

Trabajo Fin de Grado

El régimen de curatela en la Ley 8/2021, sobre el apoyo a las personas con discapacidad

Autor:

Isabel Osés García

Director:

José Antonio Serrano

Facultad de Derecho; Universidad de Zaragoza

2021/202

Índice

Listado de abreviaturas	3
I. Introducción	4
I.1. Justificación.....	4
I.2. Planteamiento del problema.....	5
I.3. Objetivo general y específicos	6
I.4. Metodología	7
II. LA CURATELA COMO MEDIDA DE APOYO.....	7
II.1. Disposiciones generales	7
II.2. Nombramiento del curador	12
II.3. Ejercicio de la medida.....	15
II.4. Extinción de la curatela.....	16
II.5. Gastos asumidos para el ejercicio de las medidas de apoyo.....	17
II.5.1. Excusa para ejercer el cargo	19
III. AUTOCURATELA.....	22
IV. CRITERIO DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE EL REGIMEN DE CURATELA	25
IV.1. Supuesto de hecho	25
IV.2. Criterios de la doctrina jurisprudencial	25
V. CONCLUSIÓN	28
VI. BIBLIOGRAFÍA.....	32
VI.1. Doctrina	32
VI.2. Legislación	34
VI.3. Jurisprudencia.....	34

Listado de abreviaturas

Art.	Artículo.
AP	Audiencia Provincial.
BOE	Boletín Oficial del Estado.
CC	Real Decreto de 24 de Julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.
CE	Constitución Española.
CDPD	Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.
EM	Exposición de Motivos
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
LJV	Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.
LO	Ley Orgánica
MF	Ministerio Fiscal.
Núm.	Número.
OJ	Ordenamiento Jurídico.
ONU	Organización de las Naciones Unidas.
Págs.	Páginas.
RD	Real Decreto
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo.
TS	Tribunal Supremo.
Vol.	Volumen.

I. Introducción

I.1. Justificación

Uno de los temas más debatidos en la actualidad jurídica es la situación de personas con discapacidad, la cual siempre se ha regulado por el Código Civil en los arts. 199 al 201 (en adelante, CC)¹ y la Ley de Enjuiciamiento Civil² por los arts. 756 a 763 (en adelante, LEC); ambas normativas basadas en la incapacitación de este colectivo. No obstante, este tema también cuenta con una relevante normativa internacional, se trata de la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad (en adelante, CDPD)³.

Una vez aprobada en España la Convención implicó la necesidad de adaptar ciertas leyes que regulaban la situación de las personas con discapacidad a los principios instituidos por la referida norma internacional. De allí surge la aprobación de la reciente Ley 8/2021⁴, con la que se aplica la reforma normativa civil y procesal que regulaba la situación de las personas con discapacidad, y cuyas normas ahora han dado una nueva regulación a las medidas de apoyo y al ejercicio de la capacidad jurídica de este colectivo de personas.

Entre otros aspectos una de las finalidades de esta normativa se ve reflejada en su Exposición de Motivos (en adelante, EM) al señalar la necesidad de adecuar la normativa española a los principios que rigen la CDPD, esencialmente en lo relacionado a la capacidad jurídica de personas con discapacidad, dejando atrás el término de incapaz e instaurando el tratamiento en igualdad de condiciones y decidir en los aspectos de su vida como lo hacen el resto de los seres humanos, además, se establecieron algunos cambios en el proceso judicial para brindarles apoyo de tal manera que puedan tomar decisiones libremente cuando sea necesario⁵.

¹ Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Publicado en Gaceta de Madrid núm. 206, de 25/07/1889.

² Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Publicado en BOE núm. 7, de 08/01/2000.

³ Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad de Naciones Unidas, de 13 de diciembre de 2006, Nueva York. BOE N° 96, lunes 21 de abril de 2008. Disponible en <https://sid-inico.usal.es/la-convencion-de-la-onu-sobre-los-derechos-de-las-personas-con-discapacidad/#:~:text=La%20Convenci%C3%B3n%20sobre%20los%20Derechos,fue%20firmado%20por%208%20pa%C3%ADses.>

⁴ 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. Publicado en BOE núm. 132, de 03/06/2021.

⁵ ALVENTOSA DEL RÍO, J. “Primera sentencia del Tribunal Supremo sobre medidas de apoyo, pronunciada después de la publicación de la Ley 8/2021. Comentarios a la sentencia STS 589/2021, de 8 de septiembre”. Rev. Boliv. de Derecho N° 33. España.2022. p. 12.

En ese sentido, con una breve mirada a la normativa se percibe que se ha inspirado en la necesidad y deber de respetar la dignidad de las personas con discapacidad, a los fines de resguardar su derecho a la libre voluntad en los mismos términos previsto por mandato constitucional el art. 10⁶ de la Constitución española (en adelante, CE). Es así como la nueva Ley 8/2021 reforma varias leyes, en particular el Código civil, suprimiendo la figura de incapacitación, y modificando sustancialmente las instituciones tutelares entre ellas la curatela, que será básicamente el objeto de esta investigación.

Sustentados en el contexto anterior, la presente investigación se justifica en la necesidad de estudiar la curatela como la medida de apoyo más relevante para las personas con discapacidad, regidas por el principio del respeto a la autonomía, voluntad y preferencias. Permitiendo a este colectivo desarrollar plenamente su personalidad y capacidad jurídica en términos de igualdad.

De modo que, bajo los lineamientos establecidos por la precitada Convención, las personas con discapacidad ahora son titulares de derechos y ya no podrán ser cosificados, ahora su voluntad debe ser respetada y se debe procurar que tomen decisiones de forma autónoma.

I.2. Planteamiento del problema

Ahora bien, una de las instituciones más relevantes de las que fue objeto esta reforma es la curatela, y el mismo término define los fines perseguidos, apoyo, asistencia y ayuda para quien la requiera para hacer su voluntad.

De modo que esta institución es aplicable para las personas con discapacidad que requieran de forma periódica y continua el apoyo para cumplir su voluntad, solo que esta medida queda condicionada a la falta de otras medidas efectivas para proteger a las personas. En otras palabras, de acuerdo a lo establecido en el art. 42 Bis.b, de la Ley 15/2015 de Jurisdicción Voluntaria (en adelante LJD)⁷ la persona comparece ante la autoridad judicial y en su entrevista plantea su situación y se le exponen las medidas de apoyo de las que puede valerse, las cuales podrá recibir de cualquiera de su entorno social u otorgándole medida de apoyo

⁶ Constitución Española, Publicado en BOE núm. 311, de 29/12/1978.

⁷ Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. Publicado en BOE núm. 158

voluntaria. De esta forma es posible cerrar definitivamente su expediente si decide optar por cualquiera de las medidas de apoyo alternativas.

Esto nos lleva a suponer que es la principal medida de apoyo en el ámbito judicial para las personas con alguna discapacidad grave que requieren permanentemente de asistencia para desempeñarse jurídicamente, porque esta figura brinda protección discontinua pero constante, donde la voluntad de la persona no podrá ser suplida por la que no se autogobierna.

Sin embargo, en este punto se percibe deficiencias en la nueva regulación, porque pretendiendo brindar la máxima protección a la voluntad de la persona, ahora la curatela se ha convertido en tutela para aquellos que no están en capacidad de tomar decisiones por sí por sí mismos, es decir, una persona con graves trastornos mentales, a las que corresponde la aplicabilidad de la curatela representativa, pareciera que únicamente es la opción para las personas que definitivamente no están en capacidad de consentir, y estas personas muy bien pudieron quedar bajo la protección de la institución de tutela, y hubiera quedado acorde con la CDPD y al mismo tiempo se hubiera impedido la evidente contradicción de términos que presume la curatela, porque en realidad, esta solamente complementa, salvo en los casos de representación.

Esta y otras situaciones han generado dudas sobre la nueva regulación y alcance de la institución de la curatela, surgiendo entonces algunas interrogantes como si es ¿obligatoria la revisión periódica de la curatela, por la autoridad judicial competente? Y, si, ¿el ejercicio de la curatela debe ser retribuido?

I.3. Objetivo general y específicos

En ese sentido se plantea como objetivo general de la presente investigación el estudio y análisis del nuevo régimen de curatela planteado por la ley 8/2021, con la finalidad de aclarar las dudas que esta pudiera generar en la práctica, tomando como base para su análisis los criterios aportados por la doctrina y jurisprudencia.

Sin embargo, para cumplir con este objetivo y dar respuesta a las interrogantes planteadas, es necesario desarrollar de forma particular algunos aspectos de la institución de la curatela de forma más detallada, por lo que se establecen los siguientes objetivos específicos:

- Estudiar la curatela como medida de apoyo para las personas con discapacidad, con la finalidad de establecer el proceso de nombramiento, las características principales para el ejercicio y determinar las causales de extinción.
- Explicar conforme al criterio doctrinal si el ejercicio de la curatela debe o no ser retribuido
- Analizar el criterio del Tribunal Supremo sobre el régimen de curatela tras la reformada aplicada en su normativa.

I.4. Metodología

A los efectos de llevar a cabo la investigación se utiliza una metodología esencialmente sustentada en criterios jurídicos, desarrollada mediante el examen de estudios doctrinarios y jurisprudenciales, buscados en Google académico utilizando las palabras claves: curatela, ley 8/2021, personas con discapacidad y medidas de apoyo. Enfocando la exploración de fuentes a trabajos académicos, estudios científicos, jurisprudencia y legislación vigente.

No obstante, teniendo en cuenta el objetivo trazado para el proyecto de investigación, la práctica metodológica es orientada a la combinación de los diferentes criterios aportados por la doctrina y jurisprudencia para después con carácter deductivo, desarrollar el análisis de la normativa reguladora de la curatela, con la finalidad de dar respuesta a las interrogantes que hemos formulado.

II. LA CURATELA COMO MEDIDA DE APOYO

II.1. Disposiciones generales

Uno de los principales cambios percibidos en la nueva normativa no es solo en su contenido y regulación, sino en su misma redacción porque ha suprimido el termino incapacitación a cambio de un proceso judicial para proveer apoyo a las personas que lo requieran, y a pesar de no dejar claras las razones por las que hay que prestar apoyo a las personas para ejercer su capacidad jurídica, la norma solo alude a insuficiencias de voluntad en el art. 249, CC.

De este modo se observa en toda su normativa la expresión personas con discapacidad o que necesiten apoyo, sin embargo, no establece claramente cuando requiere del nombramiento de un curador, ni tampoco percibimos que es lo que pretende resolver el legislador con la entrada en vigor de esta nueva normativa⁸.

Lo relativo a la institución de la curatela es regulado con carácter general entre los arts. 268 a 270 del CC., señalando la necesidad de revisar periódicamente las medidas de apoyo al menos cada tres años a menos que por razones suficientemente motivadas establezcan su revisión en periodos superiores, pero no mayor a los a 6 años, dejando abierta la posibilidad de realizarlo en menor tiempo si se producen cambios de la situación.

Suponemos que este señalamiento indica la obligatoriedad de revisión de resoluciones judiciales, dando a la medida mayor flexibilidad y la oportunidad de ajustar las circunstancias a los posibles cambios. Además, es una de las novedades palpables en comparación con el régimen anterior, donde la posibilidad de revertir la medida de incapacitación era anecdótica, porque la declaración de incapacidad de una persona se caracterizaba por su perpetuidad, dejando al margen la posibilidad de cambios de cualquiera de las circunstancias, y el control patrimonial se efectuaba a través de rendición de cuentas anuales sustanciadas por piezas separadas de jurisdicción voluntaria.

No obstante, el régimen de curatela es aplicable siempre y cuando no haya otra medida de apoyo suficiente, siendo las autoridades judiciales el órgano competente para precisarla. Solamente en casos excepcionales y necesarios se nombrará un curador con carácter representativo, y bajo ninguna circunstancia se podrá privar injustificadamente a la persona con discapacidad de los derechos atinentes al ser humano art. 269 CC⁹.

De la misma forma se ha establecido la provision de medidas de control a los fines de garantizar el ejercicio de los derechos y la voluntad de las personas que requieran de **apoyo**,

⁸MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., “Autonomía, apoyos y protección en la reforma del Código Civil sobre discapacidad psíquica”, Líneas básicas de la reforma legal española en materia de discapacidad psíquica. *Diario La Ley* Nº 9851, de 17 de mayo de 2021, Ed. Wolters Kluwer; España. p. 36 y 37

⁹ CUERVO MIGUÉLEZ, L. “El nuevo tratamiento de la discapacidad en la reforma introducida por la Ley 8/2021”. Universidad de Oviedo. España. 2022 p. 34 y ss.

y el deber de informar de su situación patrimonial y personal cuando el Ministerio Fiscal o autoridad judicial lo exijan¹⁰.

Ahora bien, para entender porque el legislador decide optar por el régimen de curatela es necesario acudir a las medidas legislativas relacionadas con la capacidad, las cuales fueron transpuestas a nuestro ordenamiento jurídico de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, CDPD).

Una vez fue ratificada la CDPD en España, surgen las críticas por la institución tutelar para las personas con algún tipo de discapacidad intelectual, especialmente en el tema de incapacitación. Porque con el régimen anterior, los jueces tenían todo el control y nuestro derecho privado no se ajustaba a los principios que rigen la CDPD, pues chocaba la subsidiariedad de la protección con la primacía que ahora se otorga a la autonomía de voluntad para las personas con discapacidad¹¹.

Además, tal como lo manifestó el TS, a las personas con alguna enfermedad psíquica se les debía proveer de protección, pero sin tener que anularlos o excluirlos¹². Es entonces cuando queda en evidencia que el ordenamiento jurídico español exigía cambios pues se caracterizaba por un contenido normativo paternalista que dejaba al margen la autonomía de las personas con discapacidad y aun cuando España ya había ratificado en el 2007 la CDPD, mantenía un régimen excluyente, sustentado en evaluaciones regidas por modelos médicos de discapacidad, que no dejaban margen de ajustar razonablemente medidas de inclusión¹³.

Junto a este inconveniente merece la pena resaltar el tema de la interpretación ortodoxa, en el sentido del criterio sustentado en suprimir las diferencias existentes entre la capacidad jurídica y la capacidad de obrar, pues con la nueva ley 8/2021, la norma le reconoce al colectivo de personas con discapacidad la personalidad jurídica que todo ciudadano posee, y podrá manifestarla en igualdad de condiciones tal como lo señala la CDPD.

¹⁰ CUERVO MIGUÉLEZ, L. op. cit., p. 37.

¹¹ DE PABLO CONTRERAS, P. “Resoluciones judiciales que modifican la capacidad de obrar” en *Derecho de la persona, Curso de derecho Civil 1*, Volumen 2, 5ª edición. Universidad Complutense de Madrid. España. 2016. p.135.

¹² STS 282/2009 del 29 de abril de 2009, (Sala 1ª de lo civil) Rec 1259/2006 de 29 de abril de 2009

¹³ Informe de investigación de la ONU con respecto a España en relación con el art. 24 de la CDPD. Compilación y resumen. Publicado en 2017 y consultado el 12 de mayo de 2022. Disponible en: <https://www.fundacionunicap.org/informe-onu-inclusion/>

Por esta razón la idea va dirigida a implementar un nuevo régimen en los mismos términos que establece el art. 12.3 de la CDPD, dejando sentado que no se trata de un proceso para incapacitar a las personas con discapacidad ni que suprima su personalidad jurídica, sino proveerlo de apoyo para que ejerza su capacidad jurídica como precise¹⁴.

En el contexto de estas ideales globales con relación a la interpretación ortodoxa, es posible afirmar que las distinciones entre capacidad mental y jurídica se basan en dos aspectos relevantes: Por una parte la CDPD, a través del art. 12 alude a las deficiencias de capacidad mental, indistintamente que sean reales o falsos, expresa que no pueden ser utilizados para negar o justificar la capacidad jurídica; Por otro lado, se manifiesta que la capacidad mental de las personas no se trata de un fenómeno natural o científico, sino que está sujeto al contexto político y social, así como la práctica de la profesión médica la cual juega un rol determinante al momento de su evaluación.

Sin embargo, hasta que ley 8/2021 entra en vigor, el ordenamiento jurídico español reconoce la capacidad jurídica como la capacidad de obrar de las personas,¹⁵. La capacidad jurídica es entendida como la aptitud de las personas para ser titulares de deberes y derechos, de modo que por el solo hecho de ser persona tiene capacidad jurídica, mientras que la capacidad de obrar, es la aptitud para llevar a cabo actos jurídicos de forma eficaz, es decir, la idoneidad para ejercer sus derechos y cumplir con sus deberes, bien sea de forma plena o con ciertas limitaciones porque la persona no puede por sí mismo llevar a cabo actos jurídicos eficazmente¹⁶.

Bajo estas premisas se puede afirmar entonces, que los seres humanos por el simple hecho de ser personas tienen capacidad jurídica porque son titulares de derechos y obligaciones. No hay motivos para suprimirla o limitarla a menos que sea porque este fallezca. Ahora, la aptitud para llevar a cabo actos jurídicos en ejercicio de sus deberes y derechos, es la capacidad de obrar.

¹⁴ MONTAÑES GARAY, L. *Curatela como principal medida de apoyo de origen judicial en el ordenamiento jurídico español*. Universidad de Zaragoza. España. 2021. p. 8.

¹⁵ FERNÁNDEZ DE BUJAN, A., “Capacidad, discapacidad. Incapacitación: Modificación judicial de la capacidad”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, N° 23, España. 2011, pp. 53.

¹⁶ DÍEZ-PICAZO; GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, Vol. I,

En el Derecho español, el principio general es la presunción de capacidad de las personas y su excepción es modificar la capacidad a través de una resolución judicial que determina su estado civil. Por lo tanto, la capacidad de obrar se puede graduar pero la capacidad jurídica no, porque en el caso de menores de edad su capacidad de obrar es menor que la de los mayores de edad; al igual que las personas con capacidad modificada que se les ha graduado la capacidad de obrar, pero esta graduación no afecta su capacidad jurídica porque siguen siendo titulares de derechos solo que al ser modificado su ejercicio, la propia resolución judicial deberá indicar en que forma podrá ejercerlos conforme a sus necesidades¹⁷.

De modo que la capacidad de obrar de las personas si puede ser limitada lo cual impide tomar ciertas decisiones a su libre albedrío, consciente y responsablemente. Por ello la capacidad de obrar de todas las personas no es la misma, y es la razón por la que estas limitaciones se sustituyen con la designación tuitiva y quien la ejerza se encargará de tomar gran parte de las decisiones personales y patrimoniales de esa persona, y por la experiencia en la práctica, tales decisiones ni siquiera le eran consultadas, porque la intención de la tutela estaba basada en proteger a quienes tenían su capacidad modificada¹⁸.

En este contexto las funciones tutelares con sujeción al art. 215 del CC, generalmente se sustenta en sustituir para decidir por estas personas con capacidad de obrar limitada, quedando sujetas al sistema tutelar. No obstante, es allí cuando este régimen queda obsoleto con la Ley 8/2021 proveyendo de medidas de apoyo a las personas con discapacidad¹⁹.

En consecuencia, proveer de medidas de apoyo a las personas con discapacidad para ejercer su capacidad jurídica no tiene por qué estar sujeta a evaluar su capacidad mental²⁰. En ese sentido, se puede afirmar que este nuevo régimen de la curatela es de carácter asistencial, a pesar de que en ocasiones sea necesario atribuir al curador facultades de representación.

¹⁷ GULLÓN BALLESTEROS, A., “Capacidad jurídica y capacidad de obrar, en los discapacitados y su protección jurídica”. Edición Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, pp. 13 y 14.

¹⁸ GORDILLO CAÑAS, A., *Capacidad, incapacidades y estabilidad de los contratos*, ediciones Tecnos, Madrid, 1986, p. 199 y ss

¹⁹ SÁNCHEZ HERNÁNDEZ., A “Consideraciones sobre la reforma de la legislación civil en materia de discapacidad: de la incapacitación al apoyo”. REDUR. España. 2021. p. 106, 107 y 108.

²⁰ MARTINEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., “Curatela y representación: cinco tesis heterodoxas y un estrambote”, en *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la CDPD en materia de discapacidad*, Ediciones Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019.p 37

II.2. Nombramiento del curador

A los efectos de la designación del curador, la normativa civil la ha previsto en los arts. 275 al 281 del CC. Lo primero a considerar en el momento de la designación es la voluntad de la persona con discapacidad, constatar si es ella quien la ha propuesto o ha manifestado personas que deben ser excluidas para su ejercicio. De lo contrario la autoridad judicial procede al nombramiento del curador.

No obstante, conforme a lo previsto en su regulación se exigen algunos requisitos para el ejercicio de la curatela: a) ser mayor de edad, pueden ser designadas personas físicas o jurídicas y será la autoridad judicial quien valore y determine que sea la persona idónea para ejercerlo, las personas jurídicas pueden ser públicas o privadas, en todo caso se toma en cuenta que estas promuevan la autonomía y asistencia a las personas y que no tengan fines lucrativos²¹ (art. 275 del CC)

El mismo art. 275 del CC menciona las personas que no pueden ser designadas como curador: aquellos sobre los que pese antecedentes de condenas por la comisión de un hecho punible, quienes tengan intereses en conflicto con la persona que requiere de la medida de apoyo o aquel que haya resultado culpable en concurso de acreedores; que la persona que requiere de apoyo haya manifestado que no quiere de su designación, que la persona con anterioridad haya sido removida del ejercicio de una medida tutelar²².

De acuerdo a lo establecido en el art. 276 del CC, se debe seguir el orden dispuesto para la designación del curador, salvo que la autoridad judicial después de escuchar a quien precise de la medida haya propuesto persona para ejercer el cargo, a menos que concurran situaciones de las establecidas en el segundo párrafo del art. 272.

Pero si la persona con discapacidad no ha propuesto persona, corresponde a la autoridad judicial nombrar al curador, teniendo en cuenta el siguiente orden de prelación: el cónyuge o persona que conviva con precise de tutela, uno de sus descendientes, dándole prioridad a aquel que conviva con la que precise la medida, uno de sus padres, bajo la misma norma de prevalencia que los hijos; la persona que este ejerciendo de guardador de hecho, puede ser

²¹ BERROCAL LANZAROT, I. “La autocuratela como medida voluntaria de apoyo tras la reforma operada por la Ley 8/2021, de 2 de junio”, *Sección Persona y derechos*, N.º.9, 2021, p.19.

²² CUERVO MIGUÉLEZ, L. “El nuevo tratamiento de la discapacidad en la reforma introducida por la Ley 8/2021”. Universidad de Oviedo. España. 2022. p. 37.

algún familiar; y, persona jurídica en los términos antes descritos. En el entendido que las razones que inhabilitan a las personas físicas también se aplican a la persona jurídica²³.

En ese sentido se observa que, con esta nueva normativa, la prioridad es la voluntad manifiesta de la persona que precisa la medida de apoyo a menos que existan razones que la autoridad judicial considere no son beneficiosas para esta. En todo caso su decisión al respecto debe estar debidamente argumentada. Pues es posible que la persona con discapacidad al momento de proponer a determinada persona desconocía de circunstancias graves que pudieran afectarle con su designación.

De ser este el caso, entendemos que la autoridad judicial, podrá restar valor a la propuesta de la persona con discapacidad, porque así se desprende de la lectura del art. 275 en su primer párrafo, señalando que la idoneidad para ejercer el cargo de curador es valorada por la autoridad judicial. Aquí se percibe insuficiencia en la redacción en la norma, a mi criterio es ambigua, y mantiene parte de la postura de la redacción derogada, otorgando a los jueces la libertad de decidir o ajustarse en la medida de lo posible a la norma. En otras palabras, escucha la propuesta de la persona con discapacidad, pero sí a su criterio esta persona no es apta para el cargo de curador, podrá elegir al siguiente en la lista.

De modo que se perciben claramente algunas lagunas, le tocará en todo caso a la jurisprudencia, interpretar o valorar el sentido literal de este precepto, lo cual no deja de crear inseguridad jurídica al momento de aplicarla.

Mas adelante en el art. 277 del CC alude a la posibilidad de designar a varios curadores conforme a las necesidades de la persona que requiere la medida. Asimismo, manifiesta la retribución del cargo de curador cuando el patrimonio de la persona con discapacidad es accesible a ello, e, igualmente el reembolso por concepto de gastos debidamente justificados²⁴.

En todo caso la norma admite que, en caso de la designación de varios curadores, la persona que precisa de la medida de apoyo podrá proponer un curador para su asistencia personal y otro para ocuparse de sus bienes patrimoniales. Finalmente es el juez competente quien

²³ MONTAÑES GARAY, L. op. cit. p. 12.

²⁴ CUERVO MIGUÉLEZ, L. op.cit. p. 38.

decide como serán ejercidos los cargos, pero siempre teniendo en cuenta la voluntad de la persona que precise apoyo.

Sin embargo, una vez se haya designado al curador, este podrá ser removido de su cargo, de oficio por el juez competente, y de ser necesario por la propia persona que precisaba de la medida mediante autorización. También podrá ser removido por el Ministerio Fiscal si este tiene conocimiento del caso o si por otras razones exija removerlo con inmediatez de sus funciones de curador (art. 278 del CC).

No obstante, se han establecido causas legales para la remoción del curador, entre las que se puede mencionar el hecho de que el curador haya incurrido en alguna de las causales prevista para su inhabilitación después de ser designado; cuando se demuestre no cumplido con las obligaciones asumidas para el desempeño del cargo; si existen inconvenientes graves y continuos en la relación de convivencia entre la persona que requería de la medida de apoyo con el curador designado.

Si en estos inconvenientes de la relación convivencial incurre en faltas de responsabilidad en sus funciones como curador deberá responder por los daños causados por negligencia. A efectos jurídicos, dicha responsabilidad prescribe cumplidos tres años contados a partir de su rendición de cuentas²⁵.

En tal sentido su remoción podrá ser solicitada por cualquiera de las circunstancias antes previstas, durante los 15 días después de su designación, aunque si las situaciones resultan sobrevenidas, podrá solicitarse en cualquier momento a través de la apertura de expediente de jurisdicción voluntaria.

No obstante, es necesario resaltar que después de analizar las normas antes descritas observar el carácter extraordinario impuesto a las personas jurídicas que pretendan ejercer la curatela, con respecto a la exigencia de no tener fines lucrativos, pareciera contradictorio, porque igualmente podrá ser retribuido por su desempeño. Además, no parece que su redacción estuviere influenciada por el art. 12.4 de la CDPD, no parece razonable solicitar el desempeño de una curatela personal y patrimonial sin fines de lucro, porque finalmente es una labor compleja que exige dedicación. En todo caso lo ideal es que se hubiera planteado establecer

²⁵MUNAR BENAT, P. “La curatela: Principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con Discapacidad”, publicada en Revista [electrónica] de Derecho Civil, Vol V, N°. 3. 2018. España. p.129.

medidas de control durante su desempeño a los fines de constatar que la curatela patrimonial se ejerce con eficacia y responsabilidad.

II.3. Ejercicio de la medida

Con relación a las particularidades más relevantes en el desempeño de funciones del curador, se percibe que su normativa reguladora esta ciertamente inspirada en los principios que rigen la CDPD. Por su parte nuestro CC la prevé en los arts. 282 al 290 respectivamente.

Ahora bien, una vez sea designado el curador por el juez competente, ya estará en condiciones de tomar posesión de su cargo frente al letrado de administración de justicia, comprometiéndose a desempeñar sus funciones de asistencia respetando siempre la voluntad y opinión de la persona con discapacidad, procurando y promoviendo la autonomía de la persona.

No obstante, si ocurren circunstancias sobrevenidas y el curador no puede desempeñar sus funciones, el letrado de administración de justicia deberá sustituirlo designando un defensor judicial, pero siempre escuchando la voluntad y opinión de la persona objeto de curatela. Si se tratare de conflictos de intereses continuos, el juez competente escucha a la persona con discapacidad y al Ministerio fiscal, para después celebrar audiencia a los fines de redefinir los nuevos términos de la curatela o designar otro curador (art. 282 del CC).

Igualmente, en los casos que lo considere pertinente, las autoridades judiciales podrán constituir fianza, determinar el total de la cuantía y los términos de su prestación, dando la posibilidad que en cualquier momento esta sea objeto de cambios o simplemente dejarla sin efecto.

En términos muy similares se ha configurado una garantía a los fines de brindar protección al patrimonio de la persona, en aquellos casos en que la curatela admita amplias facultades representativas, Esto es, por ejemplo, en un supuesto excepcional donde al curador se le exige realizar inventario del patrimonio a la que prestara apoyo en un periodo de sesenta días contados a partir de que la curatela haya quedado constituida. De modo que observamos que el legislador ha mantenido esta protección en los mismos términos que establecía el anterior art. 262 del CC. Dejando claro que, si el curador no llegare a presentar el inventario exigido,

quedara entendido que renuncia a los créditos que pudiera tener contra la persona que ha precisado de su apoyo²⁶.

No obstante, la norma resalta la necesidad de autorización judicial por parte del curador a los efectos de realizar algunas de las actuaciones de carácter patrimonial previstas en el art. 287 del CC. En ese sentido, el TS expresa que la necesidad de exigir dicha autorización se funda en la idea de tener en cuenta las preferencias y voluntad de la persona bajo curatela, por lo que debe estar en conocimiento de lo que se pretenda hacer con su patrimonio, y recuerda así el Tribunal que la curatela más que una medida complementaria de capacidad de la persona, va dirigida a garantizar que los actos realizados por los curadores, siempre sean en interés de la personas, en atención a su conveniencia y necesidades, de modo que debe escuchar la opinión de la persona y del ministerio fiscal²⁷.

II.4. Extinción de la curatela

De conformidad con la nueva redacción del art. 290 del CC, la curatela se puede extinguir de dos formas:

1. En primer lugar, la extinción se produce tácitamente cuando la persona objeto de curatela fallece. Es decir, actúa de pleno derecho, por lo que anula su constitución, porque la capacidad jurídica de la persona que exigía prestación de apoyo se extingue con su fallecimiento, de modo que no hay razones para continuar ejerciendo funciones de dicha institución²⁸.
2. En segundo lugar, tenemos la posibilidad de que la persona que precisaba de apoyo ya no la requiera por estar presente alguna de las razones que justifican el ejercicio de esta institución. Por una parte, tenemos el factor tiempo, recordemos que esta es objeto de revisión en un periodo que no puede superar los tres años, si llegada su oportunidad se considera que ya no es necesaria la medida, la autoridad judicial competente la podrá declarar extinguida.

²⁶ CUERVO MIGUÉLEZ, L. op.cit. p. 38.

²⁷ STS 2/2018, 10 de enero de 2018, (Sala 1ª de lo civil) Rec 2111/2015

²⁸ MUNAR BENAT, P., op. Cit. p. 130

Una vez se declare formalmente la extinción de la institución, el curador debe rendir cuentas y justificar su administración y acciones durante el ejercicio de sus funciones. Para esta rendición de cuentas el curador se le otorga un plazo de tres meses, el cual podrá ser prorrogado si este manifiesta las razones. En ese sentido la norma señala, que los curadores además de rendir cuenta de su actuación periódicamente en base a lo exigido por la respectiva autoridad judicial, también deberá hacerlo de forma general cuando cesen sus funciones. Aunque la norma establece el periodo de tres meses para la rendición, susceptible de prórroga; se establece el deber al curador de presentarla antes de los cinco años, lapso que comienza a correr desde el día siguiente de vencer el plazo para resolverlo. (art. 292 del CC).

No obstante, antes de aprobar la rendición de cuenta presentada por el curador, la autoridad judicial debe oír a la persona sujeta a la medida o en defecto, a sus herederos si la persona ha fallecido. Además, se establece que el hecho de que la autoridad judicial apruebe la redención de cuenta presentada, no impide a las partes o causahabientes ejercer futuras acciones que pudieran asistirles de forma recíproca (art. 292 del CC)²⁹.

II.5. Gastos asumidos para el ejercicio de las medidas de apoyo

Una de las novedades más significativas incorporadas por el CC, es excluir la institución de la tutela como una de las alternativas para prestar apoyo a las personas con discapacidad, dejando esta figura reservada únicamente para brindar protección jurídica al menor.

En este aspecto, desde hace algunos años, la jurisprudencia se inclinaba por darle mayor protagonismo a la curatela frente a la tutela, buscando que esta última quedara de forma excepcional para casos evidentes de «incapacidad total». Esta inclinación jurisprudencial se sustentaba en que la designación de los curadores no debía quedar limitada solo a efectos de carácter patrimonial, sino que debía abarcar funciones de carácter asistencial, lo cual era necesario analizar y considerar, pues esta figura exigía ser ajustada a los principios y normativas establecidos en la Convención de Nueva York. Este criterio jurisprudencial es sostenido por el TS en algunos de sus fallos³⁰.

²⁹ MONTAÑES GARAY, L. op. Cit. p. 15.

³⁰ STS 2191/2018 del 15 de junio de 2018. (Sala de lo Civil). Rec. 2122/2017/ STS 244/2015, 13 de mayo de 2015 (Sala Primera, de lo Civil) Res. 244/2015.

Desde entonces nuestra normativa ha progresado y ahora una de las instituciones prioritarias en materia de apoyo y asistencia a las personas con discapacidad es la curatela, caracterizada por ser una figura judicializada y estable que en términos similares ha venido a remplazar la anterior tutela³¹.

En ese sentido entre las medidas voluntarias, especialmente mandatos preventivos y poderes, se establecen en este reciente articulado con carácter preferencial con relación a las demás instituciones, todo con la finalidad de promover y reconocer la importancia de respetar la voluntad de la persona.

Ahora bien, con relación a los gastos y pagos generados por el ejercicio de la curatela, contamos con un criterio unificado para su tratamiento. De conformidad a lo previsto en el art. 266 del CC, para las tres instituciones judiciales se ha reconocido que los gastos generados por su ejercicio, serán respaldados con el patrimonio de la persona que precisa apoyo: Por ejemplo, para el guardador de hecho lo prevé el mencionado art, 266 del CC, en cuanto al curador lo reseña el art. 281 del CC, y esta última también es aplicada para el defensor judicial por envío de los arts. 297 y 298 referida al curador.

Sin embargo, el CC remite a los preceptos de curatela para casos específicos: remoción y excusa para ejercer el cargo, inhabilitación, deber de respetar y reconocer la voluntad de la persona que precisa apoyo (art.297 del CC) y, también para los supuestos de dispensa de venta en subasta pública (art.298 del CC). Pero, hay otros supuestos que la norma no ha previsto en estas dos últimas normas citadas, por lo que se percibe un vacío legal en este aspecto.

Ahora, si la aplicamos por analogía, suponemos que lo conduce a acudir a la normativa prevista para la curatela, y así solucionamos de forma adecuada, por ejemplo, con el defensor judicial, que cuenta con buena regulación, y que no, es más, que la misma curatela. Nos atrevemos a plantearlo de esta forma porque no solo percibimos la remisión a los art 297 y 298 respectivamente, sino en los motivos de su identidad³² (aplicada al defensor judicial en

³¹ CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, S., “La curatela: ¿una nueva institución?”, en *Pereña Vicente, Montserrat, Heras Hernández, María del Mar, El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio*, Ediciones Tirant lo Blanch, Valencia 2022, p. 219.

³² MARTÍN AZCANO, E., “El defensor judicial de la persona con discapacidad”, en *Pereña Vicente, Montserrat, Heras Hernández, M, El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio*, Ediciones Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 305.

los mismos términos que establece para el guardador de hecho en el art.266 del CC y para la figura del curador en el art.281; con respecto al pago de gastos debidamente justificado y la posible indemnización de daños sufridos ajenos a su actuación), la semejanza con relación a los fines de las dos instituciones, en los términos que lo refleja en el art. 4.1 del CC³³ .

A la par, es reconocida al curador la oportunidad de solicitar ser indemnizado por daños y perjuicios, si resulta afectado sus intereses durante el desempeño de sus funciones sin que se le pueda atribuir ningún tipo de responsabilidad o que estos sean consecuencia de la prestación de apoyo. Ahora en el caso que las medidas de apoyo fueren previstas de forma voluntaria, si no se manifiesta la asunción de gastos, se debe resolver en las mismas condiciones aplicadas a las demás figuras constituidas por mandato legal.

De modo que hay que resaltar el reembolso de gastos como una las recientes concreciones logradas con la nueva normativa. Anteriormente el CC no establecía de forma expresa el pago de gastos por el ejercicio de la tutela o curatela, solamente aludían a este aspecto los arts. 265 y 281, y se refería a los gastos derivados ante la necesidad de hacer inventario y aquellos indispensables para cumplir con los deberes atinentes a la rendición de cuentas que deberían ser cancelados del patrimonio de la persona asistida.

Ahora con la reciente normativa, el CC no establece esta limitación de gastos para realizar el inventario porque con la nueva norma del art. 285, ya ha quedado expresamente establecida esta obligación o, en el caso rendición de cuentas, en el actual art. 293 del CC, pero además abarca de forma general el pago de gastos debidamente justificados, términos que, a pesar de ser amplios, no concreta a que gastos se refiere concretamente.

II.5.1. Excusa para ejercer el cargo

La terminología empleada en los artículos 266 y 281 del CC alude de forma literal al «reembolso de gastos», de modo que corresponde a los curadores designados para el ejercicio de la medida quienes deben precisar el pago de estos cuando sea necesario. Posiblemente la forma de redacción sea indicativa para las personas tanto físicas como jurídicas de que al

³³ VALLET DE GOYTISOLO, J., “Metodología de la Determinación del Derecho II” (Parte Sistemática), Volumen 2. Edit. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1996. p. 178-182

iniciar el desempeño de funciones del cargo resulten estar en una situación económica comprometida, o enfrenten alguna repentina.

No obstante, es necesario considerar la posibilidad de tener que anticipar capital, sea de forma ordinaria o extraordinaria, podría implicar dificultades o impedimento para ejercer de forma efectiva sus funciones. Especialmente, en la situación actual que a nivel mundial nos ha tocado enfrentar con la crisis económica suscitada por la crisis sanitaria derivada del Covid-19.

Situación que cabe mencionar dado que estas circunstancias eventuales deberían ser consideradas como motivos de excusa para ejercer la curatela y otorgar a los curadores la posibilidad de desistir a su designación cuando no cuente con los recursos suficientes para su desempeño efectivo. Es posible esta causal de excusa al leer e interpretar el art. 279 del CC, el cual continua con la dinámica sostenida anteriormente con la figura del tutor (antiguo art. 251 del CC, evidentemente con ciertos cambios. Acudamos directamente a la norma y analicemos a continuación:

Empecemos revisando el reciente art. 279 del CC, en el cual el legislador acepta la excusa de los curadores cuando durante el ejercicio de sus funciones implique para este una dificultad grave prestar apoyo y asistencia a la persona objeto de la medida. Lo que percibo en esta redacción es que no concreta que tanto puede abarcar una dificultad grave, es decir, no hay una delimitación específica. En otras palabras, la precitada norma no detalla las situaciones gravosas que impliquen una dificultad para el curador, en cambio el antiguo art. 251 del CC sí concretaba las causales para excusar el ejercicio de la tutela (edad, ocupación profesional o personal, enfermedades e inexistencia de entre la persona tutelada y tutor). Ahora estos detalles explícitos se obviaron y se ha limitado a referir como excusa genérica dificultades graves.

No obstante, tanto la antigua redacción como la reciente del CC, han establecido como motivo de excusa para el curador, la falta de «medios suficientes», aplicable para el caso de curadores designados que sean personas jurídicas. Aunque la normativa actual limita a las personas jurídicas privadas, supuesto que no contenía el CC anterior.

Sin embargo, al interpretar la anterior redacción del art. 251.2 y el actual 279.2 del CC entendemos que la falta de «medios suficientes» solamente se refiere a las personas jurídicas

privadas, es decir, curador o tutor, dependiendo de la normativa interpretada, pero cuando aludimos a la excusa de «grave dificultad» es aplicable a otros casos diferentes, y puede ser persona física o jurídica³⁴.

Hasta este punto no hay dudas, pero el recoger en la misma norma ambas razones para excusar el ejercicio del cargo (graves dificultades y falta de medios suficientes), a pesar de que fueron redactados en párrafos distintos, nos lleva a suponer que es una norma integral. De modo que hay que entender que la falta de medios suficientes no se reduce al ejercicio del cargo del curador por una persona jurídica; mientras que la falta de medios suficientes debería ser aplicada sin distinguir quien ejerza el cargo (física o jurídica), sino en el hecho de que no cuenta con recursos económicos para su ejercicio, y en esta situación deberá estar sustentada la excusa para ejercerlo.

En ese sentido, entendemos que, en el término de dificultad grave, descrita en el art. 279.1 del CC abarca esta situación, y con respecto a la falta de medios suficientes, se puede considerar un motivo para solicitar el cese de la medida o excusa para la designación del cargo de curador sea persona física o jurídica.

Ahora bien, sea cual fuere el caso, el legislador ha reconocido que, para ejercer el cargo de curadores, implica en ocasiones, realizar un desembolso económico inicialmente, y más aún si le corresponde hacer inventario, así como durante el desempeño de sus funciones hasta que presta la medida a la persona que la precisa, e indudablemente esto deriva en una significativa para quien resulte designado.

Otro aspecto a destacar en este punto, es que tanto la norma anterior como la reciente, si bien aluden a la falta de medios suficientes con relación a las personas jurídicas como excusa para ejercer el cargo, la nueva redacción del art 279.2 del CC, limita el caso exclusivamente a las personas jurídico privadas.

Habría que determinar entonces a que se debe esta especificación tan concreta, porque si la idea es confrontar a las personas jurídico-privadas con las personas jurídico-públicas, es razonable la mención concreta de personas jurídico-privadas, porque si lo concreta por las

³⁴ DIAZ PARDO, G., “Retribución y gastos derivados del ejercicio de la medida de apoyo a la persona con discapacidad. Nuevas perspectivas tras la Ley 8/2021 de 2 de junio, de reforma de la legislación civil y procesal”. Publicado en la Revista de Derecho Civil vol. IX, núm. 1, España. 2022. p.109.

personas jurídico- públicas no parece lógica la referencia pues entiendo que los recursos económicos debido a que los recursos económicos deben ser suficientes y suministrados por ser de carácter público.

Lo cierto es que no entendemos que esta reciente normativa no se alude expresamente a esta causal para excusar el ejercicio del cargo de personas físicas, la cual es perfectamente posible y común en la práctica, si tomamos como referencia la lista de personas preferentes para la designación judicial del cargo de curador, las personas jurídicas ocupan el último lugar (art. 276.7 del CC).

Sin embargo, el no aludir a las personas físicas en el art 279.2. del CC no es motivo para excluirlas de la aplicabilidad de la excusa para el cargo, porque si recordamos el carácter integral de la norma, la falta de medios económicos suficientes quedaría incorporado en el primer apartado que hace referencia a las dificultades o situación gravosa para los curadores³⁵.

III. AUTOCURATELA

La autocuratela es una medida que cuenta con su propia normativa reguladora a través de los arts. 271 al 274 del CC, es considerada una medida de naturaleza compleja, en ocasiones calificada como una prestación de apoyo de carácter institucional e integral de la curatela.

No obstante la autocuratela, es definida como una manifestación de voluntad del beneficiario, (personas físicas, mayores de edad o menores emancipados) que ante la posibilidad de enfrentar una situación de discapacidad, prevé solicitar apoyo continuo, y solicita la medida de curatela para ejercer de forma adecuada su capacidad jurídica en condiciones de igualdad como el resto de las personas; pero también la podemos definir como una medida institucional que brinda protección jurídica, después de que la persona que la precisa manifiesta su voluntad de adquirirla a la autoridad judicial competente, quien después de establecer parámetros y límites de duración declara la curatela mediante resolución judicial³⁶.

³⁵ DIAZ PARDO, G., op.cit. p. 110.

³⁶ LÓPEZ SAN LUIS, R: “El principio de respeto a la voluntad de la persona con discapacidad en la Convención de Nueva York y su reflejo en el anteproyecto por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad” publicado por Indret, núm. 2, 2020, p.111-138

A los efectos de otorgar esta medida, la persona que la precise deberá manifestar su voluntad mediante documento público, en el cual quedaran previstos las personas que propone para el ejercicio del cargo, identifica personas que no quiere para ser su curador, establecimiento de parámetros de carácter administrativo para su patrimonio y asistencial personal, pautas para el pago del cargo de curador y cualquier tipo de medidas de control y vigilancia que consideren pertinentes.

En este sentido, las autoridades judiciales le dan gran relevancia a la voluntad de la persona cuando manifiesta a personas que no desea ejerzan el cargo de curador, pero respeta la propuesta de las personas, a menos que existan motivos fundados que supongan no designar algunas de las personas propuestas. Salvo en estos dos aspectos, los jueces no revisan ni hacen objeción a las medidas establecidas por la persona que precisa de apoyo.

Para el otorgamiento de esta medida, la reciente normativa le da mayor participación al Notario, quien ahora colabora con los Fiscales, pues si en revisión de la medida observa alguna irregularidad o deficiencias, le comunica al MF al respecto, con la finalidad de subsanar las posibles deficiencias, y de ser necesario complementar las medidas de apoyo, sin menospreciar la asistencia del defensor judicial. En ese sentido, surge la duda, pues si la norma admite la modalidad de instrumento público, posiblemente está dando cabida a su otorgamiento por representación. Porque debió dejar claro al inicio del art. 274 del CC que, cuando alude a la declaración de voluntad en los preceptos anteriores, enfatizar en el carácter personalísimo de su emisión por mismo legitimado.

No obstante, al juez competente le corresponderá verificar en el Registro Civil si consta certificación de manifestaciones de voluntad con la finalidad de otorgarle primacía a la autocuratela ante cualquier otra medida. Sin embargo, es necesario determinar en qué medida afectan la regulación prevista para la curatela a la autocuratela, en otras palabras, es necesario aclarar la prevalencia de la voluntad del declarante sobre la normativa prevista con carácter general a la curatela³⁷.

En ese punto, el art. 272 del CC es claro al señalar que la autoridad judicial siempre queda vinculada con las declaraciones realizadas por la persona que precisa apoyo, salvo en casos muy concretos. Por su parte el art. 12.4 CDPD es muy claro al establecer los motivos para

³⁷ CUERVO MIGUÉLEZ, L. op.cit. p. 35.

darle prioridad a la voluntad de la persona, cuando expresa que al proteger las previsiones del declarante estamos asegurando que al ejercer su capacidad jurídica estamos respetando sus derechos, preferencias y voluntad.

En cambio, si tomamos en cuenta lo señalado en el art. 272 del CC, las excepciones aplicadas al principio dispositivo se sustentarían en los requerimientos imperativos que la CDPD sí exige: falta de proporcionalidad, conflicto de intereses e influencia indebida, medidas aplicadas más allá del periodo más corto, medidas no ajustadas a las necesidades de la persona que las precisa, sujetas a revisión periódica de la autoridad competente y que sean proporcional al grado de afectación de los intereses y derechos de la personas.

Ahora bien, como el art. 271 del CC, admite que la persona establezca las pautas y contenido de la curatela, habría que determinar si la persona en su propuesta de autocuratela, tiene o no la facultad de liberar al curador de la autorización judicial que le exige el art. 287 del CC para los actos.

Es decir, habría que determinar si el régimen de autocuratela previsto en el art. 287 del CC es imperativo o supletorio. A criterio personal, no hay dudas al respecto y lo razonable es ajustarse a lo previsto en el art. 12.4 CDPD. Porque con la medida de autocuratela, las personas que las precisan tienen capacidad jurídica plena, solo intenta tener previsiones de futuro, de modo que en estos casos el régimen previsto en el art. 287 del CC se aplicaría con carácter supletorio. En todo caso podemos suponer que el legislador ha dejado entrever la posibilidad de que en ciertos casos sea necesaria la autorización judicial para actos concretos. Pero definitivamente la redacción de esta norma genera confusión y futuros inconvenientes en la práctica, pues el art. 271 ha debido ser específico en qué supuestos las pautas consentidas por la misma persona no son preferentes con respecto a las previstas con carácter general, dejando la solución de esta cuestión a la autoridad judicial.

IV. CRITERIO DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE EL REGIMEN DE CURATELA

IV.1. Supuesto de hecho

IV.2. Criterios de la doctrina jurisprudencial

El recurso de casación interpuesto por Damaso estaba sustentado únicamente en la transgresión del art. 199 del CC en concordancia con los arts. 200 y 322 sobre las causales de incapacitación y presunta capacidad, en contravención con la jurisprudencia que interpreta, porque el fallo objeto de recurso se sustenta en la presencia de un posible trastorno, motivo que considera insuficiente para transformar la capacidad de obrar.

En el escrito se precisa que Damaso es una persona sin alteración ni deterioro cognitivo, que había respondido con fluidez las preguntas formuladas, cuyas respuestas dejaban en evidencia la capacidad de Damaso para decidir sobre su vida cotidiana, de modo que no es procedente considerar su incapacitación por tener manías que causan rechazo, y que estas conlleven a tomar la decisión adoptada por la autoridad judicial cuyos efectos le impondrían permitir que terceras personas pudieran acceder a su domicilio, y explicaba que tenía dinero ahorrado y que al no gastar ahorra más, hablaba de propiedades y de una suma de 150.000 €; además añadió que el síndrome de Diógenes que padecía Damaso no implicaban riesgos inmediatos para él ni para terceros.

En atención a los hechos expuesto el TS se pronuncia y estima parcialmente la petición y ordena limpiar la vivienda de Damaso en contra de su voluntad, vulnerando el derecho a la intimidad e inviolabilidad del domicilio, previsto en el art. 18 CE³⁸.

No obstante, mientras estaba en proceso este caso y el fallo del recurso, estaba casi concluido el trámite de aprobación de la Ley 8/2021, de modo que el TS, en consideración a la DT 6ª, informa a las partes sobre la reforma legal incidente en el caso. El TS concede audiencia a las partes y Damaso reitera que no pueden obligarlo a medias de apoyo y deben respetarle su capacidad jurídica y de obrar, sin limitaciones.

³⁸ STS 589/2021, 8 de septiembre de 2021 (Sala de lo Civil).

Luego el MF considera que la reforma protege la solicitud de medidas realizadas al oponerse al recurso, porque el trastorno diagnosticado a Damaso afecta la capacidad decisoria no solo con respecto a su conducta compulsiva de acumular basura en su hogar sino en su cuidado personal, lo que lleva a deducir que su voluntad es influenciada por el trastorno de personalidad originada por el síndrome de Diógenes, lo que sugiere la necesidad de garantizarle tratamiento para su afección y paliar los inconvenientes de habitabilidad de su hogar.

Considerando que de acuerdo a lo previsto en el actual art. 250 del CC, lo recomendable para Damaso es la medida curatela, sin necesidad de incluir facultades representativas. A mismo tiempo manifiesta que conforme al contenido actual de los arts. 249, 268 y 269 del CC, las medidas de apoyo acordadas en cada caso específico, así como las actuaciones de los curadores deben respetar la voluntad y dignidad de las personas afectadas.

Considera que la solicitud realizada respeta la reciente regulación pero que debería matizar algunos aspectos para que Damaso participe en la elección del servicio de limpieza y en la oportunidad en que debe hacerse. Además, pide ampliar la curatela para decidir sobre los tratamientos y cuidado de la enfermedad de Damaso, y que la medida sea revisada en un término de seis meses³⁹. Señalando, que si el curador no logra resultados con tratamiento y limpieza por la negativa de Damaso se podría plantear establecer facultad de representación.

Ante estas circunstancias, el TS se pronuncia sobre los principios recogidos en la Ley 8/2021 y sí es posible aplicar esta Ley al caso de Damaso. En primer lugar, trae a colación la DT 6ª, en relación a los tramites, estimando que, este caso sería resuelto con posterioridad a la vigencia de la Ley 8/2021, el Tribunal se veía afectado por dicha DT por lo que decide resolver el recurso de casación teniendo en cuenta el régimen de medidas de apoyo actual previsto en el CC. Porque los procedimientos son flexibles, y se puede adoptar medidas acordes a las necesidades de Damaso y además se ajustan a los principios de la CDPD; por lo tanto, la DT 6ª es coherente con los fines de la normativa no vulnera la seguridad jurídica.

³⁹ ALVENTOSA DEL RÍO, J., op. Cit. 783

De tal manera que el TS concluye que aun cuando pudo resolver el caso en atención a la normativa anterior, no tenía sentido hacerlo ya que el caso estaría sujeto igualmente a revisión para adaptarlo al régimen reciente de medidas de apoyos.

Concluyendo que los jueces son quienes deben precisar en sus resoluciones las medidas de apoyo acordadas junto con sus modificaciones si las hubiere (FD 4.1); además deben considerar las directrices establecidas en el art. 268 del CC, en otras palabras, que las medidas tomadas respondan a las necesidades de las personas y proporcionales a sus necesidades, procurar que respeten su autonomía y su voluntad. Asimismo, enfatiza, que, conforme a la nueva norma, la regla general para la curatela es proveer medidas de asistencia necesarias en cada caso particular; y el art. 269 del CC en su segundo párrafo exige a los jueces precisar en qué actos la personas requiere asistencia del curador.

Seguidamente resalta que la institución de curatela no tiene facultad de representación a menos que sea un caso excepcional, pero en todo caso no debe implicar la simple privación de derechos (FD 4.2).

A la vista de ello, el Tribunal considera que el primer pronunciamiento, después de la reforma de la Ley 8/2021, debe suprimirse porque ha desaparecido la declaración judicial que modifica la capacidad; pero es diferente para el caso de proveer medidas de apoyos, pues hay que considerar las necesidades de la persona y exige ajustarlas a ella. De modo que no procede la designación de tutor, porque esta institución fue suprimida para las personas con discapacidad.

Con relación al segundo fallo donde son acordadas las medidas de apoyo, hay que constatar si se ajustan a la nueva normativa, por lo que el TS se remite a las directrices del art. 268 del CC a los fines de determinar si respetan la autonomía de Damaso para ejercer su capacidad jurídica, y respeta su voluntad y deseos.

En ese sentido considera que ha quedado evidenciado que Dámaso padece un trastorno de conducta que lo incita compulsivamente a la acumulación y recolección de basura y a abandonar su aseo y cuidado personal. Y, este trastorno lo degenera en su personalidad sin que pueda estar consciente de tal situación, lo cual incide de forma directa al momento de

ejercer su capacidad jurídica y relaciones vecinales, y dejando en evidencia que requiere ser provisto de las medidas de apoyo asistenciales acordadas.

Pero como Damaso no admite que tales medidas le sean impuestas se cuestiona si es posible proveer medidas de apoyo por la autoridad judicial en contra de la voluntad manifiesta de Damaso.

Al respecto el TS considera que la misma ley regula un proceso para proveer medidas de apoyo judicial a través del expediente de jurisdicción voluntaria (arts. 42.a) Bis y 42. B) Bis, ordenando poner fin al expediente si después de que comparece la persona con discapacidad, el fiscal y parientes cercanos, surge oposición de la medida, por lo que se tendría que recurrir al proceso contradictorio (art. 42.b) Bis y 5 de la LJV).

En consecuencia, el TS, estima que no intervenir en casos como el de Damaso por el hecho de respetar su voluntad, resulta cruel por abandonar a Damaso a su desgracia de un trastorno que no le permite concientizar su degradación personal. Cuando en realidad el fin perseguido por las medidas de apoyo encierra la necesidad de valorar que, si la persona no estuviera afectada, estaría de acuerdo en impedir su degradación personal.

Por lo que el TS, concluye que debe estimar en parte el recurso de casación, dejando sin efecto la declaración de modificar la capacidad, y cambia la medida de tutela por curatela, confirma las medidas de apoyo, pero enfatiza que son simplemente de carácter asistencial y permite al curador realizar los servicios de limpieza y completa su fallo ordenando la revisión de medidas cada seis meses.

V. CONCLUSIÓN

Una vez finalizada la presente investigación hemos cumplido con el objetivo planteado, en el sentido de estudiar y analizar el nuevo régimen de curatela aprobado por la ley 8/2021, con el cual ahora han quedado aclaradas las dudas suscitadas en la práctica y estamos en condiciones de emitir las siguientes conclusiones:

Es de gran relevancia mencionar los nuevos principios establecidos en la reforma de la Ley 8/2021, reconociendo su alcance dentro del ámbito de aplicación relacionado a las personas con discapacidades que afectan su capacidad jurídica. Esta promulgación no solo trajo modificaciones el área sustantiva, sino también en la parte adjetiva arraigada a los procesos civiles para prestar apoyo a personas que la precisen al momento de ejercer de su capacidad jurídica.

Se trata de una normativa necesaria y muy esperada, porque requería ser adaptada a nuestro ordenamiento en consonancia con la CNDPD ratificada por España desde el año 2007. Tras la larga espera de esta ley, los cambios se encargan de hacerle entender al Estado que está en la obligación de brindar las herramientas necesarias y llevar a cabo los procesos que hagan falta para que las personas con discapacidades puedan hacer valer sus derechos y ejercitar la capacidad jurídica, es decir, con la representación no se pretende privar a los asistidos de sus libertades, por el contrario, el objetivo principal es satisfacer sus necesidades y garantizar igualdad ante el resto de los ciudadanos.

Todo el nuevo precepto parte de lo consagrado en el Artículo 10 de la CE, pues lo que se quiere es eliminar la vieja figura de tutela en la que quién representa es el encargado de la administración entera y absoluta de los bienes y patrimonio del asistido, así como la toma de decisiones, sin tener en cuenta la opinión de este último. A medida que pasaron los años y esta modalidad era aplicada, se pudo evidenciar que era sumamente intrusivo y contrario a los derechos fundamentales establecidos en las normas españolas y los tratados internacionales.

Con la reforma se ha incorporado nueva normativa al CC, que establece un verdadero cambio al tratamiento de la discapacidad, al adecuar la normativa a lo previsto en la precitada Convención, concretamente, lo establecido en su art. 12. Esta reconoce que las personas aun con ciertas discapacidades tienen derecho a ejercer su capacidad jurídica en las mismas condiciones de igualdad que el resto de las personas en todos los aspectos de la vida.

A cambio, se postula una nueva piedra angular en la que la incapacitación no sea un obstáculo para el ejercicio de los derechos, brindando más bien un apoyo amistoso que se base en el respeto de las decisiones del asistido y su voluntad en general. Se elimina por tanto el concepto de tutores, siendo ahora guardadores, a los cuales no solo les competarán los

asuntos de carácter pecuniario, sino también aquellos relacionados al bienestar personal de la persona en cuestión. Esta modificación nace del hecho de que algunos actos desprendidos de la capacidad jurídica, deberían seguir siendo inherentes al asistido, por el simple hecho de ser un humano.

La incapacidad pasa de ser una figura declarada ante tribunales y pasa a ser una institución con todos sus parámetros. Como regla general, quién se tendrá como prioridad para el papel de guardador será un familiar, quién se encargará de tomar las decisiones y asistir a la persona con discapacidad. Sin embargo, este guardador o curador, no cumplirá con funciones de representación, sino que servirá solo de apoyo, a menos que ante tribunales se estime lo contrario.

Pero esta modificación en la norma no es en un solo sentido, pues hasta este momento solo se han mencionado los nuevos beneficios o derechos para el asistido, entre los que destaca mayor libertad de decisión propia. Ahora bien, también se agregó un nuevo apartado al Código Civil, específicamente en el Artículo 299, relacionado a las obligaciones extracontractuales de las personas con discapacidad; en el cual se menciona que los daños ocasionados por incapacitados serán adheridos a su propia responsabilidad, pues no será tratado como responsabilidad civil por hecho ajeno.

La responsabilidad era un tema ampliamente tratado cuando se trataba de representación por incapacidad, ya que se le atribuía a quién representaba a la persona con discapacidad. Esto también tenía amplias consecuencias en el ámbito penal, ya que en los juicios se podía alegar incapacidad mental por parte del imputado y la responsabilidad pasaba a ser del familiar encargado de su curatela, tal como ocurre con la tutela en el caso de protección de menores.

Está bastante claro como la Ley marcó una pauta en la actualidad con relación a la figura que resguarda a la persona con discapacidad y esto ha tenido muchos vistos buenos ante la sociedad española y el mismo parlamento. Se quiso desde un principio demostrar que la legislación española es capaz de emanar disposiciones más humanistas y operantes desde la plena aplicación de los derechos humanos. A pesar de que a día de hoy, aún se encuentran figuras de representación de la legislación derogada, se pretende afinar los detalles en aras de garantizar mejorías y un amplio alcance para las nuevas situaciones que concurran cuando

cumplan con los requisitos del nuevo tipo de asistencia, siempre concordado con el ordenamiento jurídico reformado vigente.

VI. BIBLIOGRAFÍA

VI.1. Doctrina

- ALVENTOSA DEL RÍO, Josefina. *Primera sentencia del Tribunal Supremo sobre medidas de apoyo, pronunciada despues de la publicacion de la Ley 8/2021. Comentarios a la sentencia STS 589/2021, de 8 de septiembre. pp. 12.* España: Rev. Boliv. de Derecho Nº 33, 2022.
- BERROCAL LANZAROT, I. «La autocuratela como medida voluntaria de apoyo tras la reforma operada por la Ley 8/2021, de 2 de junio, Sección Persona y derechos, Nº.9, pp.19.» 2021.
- CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, S. Valencia: Ediciones Tirant lo Blanch, “La curatela: ¿una nueva institución?”, en Pereña Vicente, Montserrat, Heras Hernández, María del Mar, El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio, p.219 y ss.
- CUERVO MIGUÉLEZ, Laura. *El nuevo tratamiento de la discapacidad en la reforma introducida por la Ley 8/2021. pp. 34 y ss.* España: Universidad de Oviedo, 2022.
- DE PABLO CONTRERAS, P. *Resoluciones judiciales que modifican la capacidad de obrar Derecho de la persona, pp.135.* Madrid,: Curso de derecho Civill (I), Volumen (II), 5ª edición, 2016.
- DIAZ PARDO, G. *Retribucion y gastos derivados del ejercicio de la medida de apoyo a la persona con discapacidad. Nuevas perspectivas tras la Ley 8/2021 de 2 de junio, de reforma de la legislacion civil y procesal. pp. 4.* España: Revista de Derecho Civil vol. IX, núm. 1, 2022.
- DÍEZ-PICAZO, y A GULLÓN. *Sistema de Derecho Civil, pp. 230.* Madrid: Vol. I, 6ª Edición de Tecnos , 1988.
- FERNÁNDEZ DE BUJAN, A. *Capacidad, discapacidad. Incapacitación: Modificación judicial de la capacidad. pp. 53 a 81.* España: Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid, Nº 23, 2011.
- GORDILLO CAÑAS, A. *Capacidad, incapacidades y estabilidad de los contratos,pp. 199 y ss.* Madrid: ediciones Tecnos, 1986.

- GULLÓN BALLESTEROS, A. *Capacidad jurídica y capacidad de obrar, en los discapacitados y su protección jurídica*. pp. 13 y 14. Madrid: Edición Consejo General del Poder Judicial, 1999 .
- *Informe de investigación de la ONU en relación con España sobre el art. 24 de la convención de los derechos de las personas con discapacidad*. Compilación y resumen. 2017. <https://www.fundacionunicap.org/informe-onu-inclusion/> (último acceso: 12 de mayo de 2022).
- LÓPEZ SAN LUIS, R.: “El principio de respeto a la voluntad de la persona con discapacidad en la Convención de Nueva York y su reflejo en el anteproyecto por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad”. p. 11-138 . publicado por Indret,num.2, 2020.
- MARTÍN AZCANO, E.,. “El defensor judicial de la persona con discapacidad”, en Pereña Vicente, Montserrat, Heras Hernández, M, *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio*, p.305. Valencia: Ediciones Tirant lo Blanch, 2022.
- MARTINEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. *Curatela y representación: cinco tesis heterodoxas y un estrambote*, en *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la CDPD en materia de discapacidad*, pp 37. Valencia: Ediciones Tirant Lo Blanch, 2019.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos,. *Autonomía, apoyos y protección en la reforma instid del Código Civil sobre discapacidad psíquica*, *Líneas básicas de la reforma legal española en materia de discapacidad psíquica*. España: Diario La Ley (España), 9851, de 17 de mayo de 2021, Ed. Wolters Kluwer;, 2021.
- MONTAÑES GARAY, Laura. *Curatela como principal medida de apoyo de origen judicial en el ordenamiento juridico español*. pp. 8. España: Universidad de Zaragoza, 2021.
- MUNAR BENAT, P. *La curatela: Principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad*. pp. 129. España: Revista de derecho Civil [Revista electrónica] vol V, núm 3, 2018.
- SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, A. *Consideraciones sobre la reforma de la legislación civil en materia de discapacidad: de la incapacitación al apoyo*. pp. 106, 107 y 108 . España: REDUR, 2021.

- VALLET DE GOYTISOLO, J.,. *Metodología de la Determinación del Derecho II (Parte Sistemática), Volumen 2. p.178 y 182.* Madrid: Edit. Centro de Estudios Ramón Areces, 1996.

VI.2. Legislación

- Constitución Española, Publicado en BOE núm. 311, de 29/12/1978.
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Publicado en Gaceta de Madrid núm. 206, de 25/07/1889.
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Publicado en BOE núm. 7, de 08/01/2000.
- Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad de Naciones Unidas, de 13 de diciembre de 2006, Nueva York. BOE N° 96, lunes 21 de abril de 2008. Disponible en <https://sid-inico.usal.es/la-convencion-de-la-onu-sobre-los-derechos-de-las-personas-con-discapacidad/#:~:text=La%20Convenci%C3%B3n%20sobre%20los%20Derechos,fue%20firmado%20por%20el%20pa%C3%ADs> .
- Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. Publicado en BOE núm. 158, de 03/07/2015.
- 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. Publicado en BOE núm. 132, de 03/06/2021.

VI.3. Jurisprudencia

- STS 282/20009 del 29 de abril de 2009, Sala 1ª Rec 1259/2006.
- STS 244/2015, 13 de mayo de 2015 (Sala Primera, de lo Civil) Res. 244/2015.
- STS 2/2018, 10 de enero de 2018, (Sala 1ª de lo civil) Rec 2111/2015
- STS 2191/2018 del 15 de junio de 2018. (Sala de lo Civil). Rec. 2122/2017
- STS 589/2021, 8 de septiembre de 2021 (Sala de lo Civil).