

Modificación de la capacidad de las personas con la Ley 8/2021

Comentario a la [STS de 20 de septiembre de 2021](#)

Casto Páramo de Santiago

Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid

Extracto

Tras la reforma de la Ley 8/2021, debe suprimirse, ya que desaparece, cualquier declaración judicial de modificación de capacidad. Cuestión distinta es que la provisión de apoyos, en cuanto que debe tener en cuenta la necesidad de la persona con discapacidad y acomodarse a ella, entrañe necesariamente un juicio o valoración de los efectos de la discapacidad en el ejercicio de sus derechos y, en general, de su capacidad jurídica. La provisión de apoyos judiciales tiene que atender en todo caso a la voluntad, deseos y preferencias del afectado, pero no determina que haya que seguir siempre el dictado de la voluntad, deseos y preferencias manifestados por el afectado. No cabe precisar de antemano en qué casos estará justificado, pues hay que atender a las singularidades de cada caso. La voluntad contraria del interesado, como ocurre con frecuencia en algunos trastornos psíquicos y mentales, es consecuencia del propio trastorno que lleva asociado la falta de conciencia de enfermedad. En casos en que existe una clara necesidad asistencial cuya ausencia está provocando un grave deterioro personal, una degradación que le impide el ejercicio de sus derechos y las necesarias relaciones con las personas de su entorno, está justificada la adopción de las medidas asistenciales, aun en contra de la voluntad del interesado, porque se entiende que el trastorno que provoca la situación de necesidad impide que esa persona tenga una conciencia clara de su situación.

Palabras clave: capacidad de las personas; curatela; modificación de la capacidad; provisión judicial de apoyos; principios; voluntad del interesado.

Fecha de entrada: 07-10-2021 / Fecha de aceptación: 29-10-2021

Nota: Véase el texto de esta sentencia en <http://civil-mercantil.com> (selección de jurisprudencia de Derecho civil del 16 al 31 de septiembre de 2021).

La sentencia seleccionada para comentar es muy interesante, por ser la primera que en un recurso de casación aborda la situación que provoca la modificación del tratamiento civil y procesal de la capacidad de las personas para incorporar las exigencias del artículo 12 de la Convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006.

El artículo 12 de la convención dispone que:

1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.
2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.
3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.
4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se propocionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.
5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.

La convención fue ratificada por España el 23 de noviembre de 2007 y publicada en el BOE el 21 de abril de 2008, pero hasta la Ley 8/2021, de 2 de junio, no se ha modificado la regulación existente, habiendo sido el Tribunal Supremo el que ha ido atemperándola a la convención.

Es conveniente, más en esta situación de reforma legislativa, examinar la sentencia dictada por el juzgado de primera instancia y por la audiencia provincial en el recurso de apelación y la posterior sentencia del Tribunal Supremo que aplica por primera vez la reforma legislativa.

El procedimiento se inicia por el Ministerio Fiscal que presenta demandad de modificación de la capacidad y la constitución de apoyos y salvaguardas para garantizar el ejercicio de los derechos de la persona demandada, tomando como base el trastorno de conducta y trastorno de personalidad y que padece síndrome de Diógenes, que le afecta a su salud e higiene y autocuidado, con asilamiento social y rechazando cualquier ayuda por la nula conciencia de su enfermedad. La sentencia del juzgado de 1.ª instancia de 18 de marzo de 2019 nombró tutora a la comunidad autónoma para atenderle y asistirle en los aspectos mencionados.

Contra la sentencia el demandado interpuso recurso de apelación que fue desestimado por sentencia de 19 de junio de 2019, al presentar el demandado una incapacidad relevante para cuidar su salud e higiene, y que el trastorno que padece le incapacita para gobernarse por sí mismo en el aspecto personal y doméstico, agravado por el no reconocimiento de su patología.

Frente a esta resolución el demandado interpuso recurso de casación, que se tuvo por interpuesto por diligencia de ordenación de 8 de julio de 2019, por considerar que se infringían los artículos 199, 200 y 322 del Código Civil referidos a la incapacitación, entendiéndose que su posible trastorno es insuficiente para modificar su capacidad de obrar. La sala por auto de 9 de diciembre de 2020 lo admitió.

En esos momentos el Ministerio Fiscal informó considerando procedente la desestimación del recurso de casación interpuesto y solicitó que el recurrente quedara sujeto a la institución de la curatela, con las facultades establecidas en la sentencia para que su protección fuera lo más adecuada posible, estableciendo un control cada seis meses para, valorando la situación y evolución del afectado, en su caso dejarlas sin efecto o su ampliación si fuera necesario.

Como consecuencia de estar prácticamente concluida la tramitación parlamentaria de la Ley 8/2021, de 2 de junio, que reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica y en atención al contenido de sus disposiciones transitorias, especialmente la sexta, que se refiere a los procesos en tramitación, y la quinta, sobre revisión de las medidas ya acordadas, el tribunal resolvió dar vista a las partes para que pudieran informar sobre la incidencia de la reforma legal en el presente caso, y realizar un nuevo señalamiento para votación y fallo.

La importante y profunda reforma legal introducida por la Ley 8/2021, de 2 de junio, para incorporar las exigencias del artículo 12 de la Convención de Nueva York de las personas

con discapacidad, por un lado suprime la declaración de incapacidad, eliminando las instituciones que delimitaban los apoyos procedentes, tutela, curatela y defensor judicial, elimina la prórrogas o rehabilitación de la patria potestad y se centra en la provisión de apoyos necesarios para las personas con discapacidad para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica para permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad, con las salvaguardas oportunas para acomodar las medidas de apoyo a los criterios legales y que se atienda a la voluntad y los deseos y preferencias de la persona que las requiera (art. 249 Código Civil).

La nueva regulación que se contiene en los artículos 249 y siguientes del Código Civil, y de la propia Convención, se vertebra sobre los siguientes elementos:

1. Se aplica a personas mayores de edad o menores emancipadas que precisen una medida de apoyo para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica.
2. La guarda de hecho se establece como medida de apoyo no formal, que permite asistir, sin necesidad de intervención judicial, salvo para aquellos casos en que sea necesaria la autorización judicial.
3. Las medidas de apoyo han «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”.
4. Las medidas voluntarias de apoyo son preferentes y las medidas judiciales de apoyo, por lo que solo se acordarán en defecto o insuficiencia de medidas voluntarias.
5. No existe pronunciamiento previo sobre la capacidad de la persona.
6. La provisión judicial de apoyos debe ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad, respetando 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.
7. La medida de apoyo judicial será la curatela, que concentra las medidas judiciales de apoyo continuado y su contenido podrá ser asistencial incluso de manera puntual para alguna actividad diaria al ser de contenido muy amplio como sucederá en los casos de representación. Esta curatela representativa solo se establecerá en los casos excepcionales en que resulte imprescindible por las circunstancias de la persona.
8. Además, la provisión de apoyos judicial no se rige por los principios dispositivo y de aportación de parte, sino que al tener en cuenta la necesidad y proporcionalidad, la actuación de oficio por parte de la autoridad judicial y la presencia y actuación del Ministerio Fiscal es relevante.

Por otro lado, debe significarse que las medidas de apoyo serán proporcionadas y necesarias, respetando siempre la máxima autonomía en el ejercicio de su capacidad jurídica, y atenderán en todo caso a su voluntad, deseos y preferencia (art. 269 Código Civil).

Así, por un lado, deberá establecerse el contenido de la curatela para establecer las medidas de asistencia que sean necesarias, quedando las actuaciones representativas para los supuestos excepcionales, debiendo establecerse el alcance de la representación solo para aquellos casos en que se precise, de acuerdo con las circunstancias de la persona con discapacidad, sin que en ningún caso pueda incluir privación de derechos, y por tanto sin más limitaciones que las que pueda conllevar la medida de apoyo.

Por tanto, de acuerdo con las necesidades de apoyo se deberán establecer medidas proporcionadas a la situación de la persona afectada por la discapacidad, y tenido en cuenta su voluntad, sus preferencias y sus deseos.

La presente resolución que se comenta, donde la sentencia podía ser dictada con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 8/2021, se ajustó a la disposición transitoria sexta, que establece que

los procesos relativos a la capacidad de las personas que se estén tramitando a la entrada en vigor de la presente Ley se registrarán 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,

en unión con la disposición transitoria quinta, que tiene por finalidad revisar todas las tutelas y curatelas vigentes a la entrada en vigor de la Ley 8/2021.

De acuerdo con la nueva regulación se han de tener en cuenta los deseos, preferencias y voluntad del interesado.

Téngase en cuenta que el recurso se interpone por el afectado por la sentencia que le declara incapaz y le sometía al régimen de tutela, que conservaba sus facultades cognitivas o al menos no se encontraban afectadas de manera relevante.

No obstante, también consta que la nula conciencia de su situación provoca que rechace todos los posibles apoyos que le han sido ofrecidos por los servicios sociales, de hecho las rechaza de manera terminante y por tanto se plantea si es posible acordar la medida de apoyo judicial en contra de su voluntad.

Es importante en este punto acudir a la Ley de jurisdicción voluntaria (LJV), que ha sido modificada también por la Ley 8/2021, de 2 de junio, que regula, procedimiento común para la provisión judicial de apoyos, un expediente de jurisdicción voluntaria (arts. 42 bis.a, 42 bis.b y 42 bis.c LJV).

El artículo 42 bis b) 5 de la LJV dispone que

la oposición de la persona con discapacidad a cualquier tipo de apoyo, la oposición del Ministerio Fiscal o la oposición de cualquiera de los interesados en la adopción de las medidas de apoyo solicitadas pondrá fin al expediente, sin perjuicio de que la

autoridad judicial pueda adoptar provisionalmente las medidas de apoyo de aquella o de su patrimonio que considere convenientes. Dichas medidas podrán mantenerse por un plazo máximo de treinta días, siempre que con anterioridad no se haya presentado la correspondiente demanda de adopción de medidas de apoyo en juicio contencioso.

Por tanto, tras la comparecencia del fiscal, si la persona con discapacidad y su cónyuge y parientes más próximos muestran oposición sobre la medida de apoyo, se pondrá fin al expediente, y supone acudir a un procedimiento contradictorio, un juicio verbal especial (art. 42 bis.b.5 LJV). Si la oposición de la persona con discapacidad a cualquier tipo de apoyo produce la terminación del expediente, es una consecuencia de la finalización del procedimiento de jurisdicción voluntaria y del inicio de un procedimiento contradictorio: la necesidad de determinar en el mismo la procedencia o no de las medidas de apoyo, aun en contra de la voluntad del interesado.

Como hemos visto, el Código Civil dispone que en la provisión de apoyos judiciales hay que atender en todo caso a la voluntad, deseos y preferencias del afectado, es decir, hay que tener en cuenta o consideración, pero no acordar por sí, como si de un mandato o ruego se tratara, su voluntad.

Si bien, ordinariamente, atender al querer y parecer del interesado sería dar cumplimiento a su voluntad manifestada, en algún caso, como ocurre en el que es objeto de recurso, pero puede que no sea así, si existe una causa que lo justifique. El tribunal es consciente de que no cabe precisar de antemano en qué casos estará justificado, pues hay que atender a las singularidades de cada supuesto. Por ejemplo, en un caso de deterioro cognitivo grave, que normalmente va acompañado de desorientación temporal, espacial y personal, sería difícil que la persona afectada pudiera manifestar sus deseos o preferencias, y en ese caso no se podría tener en cuenta su voluntad no manifestada. Eso mismo ocurre igualmente en personas con enfermedades mentales o determinados trastornos, en los que por falta de conciencia de la enfermedad las personas que las padecen no realizan seguimiento médico ni asisten a las consultas médicas correspondientes, y por supuesto no se toman la medicación, al considerar que no padecen enfermedad alguna y por tanto no la necesitan.

Eso ocurre en el supuesto de la sentencia que se comenta, en donde el recurrente presenta una clara situación objetiva de degradación en el ámbito que le afecta al ejercicio de sus derechos, ante la patente necesidad de apoyo y asistencia, al que se opone por no creerlo necesario, por entender que sus formas de hacer, sus extravagancias o comportamientos no requieren apoyo de ningún tipo. Es evidente que la ausencia de conciencia de la enfermedad le impide advertir su situación y la necesidad de ayuda, lo que da lugar a la negativa a aceptar los apoyos necesarios, y por tanto le impide el ejercicio de sus derechos y el contacto con las personas de su entorno.

La necesidad de apoyos parece evidente, y así la sentencia es de acuerdo con los principios de necesidad y proporcionalidad, modifica la tutela por una curatela asistencial, para

que la curadora preste su asistencia domiciliaria, así como la atención médica o asistencial necesaria, y además indica que se revise a los seis meses con la finalidad de valorar si esas medidas de apoyo se han de mantener, ampliar o reducir y eliminar, si consta que ya no es necesario el apoyo por medio de curador que se acuerda, y deja sin efecto la modificación de capacidad acordada de acuerdo con la nueva ley.

La sentencia del Pleno de la Sala Civil del Tribunal Supremo aplica la reforma al caso concreto y va delimitando el contorno de aplicación de la nueva regulación, que sin duda en sentencias posteriores interpretará en los diferentes aspectos de la ley, algunos de los cuales ofrecen dudas de necesaria aclaración.