

BOLETÍN DE SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO **EN MATERIA DE DISCAPACIDAD**

JURISPRUDENCIA RECIENTE DE LA SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL SUPREMO EN MATERIA DE DISCAPACIDAD

La Sala Primera ha dictado en 2023 cuatro sentencias (dos de ellas de Pleno), tres autos (dos de medidas cautelares y uno resolviendo un conflicto de competencia)

1) Sentencia n° 66/2023, de 23 de enero, CIP 9739/2021 (Roj: STS 1291/2023 - ECLI:ES:TS:2023:1291)

Ponente: María de los Ángeles Parra Lucán

En esta sentencia la Sala estima los recursos extraordinarios de infracción procesal y de casación dimanantes de una demanda interpuesta por el Ministerio Fiscal, antes de la entrada en vigor de la Ley 8/2021, de 2 de junio, en la que solicitaba que se declarara a la recurrente en estado civil de incapacidad parcial limitada y fuera sometida a un régimen de tutela. En primera instancia se estimó la demanda, resolución confirmada por la Audiencia Provincial. Recurrió la declarada incapaz.

La Sala aplica la disp. trans. 6.ª de la Ley 8/2021 ("procesos en tramitación"), así como la jurisprudencia establecida por la STS del Pleno 589/2021, de 8 de septiembre.

«[...]Nuestra decisión debe ajustarse al nuevo régimen legal, de acuerdo con lo previsto en la disp. trans. 6.ª de la Ley 8/2021 que, bajo el título de "procesos en tramitación" ordena que "los procesos relativos a la capacidad de las personas que se estén tramitando a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán por lo dispuesto en ella, especialmente en lo que se refiere al contenido de la sentencia, conservando en todo caso su validez las actuaciones que se hubieran practicado hasta ese momento".

2) La sentencia del Pleno, 589/2021, de 8 de septiembre, que aplica por primera vez en un recurso de casación el régimen de provisión de apoyos judiciales introducido por la Ley 8/2021 y lleva a cabo una interpretación de la nueva normativa (FJ 4). En palabras de la sentencia 589/2021:

"1. De la propia regulación legal, contenida en los arts. 249 y ss. CC, así como del reseñado art. 12 de la Convención, se extraen los elementos caracterizadores del nuevo régimen legal de provisión de apoyos: i) es aplicable a personas mayores de edad o menores emancipadas que precisen una medida de apoyo para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica; ii) la finalidad de estas medidas de apoyo es "permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad" y han de estar "inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales"; iii) las medidas judiciales de apoyo tienen un carácter subsidiario respecto de las medidas voluntarias de apoyo, por lo que sólo se acordaran en defecto o insuficiencia de estas últimas; iv) no se precisa ningún previo pronunciamiento sobre la capacidad de la persona; y v) la provisión judicial de apoyos debe ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad, ha de respetar la máxima autonomía de la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica y debe atenderse en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias".

"(...)

"2. A la hora de llevar a cabo esta labor de juzgar sobre la procedencia de las medidas y su contenido, el juez necesariamente ha de tener en cuenta las directrices legales previstas en el art. 268 CC : las medidas tomadas por el juez en el procedimiento de provisión de apoyos deben responder a las necesidades de la persona que las precise y ser proporcionadas a esta necesidad, han de respetar "la máxima autonomía de esta en el ejercicio de su capacidad jurídica" y atender "en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias".

La misma sentencia 589/2021, de 8 de septiembre, advierte que, para proyectar las reseñadas directrices legales del art. 268 CC al caso concreto, hay que evaluar si las medidas de apoyo acordadas responden a las necesidades de la persona y están proporcionadas a esas necesidades; si respetan la máxima autonomía de la persona interesada en el ejercicio de su capacidad jurídica; y si se atiende a su voluntad, deseos y preferencias.»

La Sala considera que, en atención a la prueba practicada, un apoyo representativo como el que se ha establecido en las sentencias de instancia resulta innecesario y desproporcionado pues, la recurrente, en todo caso, puede requerir un apoyo asistencial para actos concretos (seguimiento médico, administración que vaya más allá de los gastos diarios) y, sobre todo, el apoyo requerido se está prestando de manera real y efectiva por su hijo.

Por ello, de conformidad con el informe del fiscal, dado el grado de autonomía de la recurrente y su situación familiar, concluye que no es necesario el establecimiento de una medida formal de apoyo, pues la recurrente solo precisa de un apoyo asistencial en determinados aspectos patrimoniales y del ámbito de la salud que ya le estaría siendo prestado por su hijo de manera adecuada y eficaz.

1) STS 156/2023, de 3 de febrero, CAS 1268/2019 (Roj: STS 816/2023 - ECLI:ES:TS:2023:816)

Ponente: José Luis Seoane Spiegelberg

La Sala examina la nulidad de un testamento abierto otorgado por una persona con discapacidad declarada en sentencia judicial y la concurrencia de capacidad para testar.

El otorgamiento del testamento se hizo con la presencia de un solo facultativo. La Sala recuerda que su jurisprudencia ha ido evolucionando en el sentido de, pese a que el testamento es un negocio jurídico unipersonal, personalísimo y formal, procede dispensar un tratamiento más flexible a los defectos formales en que se incurrió al tiempo del otorgamiento con la finalidad no anular, en todo caso, a los mismos la consecuencia jurídica de la nulidad del testamento.

En el caso examinado, si bien la causante había sido incapacitada parcialmente en la esfera patrimonial, gozaba de plena capacidad para testar, de la que no había sido privada por sentencia, la cual, expresamente la declaraba capaz para regir su persona. En el acto de otorgamiento del testamento sólo compareció un facultativo, que suscribió el testamento y no los dos que requería la norma entonces vigente (art. 665 CC), requisito que actualmente no es exigido tras la nueva redacción dada por la Ley 8/2021, de 2 de

junio, dictada para adecuar el ordenamiento jurídico a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad.

«Es finalidad de dicha ley, expresamente explicitada en su exposición de motivos, la "[...] adecuación de nuestro ordenamiento jurídico a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, tratado internacional que, en su artículo 12.2, proclama que "las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida".

El instrumento de ratificación de la precitada convención se publicó en el BOE de 21 de abril de 2008, y es derecho vigente en España desde el 3 de mayo de dicho año, formando parte de nuestro ordenamiento jurídico interno como resulta de lo dispuesto en el *art. 96.1 de la Constitución* (en adelante CE). Esta incorporación es trascendente, en tanto en cuanto, de acuerdo con el *art. 10.2 CE*, se conecta con nuestro propio sistema de derechos fundamentales y libertades (*SSTC 36/1991, de 14 de febrero, FJ 5 y 106/2022, de 13 de septiembre, FJ 2*) y conforma criterio interpretativo de las normas.

Pues bien, como señalamos en *nuestra sentencia 269/2021, de 6 de mayo*:

"Es mérito del Tratado reconocer a las personas, que presentan disfunciones, la misma capacidad jurídica de la que gozan las otras personas que no sufren deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo en los términos del art. 1.1 del Convenio, sin perjuicio de que, para el concreto ejercicio de los derechos, precisen un sistema de apoyos. Así se dispone, en el apartado 3 de las tantas veces invocado art. 12, según el cual: "los Estados Parte adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica", que no olvidemos ostentan en igualdad de condiciones con los demás".

El *art. 662 CC* establece que pueden testar todos aquellos a quienes la ley no lo prohíbe "expresamente". De esta manera se consagra legalmente el principio de que la capacidad para testar es la regla general y la incapacidad la excepción (*STS 146/2018, de 15 de marzo*). Por otra parte, en atención a su diferente naturaleza y caracteres, la disposición de bienes mortis causa no puede equipararse a los actos de disposición inter vivos, y, por ende, a los consignados en el *art. 271 CC*, en su redacción vigente al desarrollarse los presentes hechos.

[...] En cualquier caso, es hecho probado de las sentencias de instancia que, cuestionada la salud mental de la testadora, ésta contaba con plena capacidad para testar.

Al acto de otorgamiento concurre un especialista en medicina legal y forense que declaró sobre la capacidad plena de la causante para testar, y suscribió el acto de última voluntad, el cual, además, se basó en otro informe elaborado por una catedrática de neuropsicología que manifestó, tras reconocimiento personal y próximo en el tiempo de la causante, que si hubiera sido llamada al acto del otorgamiento hubiera ratificado la plena capacidad de la testadora para expresar, consciente y voluntariamente, su acto de última voluntad, lo que igualmente comprueba el notario.

El requisito del doble informe de especialista para testar no está contemplado en la nueva redacción del precepto tras la Ley 8/2021, de 2 de junio, dictada precisamente para adecuar nuestra legislación interna a las exigencias derivadas del Convenio de Nueva York, que sin embargo sí estaba vigente al tiempo del otorgamiento, y que reconocía que las personas con discapacidad "tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida", y, por lo tanto, para testar, sin que, por la naturaleza personalísima del acto, pueda concurrir asistida por otra persona para conformar su voluntad testamentaria, y siempre que pueda comprender y manifestar sus disposiciones mortis causa, como es el caso que nos ocupa.

Las personas con deficiencias sensoriales, mentales o intelectuales, sin capacidad modificada por sentencia al tiempo del otorgamiento del testamento impugnado, así como, actualmente, todas las personas, sean o no discapaces, pueden testar cuando el notario aprecie su capacidad sin necesidad de un preceptivo informe médico, que suponía entonces un tratamiento jurídico diferente, y todo ello sin perjuicio, claro está, de su impugnación judicial.»

Por ello, la Sala concluye, que el defecto observado no puede ser determinante de la nulidad del testamento, sin que ello suponga aplicar retroactivamente la reforma del CC derivada de la Ley 8/2021, de 2 de junio.

2) Sentencia de Pleno nº 1.443/2023, de 20 de octubre, CAS 7437/2022 (ROJ: STS 4212/2023 - ECLI:ES:TS:2023:4212)
Ponente: Ignacio Sancho Gargallo

3) Sentencia de Pleno nº 1.444/2023, de 20 de octubre, CAS 8533/22 (Roj: STS 4129/2023 - ECLI:ES:TS:2023:4129)
Ponente: María de los Ángeles Parra Lucán

Estas dos sentencias del pleno de la Sala de lo Civil interpretan los artículos 250 y 255.5 CC y desestiman el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal, que planteaba la improcedencia de la adopción de una medida judicial de apoyo cuando las medidas ya estaban siendo prestadas por un guardador de hecho.

En los dos recursos se planteaba un supuesto de hecho similar: la guarda de hecho de la persona necesitada de medidas de apoyo venía siendo ejercida por un familiar cercano (el hijo único en el primer recurso, y la esposa, en el segundo), que había solicitado y obtenido la adopción de una curatela representativa, que se combate mediante el recurso de casación.

El art. 250 CC, configura la guarda de hecho con una vocación subsidiaria o complementaria a cualquier otra forma de apoyo, voluntaria o judicial, en defecto de estas o cuando no cubran todas las necesidades de la persona. Y conforme al art. 255.5 CC, siempre y cuando las medidas voluntarias sean suficientes, no cabrá adoptar medidas judiciales porque no son necesarias, si bien podrían serlo, si aquellas fuesen insuficientes, respecto de las necesidades de apoyo no cubiertas, y en ese caso cabría su adopción. También forma parte de la ratio de la norma que la provisión judicial no deviene precisa si las necesidades, de carácter asistencial y de representación, generadas por la discapacidad están plenamente satisfechas por una guarda de hecho.

Ahora bien, esta previsión no puede interpretarse de forma rígida, desatendiendo las concretas circunstancias que rodean a la persona necesitada de apoyos y la persona que los presta de hecho. Si bien es claro que existiendo una guarda de hecho que cubre suficientemente todas las necesidades de la persona con discapacidad, no es necesaria la constitución judicial de apoyos, no lo es tanto que queden excluidas en todo caso. En situaciones como las que son objeto de enjuiciamiento, es necesario atender a las circunstancias concretas para advertir si está justificada la constitución de la curatela en vez de la guarda de hecho si resulta más conveniente para prestar mejor ese apoyo. La Sala considera que la interpretación de la norma no debe dar lugar a situaciones contraproducentes para la persona cuyos intereses pretende tutelar la norma.

«3. Conforme al sistema de provisión de apoyos instaurado por la Ley 8/2021, de 2 de junio, si existe una guarda de hecho que cubre de manera adecuada todas las necesidades de apoyo de la persona, deja de ser necesario constituir un apoyo judicial, porque la guarda de hecho es un medio legal de provisión de apoyos, aunque no requiera de una constitución formal.

Pero esta previsión no puede interpretarse de forma rígida, desatendiendo a las concretas circunstancias que rodean a la persona necesitada de apoyos y la persona que los presta de hecho. Si bien es claro que existiendo una guarda de hecho que cubre suficientemente todas las necesidades de la persona con discapacidad no es necesaria la constitución judicial de apoyos, la existencia de una guarda de hecho no excluye en todo caso la constitución de un apoyo judicial.»

«Si interpretáramos de forma rígida la norma (último párrafo del art. 255 CC), descontextualizada, negaríamos siempre la constitución de una curatela si en la práctica existe una guarda de hecho; lo que se traduciría en que, al revisar las tutelas anteriores, se transformarían de forma automática todas ellas en guardas de hecho. Esta aplicación rígida y automática de la norma es tan perniciosa como lo fue en el pasado la aplicación de la incapacitación a toda persona que padeciera una enfermedad o deficiencia, de carácter físico o psíquico, que le impidiera gobernarse por sí mismo, al margen de sí, de acuerdo con su concreta situación, era preciso hacerlo.

En situaciones como la que es objeto de enjuiciamiento y en algunas otras de revisión de tutelas, hay que evitar esta aplicación automática de la ley. Es necesario atender a las circunstancias concretas, para advertir si está justificada la constitución de la curatela (y en otro contexto de revisión de tutelas anteriores, la sustitución por una curatela) en vez de la guarda de hecho.

Al respecto, es muy significativo que quien ejerce la guarda de hecho ponga de manifiesto su insuficiencia y la conveniencia de la curatela, no en vano es quien de hecho presta los apoyos. Máxime cuando esta persona forma parte del núcleo familiar más íntimo, en nuestro caso la esposa con la que convive.

La interpretación de la norma no debe dar lugar a situaciones contraproducentes para la persona que precisa de unos apoyos como consecuencia de una discapacidad y cuyos intereses pretende tutelar la norma. A la postre, deben adoptarse las medidas más idóneas para esa persona. Se da la circunstancia de que esta persona, por su situación, no manifiesta voluntad, deseo o preferencia que no sea seguir conviviendo con su esposa. Lo esencial es la prestación del apoyo que precisa y a cargo de quien es más idóneo que le

asista y represente, sin que su provisión judicial tenga una connotación negativa, como tampoco la tienen la provisión voluntaria de apoyos o la propia guarda de hecho.

De tal forma que, del mismo modo que no es necesario constituir una curatela cuando los apoyos que precisa esa persona están cubiertos satisfactoriamente por una guarda de hecho, nada impide que, aun existiendo hasta ahora una guarda de hecho, pueda constituirse una curatela, si las circunstancias del caso muestran más conveniente prestar mejor ese apoyo.»

Dicha interpretación no entra en contradicción con los artículos 263, 268 y 269 del Código Civil. El artículo 263 CC prevé la compatibilidad de la guarda de hecho con las medidas de apoyo voluntarias judiciales, respecto de aquellas necesidades no cubiertas por estas últimas. El artículo 269 puede interpretarse bajo la misma lógica que el artículo 255.5 CC de que la insuficiencia de un apoyo informal, como es la guarda de hecho, aflora también cuando quien lo presta lo pone de manifiesto y advierte la conveniencia de una constitución formal del apoyo, que facilite en sus específicas circunstancias prestar su función de asistencia y representación del mejor modo.

4) Auto de 17 de enero de 2023, recurso 9466/2022 (Roj: ATS 311/2023 - ECLI:ES:TS:2023: 311^a)
Ponente: Ignacio sancho Gargallo

En esta resolución la Sala desestima una medida cautelar solicitada en el marco de un recurso de casación relativo a medidas de apoyo a persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. Se pretendía la suspensión de ejecutividad de la sentencia recurrida en casación, recurso que se encontraba pendiente de admisión.

La sala recuerda que el art. 762 LEC establece la posibilidad de adoptar medidas de protección de las personas que se encuentren en una situación de discapacidad que requiera medidas de apoyo y que «[L]a regla general es que las medidas se acuerden previa audiencia de la persona con discapacidad. Esta regla general se acentúa en la nueva redacción del art. 762.3, tras la reforma por la Ley 8/2021, de 2 de junio (en vigor a partir del 3 de septiembre de 2021), que solo permite su excepción en los casos de "urgencia de la situación».

La solicitud inaudita parte se rechazó porque no se justificaba hechos relevantes nuevos que supongan un indicio serio y consistente de que se precise de la adopción de la medida cautelar solicitada con carácter urgente. Además, la sentencia recurrida no era firme ni, en principio, provisionalmente ejecutable conforme al art. 525 LEC, sería una interferencia en las competencias del Juzgado y de la Audiencia para la ejecución de la sentencia.

5) Auto de 21 de agosto de 2023, recurso 2054/2021 (Roj: ATS 11006/2023 - ECLI:ES:TS:2023: 11006^a)
Ponente: María de los Ángeles Parra Lucán

En esta resolución la Sala desestima una medida cautelar solicitada en el marco de un recurso de casación contra una sentencia dictada al amparo de la normativa en vigor con anterioridad a la Ley 8/2021, de 2 de junio, que declaró la discapacidad parcial de una persona y el establecimiento de un régimen de curatela.

Pendiente la admisión del recurso, se solicitaba por la madre la encomienda a una fundación de la administración y gestión económica de la persona con discapacidad y otras medidas relativas a su tratamiento médico.

La Sala recuerda que, conforme a la Disposición Transitoria Sexta de la Ley 8/2021, debe resolverse conforme a la nueva regulación, esto es, el nuevo art. 762 LEC.

La sala considera que no concurren los requisitos de ese precepto porque las medidas solicitadas tienen una naturaleza anticipatoria de la admisión del recurso y porque no se justifica la necesidad de adoptar las medidas en protección del patrimonio y está asegurada la asistencia médica por el internamiento vigente de la persona.

6) Auto de 31 de enero de 2023 (COM 369/2022), Roj: ATS 3924/2023 - ECLI:ES:TS:2023:3924^a
Ponente: Rafael Sarazá Jimena

La Sala resuelve un conflicto negativo de competencia territorial entre dos Juzgados de Primera Instancia por el cambio de residencia por un ingreso de persona con discapacidad en el curso de una solicitud de revisión de medidas de apoyo y medidas cautelares.

La sala, de nuevo, tiene en cuenta la profunda transformación que ha supuesto la entrada en vigor de la Ley 8/2021, de 2 de junio.

Recuerda que, en materia de competencia, el fuero aplicable es el de la residencia de la persona con discapacidad y en caso de cambio de residencia habitual de aquella cuando se encuentra pendiente el proceso de provisión de apoyos, las actuaciones deben remitirse al juez de la nueva residencia, siempre que aún no se haya celebrado la vista.

«Todo ello, con la finalidad de facilitar el desarrollo del proceso, que debe acercarse al lugar donde efectivamente se encuentra la persona con discapacidad.

Tal y como recoge el Preámbulo ya citado, se considera esencial la participación de la propia persona, por lo que se facilita que pueda expresar sus preferencias y su intervención activa, de manera que la autoridad judicial interese la información precisa, ajustándose siempre a los principios de necesidad y proporcionalidad.»

Lo anterior tiene reflejo en los artículos 42.bis (a y c) y 43 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria y en el art. 756 LEC, según la redacción introducida por la reforma, aplicable conforme a su disposición transitoria sexta.

Por ello concluye que la ley procesal liga la competencia para la provisión judicial de apoyos a una persona con discapacidad, al lugar de su residencia. La ratio de esta regla se encuentra en facilitar la preceptiva entrevista del juez con la persona a favor de quien se pide el apoyo. Por eso, a los efectos de la determinación de la competencia judicial, lo relevante es que el juez, en atención al lugar de residencia de la persona afectada, pueda realizar directamente la entrevista.

JURISPRUDENCIA RECIENTE DE LA SALA SEGUNDA DEL TRIBUNAL SUPREMO EN MATERIA DE DISCAPACIDAD

1) STS 881/2023, de 29 de noviembre.

La sentencia analiza si el consentimiento prestado para mantener relaciones sexuales por una víctima que padece una discapacidad psíquica debe reputarse válido -lo que conllevaría la absolucón del acusado- o si, por el contrario, debe considerarse inexistente y, con ello, constitutivas de delito las relaciones sexuales que, en este caso, la denunciante mantuvo con el acusado.

La Sala, tras recordar la necesidad de estar, en esta materia, al caso concreto, ratifica la valoración de la prueba realizada en las sentencias recurridas y concluye que «aunque la víctima disponía de capacidad bastante para prestar su libre consentimiento a la realización del acto de contenido sexual, así como para determinarse en este ámbito, en el desarrollo libre de su personalidad», su discapacidad «comportaba la necesidad de protegerla respecto de conductas abusivas, desiguales, o resultado del prevalimiento de su autor». Y este marco concluye que, en el caso de autos, no existió «una libre decisión compartida», sino una relación asimétrica, que se prolongó durante varios meses, «y que constituye una explícita manifestación de abuso o prevalimiento, en la que el autor cosificó a su víctima, instrumentalizándola para la consecución de sus fines, con absoluto desinterés e indiferencia hacia los deseos y propósitos de ella».

En consecuencia, se ratifica la condena acordada en la instancia.

2) STS 938/2023, de 19 de diciembre.

La sentencia de la Sala analiza si la discapacidad a la que se refiere el artículo 268 del Código Penal, y que impide que opere la excusa absolutoria que dicho artículo regula, debe ser permanente o si, por el contrario, abarca también otras discapacidades «transitorias» o «reversibles». Se recuerda que el precepto señalado fue modificado por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, con el fin de adecuarlo a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y que actualmente señala que están exentos de responsabilidad criminal y sujetos únicamente a civil, los cónyuges, ascendientes, descendientes, hermanos por naturaleza y adopción, y demás personas que se señalan, por los delitos patrimoniales que se causaren entre sí, siempre que no concurra violencia o intimidación, «o abuso de la vulnerabilidad de la víctima, ya sea por razón de edad, o por tratarse de una persona con discapacidad».

La sentencia de la Audiencia Provincial condenó por un delito de administración desleal y desestimó las pretensiones de la defensa en este punto, que pretendía la aplicación de la excusa absolutoria del artículo 268 del Código Penal. La sentencia de apelación ratificó la calificación jurídica de los hechos realizada por la sentencia de instancia, pero absolvió al acusado porque sí consideró aplicable la citada excusa. En contra de lo señalado por la Audiencia Provincial, el órgano de apelación afirmó que la situación en la que se encontraba la víctima -en coma, sedada y en la UCI-, «se opone al taxativo concepto de discapacidad facilitado por la propia normativa a través del artículo 25 del Código Penal», por tratarse de una situación temporal que fue superada con posterioridad.

La Sala Segunda, sin embargo, estima el recurso de casación interpuesto por la acusación particular y recuerda que en los supuestos de discapacidad, la nota de permanencia «está superada» y «pierde fuerza» en el marco normativo, precisamente como consecuencia la celebración de la Convención Internacional de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, y más concretamente, desde la aprobación 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. Se recuerda además que la idea nuclear del último inciso del artículo 268 del Código Penal, expresamente recogida, es, en todo caso, «la vulnerabilidad, la desprotección y el riesgo», de un lado, y «limitación funcional», de otro, sin que el concepto de permanencia se tome en consideración.

Consecuentemente, la Sala estima el recurso de casación interpuesto y aplica la excusa absoluta del artículo 268 del Código Penal.

3) STS 934/2023, de 23 de octubre.

En el supuesto analizado en esta sentencia, el acusado fue condenado como autor de un delito de agresión sexual con acceso carnal por vía vaginal a mayor de edad con discapacidad de los artículos 178 y 180.1. 3º del Código Penal, a la pena, entre otras, de trece años de prisión. La víctima era una persona con discapacidad intelectual del 48%, paraparesia espástica hereditaria e incapacidad total y permanente. El recurso de casación presentado por el condenado, en el que se alegaba vulneración del derecho a la presunción de inocencia por falta de prueba, fue íntegramente desestimado.

La Sala, de conformidad con los artículos 109 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 4 de la Directiva 2012/29 del Parlamento Europeo y del Consejo, acuerda que la sentencia se notifique personalmente a la víctima. También acuerda, en este caso, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 7 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el artículo 19 de la Ley 15/2022, dada su discapacidad, que la sentencia se redacte en formato de lectura fácil, y que, a tal fin, se recabe la intervención de las entidades que con dicha finalidad han suscrito los protocolos de colaboración con el Consejo General del Poder Judicial.

4) STS 918/2023, de 14 de diciembre.

La sentencia de instancia condena al recurrente por dos delitos continuados de agresiones sexuales a menor de edad. En el caso, el delito de agresión sexual se perpetuó en el tiempo. No fue detectado ni por los familiares próximos, ni en el centro escolar.

Aunque el delito, en el caso, se comete sobre menor de edad, la sentencia recuerda la necesidad de aprobar y aplicar, en los centros escolares, y a raíz de lo dispuesto en el art. 34 de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección de la infancia, protocolos de detección de agresiones sexuales u otros delitos cometidos sobre menores. La sentencia hace una especial mención a aquellos casos en los que el delito (abuso, maltrato, el acoso escolar, ciberacoso, acoso sexual, violencia de género, violencia doméstica...) «tenga como motivación la discapacidad, problemas graves del neurodesarrollo o problemas de salud mental». Se señala que, en estos casos, los protocolos que se aprueben deben contemplar medidas específicas que se adapten a la especial situación del menor. La Sala considera indispensable la aprobación de estos protocolos para la detección precoz de los delitos que pudieran estar cometándose en el centro escolar, y especialmente en el hogar, de tal forma que si un menor comunica en el centro escolar que está siendo víctima de un delito en su hogar o en cualquier entorno, o

los responsables del centro así lo detectan, debe procederse a actuar de inmediato dando traslado a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad de lo ocurrido, sin necesidad de que el menor lo denuncie explícitamente.

5) STS 428/2023, de 1 de junio¹.

La sentencia analizada recuerda que la persona con discapacidad puede ser el acusado y que en estos casos también es necesario «activar todos aquellos ajustes razonables de procedimiento que resulten necesarios para compensar cualquier déficit». En el caso, el condenado (por un delito contra la libertad sexual) era una persona con discapacidad del 90%, postrado en silla de ruedas y dificultad de movimientos, que alegaba, acreditada la discapacidad, que no se adoptaron las medidas necesarias para concurrir al acto del juicio en condiciones de igualdad.

La Sala de lo Penal rechaza la alegación tanto por plantearse *ex novo*, en casación, como porque durante la sustanciación del procedimiento no se encauzó la línea de defensa desde ese punto de vista.

No obstante, recuerda esta resolución lo que considera un principio troncal de ordenación del proceso penal: ante determinadas situaciones de discapacidad que dificulten el ejercicio de los derechos de defensa de la persona investigada o acusada deben adoptarse, como exige la Convención de Derechos de Personas con Discapacidad de 2006, todas las medidas necesarias y razonables, para que la persona con discapacidad acceda a la justicia en igualdad de condiciones, así como para promover su capacidad de comprender y participar en el proceso. Se señala expresamente que las autoridades deben adoptar medidas para reducir, en lo posible, los sentimientos de intimidación e inhibición y velar porque la persona investigada o acusada comprenda ampliamente la naturaleza de la investigación, lo que está en juego para él, incluida la importancia de cualquier pena que pueda imponérsele, así como sus derechos de defensa y, en particular, el de guardar silencio.

La sentencia recuerda también que tanto la Recomendación de la Comisión de 27 de noviembre de 2013, relativa a las garantías procesales para las personas vulnerables sospechosas o acusadas en procesos penales, como la Ley 8/2021, que introduce el nuevo artículo 7 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, contemplan previsiones normativas específicas que imponen el deber primario de identificar aquellos factores de vulnerabilidad que puedan afectar o repercutir en el ejercicio pleno de los derechos a un proceso justo y equitativo de la persona investigada, así como la necesidad de identificar y reconocer la situación de discapacidad de la manera más rápida posible. Se señala, no obstante, que también la defensa técnica tiene el deber de instar que dichos mecanismos se activen o de aportar todos aquellos datos que permitan evaluar las necesidades de especial protección, y que su incumplimiento puede calificarse como una grave lesión del derecho a una asistencia letrada eficaz que garantizan tanto el Convenio ex artículo 6 como el artículo 24 CE -vid. STEDH, caso N. c. Rumanía, de 28 de noviembre de 2017-

Concluye la sentencia señalando que la ausencia de ajustes que impidan o dificulten de manera mínimamente significativa el pleno disfrute y ejercicio de los derechos de participación y defensa eficaz de los que es titular la persona acusada vulnerable puede ser fuente de indefensión con relevancia constitucional.

¹ Corresponde al segundo trimestre del 2023, pero se incluye por la relevancia de la cuestión tratada.

JURISPRUDENCIA RECIENTE DE LA SALA TERCERA DEL TRIBUNAL SUPREMO EN MATERIA DE DISCAPACIDAD²

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 8 DE FEBRERO DE 2023, RECURSO NÚM. 156/2022 (ROJ: STS 362/2023 - ECLI: ES:TS:2023:362).

Umbral de renta y patrimonio familiar y las cuantías de las becas y ayudas al estudio para el curso 2021 y 2022. TDAH.

El TS examina si son nulos el artículo 7.1 y la disposición final primera del expresado Real Decreto 471/2021, por considerar que vulneran los artículos 27 y 14 de la CE, y los principios de seguridad jurídica, jerarquía normativa e interdicción de la arbitrariedad del artículo 9.3 de la CE. La Sala Cuarta en virtud de precedente, STS de 7 de febrero de 2023, recurso nº 423/2022, desestima la misma pretensión formulada por diferente Asociación, que planteaba igualmente, la improcedencia de la modificación en el art. 71.2 de la Ley 2/2006 (en su versión por L.O. 8/2013), por la modificación que realiza la L.O. 3/2020, por la que desaparece la referencia legal al Trastorno por Déficit de Atención e Hiperactividad (TDAH) y, precisamente, sobre el significado y alcance de este cambio normativo y sobre su proyección sobre el R. D. 471/2021. La Sala resuelve que puede considerarse comprendido el TDAH en la letra a) de este apartado 1 del artículo 7 del R.D. 471/2021, que no hace sino recoger los términos del artículo 73.2 de la L.O. 2/2006: discapacidad o trastornos graves de la conducta. En consecuencia, no incurre en infracción alguna del ordenamiento jurídico y, en particular, no entraña discriminación para los afectados por TDAH desde el momento en que su formulación permite comprenderlo, de manera que la referencia actual a términos abstractos o amplios no conlleva la exclusión de la norma, cuando antes eran contenidos identificados expresamente.

Posteriormente sentencias como la de 10 de mayo de 2023 (recurso de casación núm. 338/2022), 6 de mayo de 2023 (recurso de casación núm. 728/2022) y 28 de noviembre de 2023 (recurso de casación núm. 576/2022), entre otras muchas, han confirmado que *“los alumnos que sufren TDAH están incluidos en el régimen de ayudas y becas sin que exista contradicción entre la norma reglamentaria que regula el régimen de becas y el art. 71 de la LO 2/2006 de Educación”*.

AUTO DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 16 DE MARZO DE 2023, RECURSO DE CASACIÓN NÚM. 1734/2022 (ROJ: ATS 3287/2023 - ECLI: ES:TS:2023:3287A).

Las cuestiones en las que se entiende que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consisten en que se determine, a los efectos de los cupos en procesos selectivos o de provisión de puestos de trabajo, si en aplicación del Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad, las patologías de "Trastorno mental, Trastorno

² Se recogen los pronunciamientos (sentencias y autos) en materia de discapacidad dictados por la Sala Tercera del Tribunal Supremo desde el año 2023 a la actualidad. Y ello de forma transversal, en relación con distintas áreas temáticas como derechos fundamentales, tributación, extranjería, Seguridad Social y regímenes de previsión, función pública, contratación, entre otras.

Mental Orgánico y Traumático", se deben incluir en los supuestos del capítulo 15: "Retraso mental o en los del capítulo 16: "Enfermedad mental", ambos de la citada norma.

AUTO DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 23 DE MARZO DE 2023, RECURSO DE CASACIÓN NÚM. 85/2023 (ROJ: ATS 3170/2023 - ECLI: ES:TS:2023:3170A).

Procedimiento para la protección de los derechos fundamentales. Responsabilidad patrimonial amparada en un dictamen del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Incumplimiento de recomendaciones dirigidas a los poderes públicos. Educación personas con discapacidad.

Reviste interés casacional objetivo:

1. Cuál debe ser el cauce adecuado para solicitar del Estado español el cumplimiento de los dictámenes del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, emitidos en los términos y por el procedimiento previsto en el Protocolo Facultativo de la Convención -ratificado por España-, cuando se contienen en tales dictámenes recomendaciones dirigidas a nuestras autoridades a fin de que reparen los daños derivados del incumplimiento constatado de los derechos previstos en la Convención.

2. Si esa reparación y el cumplimiento de las prescripciones del Dictamen supone revisar resoluciones judiciales firmes, al fundamentarse la reclamación de responsabilidad patrimonial en un presupuesto diferente.

AUTO DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 30 DE MARZO DE 2023, RECURSO DE CASACIÓN NÚM. 5386/2021 (ROJ: ATS 3350/2023 - ECLI: ES:TS:2023:3350A).

Turno de discapacitados en los procesos selectivos. Determinación de si el grado de discapacidad se debe poseer el día de finalización del plazo de presentación de instancias o mantenerse hasta el momento de la toma de posesión.

La Sala Tercera del Tribunal Supremo aprecia que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia en que se determine si, en virtud del principio de seguridad jurídica, en el ámbito de los procesos selectivos que prevean turnos reservados a personas con un determinado grado de discapacidad, tal requisito se debe poseer el día de finalización del plazo de presentación de instancias o si ha de mantenerse hasta el momento de la toma de posesión.

[Cuestión resuelta por STS nº 1370/2023, de 2 de noviembre, RCA 5386/2021:](#) Señala que el momento en que debe cumplirse la condición relativa al porcentaje de discapacidad para participar en un proceso selectivo por el turno de discapacitados es el establecido en las bases de la convocatoria correspondiente. Ello no es obstáculo, sin embargo, para que quien ha participado en un proceso selectivo por el turno de discapacitados, ha aprobado todas las pruebas y sólo en un momento posterior deja de tener el porcentaje de discapacidad requerido por las bases de la convocatoria pueda ser tenido por aprobado en el turno general; algo que dependerá de que haya obtenido mejor

puntuación que alguno de los aprobados en dicho turno general, o que en este hayan quedado plazas sin cubrir.

“Quien en un proceso selectivo opta por el turno de discapacitados no se ve eximido de superar las mismas pruebas que quienes acuden por el turno general. Simplemente hay un determinado número de plazas reservadas para quienes tienen el correspondiente grado de discapacidad, y las que no sean adjudicadas dentro de ese turno acrecen al turno general. Es posible, así, que quien ha superado las pruebas en el turno de discapacitados tenga mejor puntuación que alguno o algunos de los aprobados en el turno general, o simplemente que en el turno general hayan quedado plazas sin cubrir. Si alguna de estas circunstancias se produce, no hay ninguna razón válida para no tener por aprobado en el turno general a quien superó todas las pruebas en el turno de discapacitados”.

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 24 DE ABRIL DE 2023,
RECURSO DE CASACIÓN NÚM. 4558/2022 (ROJ: STS 1835/2023 - ECLI:
ES:TS:2023:1835).**

La superación de los cursos con adaptación curricular no supone de modo automático la obtención de la titulación. Es previo el examen por el órgano competente de la adquisición de las competencias propias de la etapa.

La superación de los cursos con adaptación curricular no deriva de modo automático la obtención de la correspondiente titulación, sino que es previo el examen por el órgano educativo competente de la efectiva adquisición de las competencias propias de la etapa educativa en cuestión. El legislador ha previsto un margen para el desarrollo de la forma de obtención de la titulación, como se concluye de la nueva regulación, que no comporta la titulación automática, sino la expedición de una certificación oficial en la que conste el nivel de adquisición de competencias para tener opciones de formación posterior.

“(…) Todo lo anterior puede servir como elemento interpretativo de las disposiciones vigentes en el momento de acabar el curso el recurrente mas no conducen a una aplicación retroactiva de la norma actualmente vigente y dicha norma legal no conlleva la obtención automática de la titulación aunque, como dice el preámbulo, con la nueva Ley se hace efectivo el derecho a la educación inclusiva como derecho humano para todas las personas reconocido en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, ratificada por España en 2008. Mas el tenor de la disposición transitoria tercera sobre la necesidad de haber alcanzado los objetivos de educación secundaria obligatoria y adquirido las competencias correspondientes es ineludible”.

“(…) Tampoco se percibe lesión del artículo 27 CE ya que se ha permitido acceder al alumno con necesidades especiales al sistema educativo adaptado. El legislador ha previsto un margen para el desarrollo de la forma de obtención de la titulación, como se concluye de la nueva regulación, que no comporta la titulación automática, sino la expedición de una certificación oficial en la que conste el nivel de adquisición de competencias para tener opciones de formación posterior”.

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 1 DE JUNIO DE 2023,
RECURSO DE CASACIÓN NÚM. 3191/2021 (ROJ: STS 2758/2023 -
ECLI:ES:TS:2023:2758).**

Centros especiales de empleo para la inclusión laboral de las personas con discapacidad.

El artículo 43.1 del Texto Refundido de la Ley General de personas con discapacidad y su inclusión social, aprobado por el Real Decreto Ley 1/2013, de 29 de noviembre, establece que la finalidad de los Centros Especiales de Empleo es asegurar un empleo remunerado a las personas con discapacidad y son un medio de inclusión de estas personas en un empleo ordinario.

En los denominados Centros de Empleo de "iniciativa social" tienen cabida los centros de iniciativa empresarial, al admitir como tales aquellos que revisten la forma de sociedad mercantil, siempre que concurren ciertas características básicas y tengan un idéntico objetivo, la integración social y la promoción de empleo de personas con discapacidad.

El TS entiende que la normativa autonómica, singularmente, el artículo 10 del Decreto Gallego 500/2010, que determina la imposibilidad de la inscripción en el registro de Centros Especiales de Empleo no resulta conforme con lo dispuesto en el artículo 43.4 del Texto Refundido de la Ley de derechos de las personas con discapacidad, tras la reforma introducida en el año 2017 por la Ley de Contratos del Sector Público, que se dicta por el Estado al amparo del art. 149.1.1 CE.

“La lectura del artículo 10 del Decreto de Galicia permite concluir que su contenido no es acorde con las previsiones del art. 43. 4º del Texto Refundido de la Ley general de derechos de personas con discapacidad. El art. 10, según se ha expuesto, únicamente prevé la inscripción como Centro Especial de Empleo a las reseñadas entidades que enumera de forma taxativa, asociaciones, fundaciones y corporaciones. Por su parte, el art. 43 de la Ley general de discapacidad - en su redacción a partir de 2017- reconoce como centros especiales de empleo, no solo a los que revistan la forma antedicha, sino también a aquellas sociedades mercantiles que cumplan determinados requisitos y condiciones que allí se expresan. Se evidencia así que la norma estatal establece una delimitación más amplia que la autonómica de los entes que pueden tener la consideración de centros especiales de empleo.

Y cuando el artículo 43. 4º del Texto Refundido establece un régimen uniforme y común a los centros especiales de empleo este régimen ha de respetarse por las Comunidades Autónomas. La igualación de todos los Centros especiales de formación y la aceptación de aquellos que presenten forma mercantil en las condiciones expresadas es una opción estatal, de modo que la limitación previa por la Comunidad Autónoma, de admitirse, vulneraría la finalidad igualadora pretendido por el art. 149.1.1 CE. En suma, como se dijo en la STC 173 /1998, FJ 9, "si el Estado considerara necesario establecer en el futuro esas condiciones básicas y al dictarlas éstas entraran en contradicción con preceptos de leyes autonómicas en vigor, éstos últimos quedarían automáticamente desplazados por aquéllas", pues no es excluyente del ejercicio de competencias autonómicas, pero puede incidir en su eficacia.

De lo expuesto se desprende que el artículo 10 del Decreto Autonómico de Galicia, en cuanto no permite el acceso al registro de Centros Especiales de formación a la entidad recurrente, únicamente por razones subjetivas -por revestir la forma de una sociedad mercantil- no es acorde con lo dispuesto con el artículo 43.4 del Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad, pues, como admite la Xunta de Galicia, este último precepto permitiría la inscripción controvertida por observar la recurrente todos los requisitos que se contemplan. Lo que nos lleva a concluir que, dado que el Estado ha establecido las condiciones básicas en lo relativo a la configuración de los Centros Especiales de Empleo, ex artículo 149.1.1 CE, el Decreto Autonómico de Galicia en cuanto contradice la legislación estatal pierde su eficacia y resulta desplazado por la legislación estatal”.

Posteriormente sentencias como las de 14, 16 y 20 de noviembre de 2023 (recursos de casación núm. 3203/2021, 3201/2021 y 3192/2021, de forma respectiva) han confirmado esta conclusión.

AUTO DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 12 DE JULIO DE 2023, RECURSO DE CASACIÓN NÚM. 729/2023 (ROJ: ATS 9846/2023 - ECLI: ES:TS:2023:9846A).

Posibilidad de embargar los bienes y derechos que constituyen el patrimonio especialmente protegido de las personas con discapacidad por deudas tributarias.

La Sala Tercera del Tribunal Supremo aprecia que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia en que se determine si son inembargables por deudas tributarias los bienes y derechos que constituyen el patrimonio especialmente protegido de las personas con discapacidad, incluidos en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, sin que se pueda exigir la constitución de otra garantía en caso de que el interesado tenga reconocido el beneficio de justicia gratuita y, en todo caso, con suspensión de la resolución recurrida en el proceso.

JURISPRUDENCIA RECIENTE DE LA SALA CUARTA DEL TRIBUNAL SUPREMO EN MATERIA DE DISCAPACIDAD

1. Incapacidad permanente y discapacidad.

1.1. No reconocimiento automático de la discapacidad por declaración de IPT, IPA o GI

La Sala IV del Tribunal Supremo ha establecido, a partir de sus SSTS Pleno 29/11/2018, R. 1826/2017 y 239/2018), que la declaración de una incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez no determina el reconocimiento automático de la condición de persona con discapacidad, al apreciar el exceso en la delegación legislativa del art. 4.2 Real Decreto legislativo 1/213, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y su inclusión social.

Así, se señala por la Sala que «[...] El artículo 4.2 del RDLeg 1/2003 ha incurrido en *ultra vires* por exceso en la delegación legislativa, porque no ha respetado el contenido del artículo 1 de la propia Ley 26/2011, de 1 de agosto que, además de atribuirle esa delegación, ratifica el contenido de aquel artículo 2.1 de la Ley 51/2003 en los términos que hemos expuesto, y que se han visto sustancialmente alterados en la redacción final del texto refundido, al sustituir la frase "a los efectos de esta ley" por la de "a todos los efectos", en una evidente alteración del mandato legislativo que modifica de manera esencial el texto que debía refundir, hasta el extremo de que su aplicación conduciría a una interpretación contraria a la mantenida hasta ahora por el Tribunal Supremo conforme al contenido de la norma que el legislador no ha querido variar.

Resulta con ello palmario que si el legislador quería mantener en sus términos la dicción literal del precepto que equiparaba al 33% de discapacidad a los pensionistas de incapacidad permanente total, absoluta y gran invalidez a los exclusivos efectos de esa ley, no estaba en su espíritu la extensión de este beneficio a todos y cualquiera de los múltiples, variados y muy heterogéneos efectos que despliega en distintas ramas de nuestro ordenamiento jurídico el reconocimiento de un grado de discapacidad del 33% [...]».

Dicha doctrina se reitera por las recientes STS 13/07/2022, R. 1087/2019 y 27/04/2023 R. 3185/2020 y las que en ellas se citan.

Con posterioridad se ha procedido a la modificación del citado precepto por la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo, que reforma su redactado y elimina el *ultra vires* apreciado por la Sala.

1.2. Acceso a la incapacidad permanente desde una jubilación voluntaria por discapacidad.

La Sala reconoce la posibilidad de acceder a las prestaciones de incapacidad permanente (IP) de las personas que tienen reconocida la jubilación anticipada por situación de discapacidad a tenor del actual art. 206 bis LGSS, a partir de las SSTS 27/04/2022, R. 184/2019 y 22/11/2022, R. 1563/2019 y 4509/2022, seguida de otras muchas que rectifican la doctrina anterior, en aplicación de las SSTC 172/2021, de 7 de

octubre, RA 4119/2020 y 191/2020, de 17 de diciembre, RA 4121/2021, porque de no reconocerse la IP a estos jubilados anticipados “[...] y reconocérsela a jubilados anticipados por circunstancia distinta de la discapacidad, cuando la norma que disciplina el acceso a las prestaciones de incapacidad permanente, artículo 191 LGSS no establece distinción alguna respecto a las distintas modalidades de jubilación anticipada, y sin que exista ninguna razón objetiva que justifique tal interpretación, se estaría incurriendo en una discriminación por discapacidad proscrita por el artículo 14 de la Constitución y los artículos 4.2.c) y 17.1 ET”. **Doctrina que reitera la STS 21/12/2023, R. 3214/2022**

2. Grado de discapacidad.

2.1. Revisión por agravación y fecha de efectos.

Según la doctrina reiterada de la Sala, que aplica la **STS 20/04/2023, R. 196/2020**, la declaración de discapacidad por agravamiento retrotrae sus efectos desde la fecha de la solicitud de la revisión y no, por tanto, desde la fecha de nacimiento de la persona afectada o de la declaración de discapacidad inicial, de acuerdo con la interpretación literal del art. 10.2 RD 1971/1999 de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía (en su redacción dada por el RD 1856/2009, de 4 de diciembre), que establece que “el reconocimiento del grado de discapacidad se entenderá producido desde la fecha de la solicitud”.

2.2. Aplicación del baremo del RD 1971/1999 a situaciones preexistentes.

La Sala tiene dicho que cuando se incrementa el porcentaje de discapacidad por aplicación del nuevo baremo previsto en RD 1971/1999 a situaciones de discapacidad anteriores sin que las lesiones hayan experimentado cambio alguno, los efectos económicos se han de retrotraer a la fecha del primer reconocimiento. Así se viene sosteniendo en SSTS 19/12/2017 R. 3950/2015, 09/02/2021 R. 2382/2019, y se recuerda ahora en la **STS 09/05/2023 R. 3994/2020**.

2.3. Factores sociales complementarios.

Por su parte, la **STS 04/07/2023 R. 3218/2020** indica que cuando el porcentaje de discapacidad no alcanza el 25% no procede sumar los factores sociales complementarios a fin de fijar el porcentaje final, porque de la literalidad del art. 5 RD 1971/1999, de 23 de diciembre -y la de su precedente- se evidencia que el sumatorio del baremo correspondiente a los factores sociales complementarios -sobre edad, entorno familiar, niveles educativos y culturales, o situación laboral y profesional, así como otras situaciones del contexto habitual de la persona con discapacidad-, no es automático, sino que requiere un grado mínimo de discapacidad que el legislador ha situado en el 25%.