundamentales, en paralelo al procedimiento ordinario, si bien las posibilidades de éxito pueden ser limitadas.
327. En relación con las personas que no dispusieran de una sentencia de incapacitación previa, será particularmente importante aportar evidencia de que pruebe que:

La situación individual es equivalente a situaciones que, con carácter previo a la entrada en vigor de la Ley 8/2021, eran merecedoras de acceso a los beneficios fiscales correspondientes.

La situación fáctica de la persona es equivalente a la de otras personas para las que se ha determinado una curatela representativa que ha sido considerada suficiente por la AEAT a efectos de aplicación de los artículos de la LIRPF correspondientes.

328. El cuestionamiento de la aplicación del criterio de asimilación de la AEAT podrá iniciarse bien mediante solicitud de rectificación de autoliquidación y devolución de ingresos indebidos (si no se ha aplicado la exención/bonificación en la autodeclaración correspondiente), bien mediante la aplicación directa de los beneficios fiscales en la autoliquidación.

329. La resolución, en su caso, deberá ser recurrida ante el TEA regional competente. Solo en los casos en los que se plantee suscitar un procedimiento autónomo de protección de derechos fundamentales, deberá interponerse el correspondiente recurso en paralelo a dicho recurso administrativo, necesario para el procedimiento ordinario.
330. En el recurso económico administrativo deberá exponerse la argumentación completa, incluida las referencias, en su caso, a la vulneración del artículo 14 CE.
331. La vía jurisdiccional ordinaria se iniciaría mediante interposición de recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la comunidad autónoma de residencia de la persona afectada.
332. En caso de desestimación, procederá plantearse el recurso de casación ante el Tribunal Supremo. Igualmente, en caso de inadmisión y/o desestimación por parte del Tribunal Supremo, en el recurso de amparo se deberá argumentar el interés constitucional entorno al artículo 14 CE y la afectación impropia que supondría la interpretación administrativa para una parte del colectivo de personas con discapacidad que no se podrán beneficiar de ventajas fiscales debido a circunstancias ajenas a las necesidades que dieron lugar a la creación del beneficio por parte del legislador.
333. Finalmente, en caso de inadmisión y/o desestimación por parte del Tribunal Constitucional, podrá presentarse una denuncia individual ante el CDPD, en principio fundamentada en la vulneración del artículo 28 y, según las circunstancias del caso, los artículos 19 y 23 CDPD, o ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por vulneración del artículo 8 CEDH. La conveniencia de una u otra alternativa dependerá esencialmente de las características del caso; pudiéndose, en caso de existir varios casos, plantearse la opción de testar ambas vías en casos diferentes.

B

Conclusiones. Seguridad social

334. La modificación de la DA 25ª de la LGSS operada por el RDL 2/2023 ha limitado el acceso a ventajas en materia de Seguridad Social, en el ámbito de equivalencia a las personas con una discapacidad igual o superior al 65%, a aquellas con una curatela representativa plena y para todos los actos jurídicos.
335. El impacto en los derechos y en el nivel de vida de las personas afectadas debido al cambio dispuesto en el RDL 2/2023 es parcialmente asimilable al operado por el criterio de la AEAT en materia de aplicación de la LIRPF. La restricción, sin embargo, tiene carácter legislativo y limita al carácter pleno de la representación de la curatela, de forma así particularmente restrictiva.
336. Se añade, por tanto, un argumento específico respecto a la compatibilidad de dicha restricción legislativa con los criterios exigibles al juez civil en la determinación del ámbito de representación del curador de la persona con discapacidad en aplicación del artículo 269 CC, que solo “en casos excepcionales” podrá determinar mediante resolución motivada “actos concretos” de representación por parte del curador.
337. La modificación operada en el CC, que limita extensamente, prácticamente impidiendo, pronunciamientos judiciales que establezcan facultades de representación plenas para todos los actos, sin concretar los actos específicos sobre los que el curador puede representar a la persona con discapacidad, llevaría a una restricción casi completa de acceso a los beneficios de Seguridad Social a personas con curatela representativa conforme a la redacción de la Ley 8/2021, una restricción incompatible con el espíritu y finalidad de la norma.
338. En el caso de las personas con una sentencia de incapacitación previa, los argumentos de incompatibilidad de una resolución denegatoria de acceso a beneficios de la Seguridad Social son equivalentes a los referidos en la aplicación de la LIRPF.
339. La necesaria progresividad de las medidas relativas al nivel de vida y protección social de las personas con discapacidad (artículo 28.1 del Convenio) es igualmente trasladable a este ámbito.
340. Respecto a las personas sin sentencia de incapacitación previa, el alcance de las facultades de representación será particularmente relevante, junto con las circunstancias y necesidades de apoyo de la persona con discapacidad, para definir la motivación del recurso correspondiente.
341. Los casos factualmente equivalentes con medidas judiciales diferentes son fundamentales para evidenciar que la asimilación al 65% tenía lugar en casos en los que los poderes de representación del tutor eran parciales y que, por tanto, la restricción regulada por la DA 25ª supone una regresión en el reconocimiento de beneficios para personas con discapacidad incompatible con la Ley 8/2021. El

artículo 269 CC es el elemento central en el caso de las curatelas representativas con poderes amplios.

342. En el resto de casos, las posibilidades de éxito del recurso son sustancialmente más limitadas, si bien la solicitud de un control de convencionalidad difuso en la aplicación de la Disposición Adicional 25ª LGSS, con base en su incompatibilidad con, al menos, el artículo 28 del Convenio, podría plantearse.
343. En este sentido, la recopilación sistemática de casos en los que, en situaciones equivalentes, los jueces civiles están concluyendo en medidas diferentes a la curatela representativa plena según circunstancias irrelevantes a efectos de la aplicación de los beneficios previstos en la LGSS se erige como un elemento crucial para justificar la necesaria modulación judicial de la aplicación estricta de la Disposición Adicional 25ª LGSS.
344. La reclamación previa debe contener, al menos apuntada, la totalidad de los argumentos que darán lugar a la reclamación judicial ante los Juzgados de lo Social.
345. En los casos en los que pudiera argumentarse la vulneración del artículo 14 CE por generar una discriminación entre personas con discapacidad con situaciones fácticas equivalentes, careciendo la diferenciación de una base razonable conforme a los criterios relevantes para la aplicación del beneficio, será posible la acumulación del proceso de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas.
346. En todos los casos, podrá requerirse, con carácter subsidiario, el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad de la Disposición Adicional 25ª LGSS. La cuestión se basaría en la arbitrariedad del legislador de urgencia al restringir el acceso a determinadas prestaciones y beneficios sociales a las personas con discapacidad a quienes se haya nombrado un curador con plenas facultades de representación para todos los actos, suponiendo además dicha arbitrariedad una vulneración del principio de igualdad del art. 14 CE.
347. En caso de desestimación de los recursos correspondiente, una vez agotados los recursos internos, también podrá plantearse denuncia ante el CDPD o recurso ante el TEDH. Sería recomendable que, adicionalmente, se pudiera acreditar que la imposibilidad de acceso al beneficio dificulta sustancialmente las tareas de cuidados de familiares, permitiendo alegar, también, la vulneración de los artículos 19 y 23 de la Convención o, en su caso, el artículo 8 del CEDH.
348. Finalmente, podría estudiarse el planteamiento de una reclamación colectiva ante el CEDS por potencial incumplimiento, al menos, del artículo 12, 15 y E de la Carta Europea de Derechos Sociales (revisada), si fuese posible acreditar el impacto sistémico negativo de los nuevos criterios seguidos por la Administración Pública (tanto la Agencia Tributaria como el INSS), la relevancia de las mismas para asegurar la independencia y autonomía de las familias y el amplio número de personas que están siendo excluidas de unas prestaciones que habían recibido o que habrían recibido en caso de mantenerse el sistema de incapacitación judicial.

349. La Ley 8/2021 ha generado dificultades de acceso y operativa de servicios bancarios a las personas con discapacidad adicionales a otras ya existentes y que se han venido agravando con el cambio legislativo.
350. Así, se han reportado (i) dificultades en el acceso a los productos bancarios contratados por las personas con discapacidad por parte de sus guardadores de hecho y entidades de apoyo; (ii) bloqueo de cuentas bancarias en casos en los que no se ha producido la revisión prevista en la DT 5ª de la Ley 8/2021; y (iii) negativas de contratación directa con la persona con discapacidad respecto a algunos productos bancarios.
351. Si bien la protección del patrimonio de la persona con discapacidad es un bien jurídico protegible que puede fundamentar la toma de medidas tendentes a garantizar plena efectividad, estas deben cumplir con los criterios de no discriminación por razón de discapacidad vigentes.
352. Así, en lo que respecta a las dificultades de acceso por parte de los guardadores de hecho y las entidades de apoyo, la razonabilidad de las exigencias entorno al acta de notoriedad deberá plantearse teniendo en consideración las dificultades que puedan existir para proceder a su expedición y, en su caso, el efecto que la imposibilidad o dificultad de cumplir con los requisitos impuestos por la entidad bancaria están teniendo en la disponibilidad de recursos monetarios necesarios para que la persona con discapacidad pueda cumplir con sus obligaciones y satisfacer sus necesidades vitales.
353. La ausencia de exigencia legislativa de dicha acta de notoriedad para la operativa ordinaria del patrimonio de la persona con discapacidad, así como la consideración del libro de familia que acredite el parentesco, certificado de empadronamiento o documentación que acredite convivencia, como suficiente para acreditar la guarda de hecho por parte del INSS pueden ser elementos útiles para cuestionar, en su caso, la proporcionalidad de la medida exigida.
354. En lo que respecta al bloqueo de las cuentas de las personas con discapacidad, aunque no se dispone de los expedientes de casos específicos, el carácter antijurídico de la medida podrá abordarse desde una perspectiva contractual y otra extracontractual, derivada fundamentalmente del TRLGDPD.

355. Las posibilidades de cuestionar el bloqueo desde un enfoque contractual dependerán del contenido del contrato suscrito y de las causas para el bloqueo alegadas por la entidad bancaria. En este sentido, la obtención de información detallada por escrito a la entidad financiera, exigible conforme a los derechos reforzados del consumidor con discapacidad, pueden ser particularmente útiles.
356. En todo caso, se ha de analizar si se ha producido la infracción de los artículos 80, apartado 1 y 82 TRLCU y de la Directiva 93/13 sobre protección del consumidor. Las distintas circunstancias entorno al detalle de la vinculación contractual y de la propia acción de la entidad bancaria entorno, por ejemplo, al preaviso, determinarán la argumentación definitiva al respecto.
357. Desde un plano extracontractual, podría cuestionarse si la acción del banco es contraria a lo dispuesto en el artículo 29 del TRLGDPD. La conclusión al respecto requerirá un análisis detallado de los casos detectados, la actuación de la entidad bancaria y la evidencia recabada sobre los motivos del bloqueo.
358. Es indiscutible, en todo caso, que la medida puede afectar a una multiplicidad de derechos de la persona con discapacidad y que podrían existir medidas menos lesivas para los mismos tendentes a proteger el patrimonio de la persona con discapacidad, como exigir el libro de familia, certificados del Registro Civil acreditativos del parentesco, certificados de convivencia, actas de notoriedad o informes sociales.
359. Respecto a las vías de acción, el régimen sancionador previsto en el TRLGDPD permite plantear una reclamación ante la Dirección General de Políticas de Discapacidad, dependiente del Ministerio de Derechos Sociales.
360. Igualmente, resultaría planteable una denuncia ante las autoridades de consumo competentes por vulneración del artículo 47.l) de la LGCU.
361. Finalmente, la posibilidad de plantear una demanda civil por vulneración de condiciones contractuales y, en su caso, los daños y perjuicios sufridos, dependerá del clausulado del contrato y de los motivos esgrimidos por la entidad financiera para dar por finalizado el mismo (o bloquear la prestación de los servicios contratados).
362. En lo concerniente a las negativas de contratación directa con la persona con discapacidad, las vías administrativas serían las mismas que en el caso de los bloqueos de cuentas. La vía judicial civil estaría igualmente abierta, si bien exigiría una evidencia particularmente robusta entorno a los motivos discriminatorios de la decisión empresarial para poder demostrar la antijuridicidad de la negativa a contratar directamente con la persona con discapacidad.

D

Conclusiones. Convenios colectivos

363. Un número considerable de convenios colectivos que contienen permisos y beneficios asociados a los cuidados y/o apoyos a personas judicialmente incapacitadas no han sido adaptados tras la Ley 8/2021.
364. Esta circunstancia ha creado una oportunidad para obtener una interpretación ajustada al objetivo de la norma que permita, igualmente, crear un precedente útil en otros ámbitos.
365. La línea argumental que justificaría una equiparación a cualquier sistema de provisión de apoyos de carácter judicial planteada en el ámbito tributario resultaría de aplicación.
366. Desde una perspectiva procesal, si bien cada convenio colectivo regula su propio sistema de revisión e interpretación, el íter procesal básico suele ser común, debiendo plantearse en primer lugar la interpretación a la comisión paritaria del convenio. Posteriormente, podrá solicitarse la mediación al servicio de mediación competente y, en caso de resultado fallido, solicitarse el pronunciamiento judicial sobre el conflicto colectivo. Esta vía será en todo caso compatible con el ejercicio individual del derecho del empleado por la vía judicial ordinaria.

E

Conclusiones. Asistencia jurídica gratuita

367. Finalmente, el avance en la agilización procesal que ha supuesto la modificación de la LJV ha generado una dificultad ni prevista ni perseguida por la Ley 8/2021, provocada por la nueva redacción del artículo 42.bis.a) de la LJV, que establece la ausencia de obligatoriedad de la asistencia jurídica.
368. Esta redacción permitiría interpretar que, conforme al artículo 6.3 de la LAJG, podrán rechazarse las solicitudes de asistencia jurídica gratuita planteadas por las personas con discapacidad para su asistencia en el procedimiento de jurisdicción voluntaria.
369. Si bien no se ha tenido noticia de resoluciones de denegación hasta la fecha de redacción del presente informe, en línea con el planteamiento manifestado por Plena inclusión España, AEFT y el Consejo General de la Abogacía Española, estas podrían cuestionarse al amparo de lo dispuesto en el artículo 5 de la LAJG, pudiendo igualmente plantearse al juez competente que requiriese la asistencia jurídica en aplicación de lo dispuesto en el artículo 6.3.a de la misma ley.

