Universitat Autònoma de Barcelona

Dipòsit digital de documents de la UAB

This is the **published version** of the bachelor thesis:

Ortiz Martin, Belinda; Cecchini Rosell, Xavier, dir. Una crítica al nuevo paradigma del derecho de la persona a través de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. 2023. (Grau en Dret)

This version is available at https://ddd.uab.cat/record/287219

under the terms of the BY-NC-ND license

Universitat Autònoma de Barcelona

TRABAJO DE FINAL DE GRADO

GRADO EN DERECHO

UNA CRÍTICA AL NUEVO PARADIGMA DEL DERECHO DE LA PERSONA A TRAVÉS DE LA LEY 8/2021, DE 2 DE JUNIO, POR LA QUE SE REFORMA LA LEGISLACIÓN CIVIL Y PROCESAL PARA EL APOYO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL EJERCICIO DE SU CAPACIDAD JURÍDICA

Área de Derecho Civil

Belinda ORTIZ MARTÍN

Tutor Prof. Xavier CECCHINI ROSELL

ABREVIATURAS

CC	Código Civil
CCCat	Código Civil de Cataluña
CE	Constitución Española de 1978
Art.	Artículo
SS	Siguientes
BOE	Boletín Oficial del Estado
TS	Tribunal Supremo
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
LJV	Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria
TFG	Trabajo de Final de Grado
Vol.	Volumen
Núm.	Número
Pág.	Página

RESUMEN

La reciente entrada en vigor de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica ha supuesto un cambio de paradigma legal, tanto procesal como sustantivo, del Derecho de la Persona español. Se trata de una reforma civil muy esperada y solicitada resultado de la implementación de la Convención de Nueva York de 2008, ratificada por España, y la cual viene definiéndose como un gran avance jurídico y social en el tratamiento de las personas con discapacidad.

A través del acercamiento a la ley 8/2021, se pretende arrojar luz respecto a los elementos más relevantes del nacimiento de esta nueva ley, para conocer qué instituciones desaparecen y cómo se abren paso las medidas de apoyo que promueven la autonomía de las personas con discapacidad y que obedecen a una nueva concepción de la capacidad jurídica plena de todas las personas. En este sentido, se llevará a cabo un análisis de la mencionada ley bajo una mirada crítica, al atender a las controversias fácticas que pueden devenirse de ciertas interpretaciones de la nueva ley.

PALABRAS CLAVE: medidas de apoyo, reforma discapacidad, Convención de Nueva York, Ley 8/2021, Código Civil, Ley de Enjuiciamiento Civil.

ABSTRACT

The recent entry into force of Law 8/2021, of June 2, which reforms civil and procedural legislation to support people with disabilities in the exercise of their legal capacity, has led to a change in the legal paradigm, both procedural and substantive, of Spanish Personal Law. This is a long-awaited and requested civil reform resulting from the implementation of the 2008 New York Convention, ratified by Spain, and which has been defined as a great legal and social advance in the treatment of people with disabilities.

Through the approach to law 8/2021, it is intended to shed light on the most relevant elements of the enactment of this new law, in order to find out which institutions disappear and how the support measures – which promote the autonomy of people with disability and obey a new conception of the full legal capacity of all people – make their way. In this sense, an analysis of the aforementioned law will be carried out under a critical look, by attending to the factual controversies that may develop from certain interpretations of the new law.

KEYWORDS: support measures, disability reform, New York Convention, Law 8/2021, Civil Code, Civil Procedure Law, Civil Code of Catalonia

ÍNDICE

***ABREVIATURAS*……2**

***RESUMEN*……3**

***I. INTRODUCCIÓN*……..…6**

***II. OBJETIVOS*……7**

***III. METODOLOGÍA*……...7**

***IV. NACIMIENTO DE LA LEY 8/2021; NATURALEZA Y ORIGEN DE LA REFORMA LEGISLATIVA*……8**

4.1. Antecedentes de la Ley 8/2021: origen y anteproyectos de la Ley. La Convención de Nueva York de 2008……8

4.2. Plano subjetivo y objetivo de la Ley. La nueva concepción de la capacidad jurídica en los planos terminológico y práctico……..……10

4.2.1. Ámbito subjetivo…….…...10

4.2.2. Ámbito objetivo…….……11

4.2.3. Naturaleza de la reforma. Una nueva concepción de la capacidad jurídica…….…….……...12

4.2.4. Plano objetivo de la Ley. Fin de las incapacitaciones judiciales. La capacidad jurídica en el plano normativo……..……15

***V. CONTENIDO DE LA LEY 8/2021; REFORMA SUSTANTIVA Y REFORMA PROCESAL*…….……....18**

5.1. Introducción a las medidas de apoyo: claves de la reforma. La voluntad de la persona con discapacidad……...…….……..18

5.1.1. Análisis crítico de las claves de la reforma…..……...18

5.1.2. La voluntad de la persona con discapacidad VS el interés superior de la misma……...21

5.2. Clasificación de medidas y especificaciones: las medidas voluntarias y las no voluntarias. Aspectos procesales y reforma sustantiva……..24

5.2.1. Las medidas voluntarias o de configuración notarial……..26

5.2.1.a) La autocuratela……27

5.2.1.b) Los poderes y mandatos preventivos……...28

5.2.2. Las medidas no voluntarias o de configuración judicial……...30

5.2.2.a) La curatela……...30

5.2.2.b) El defensor judicial……..36

5.2.3. Especial referencia a la guarda de hecho…….39

***VI. BREVE APUNTE AL CÓDIGO CIVIL DE CATAL*UÑA…….43**

6.1. La figura de la asistencia…….43

VII. CONCLUSIONES……...47

VIII. BIBLIOGRAFÍA……...……..…..…49

IX. ANEXOS……...……..…..……56

I. INTRODUCCIÓN

La Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, obliga a los estados ratificantes de la misma, entre ellos España, a adoptar un nuevo régimen en materia de discapacidad, que en España se ha materializado en el año 2021 a través de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (en adelante Ley 8/2021).

La Ley 8/2021 ha sido objeto de estudio y debate desde su aprobación, y no ha podido pasar inadvertida por ningún jurista, por cuanto la misma ha llegado desmantelando gran parte del derecho de la persona español tal y como lo conocíamos hasta el momento.

Por un lado, la preponderancia del respeto a la autonomía de todas las personas en condiciones de igualdad, y por otro, el reconocimiento global de una capacidad jurídica plena de las mismas, han provocado una valoración satisfactoria por parte de la doctrina mayoritaria en cuanto al contenido de la nueva legislación en materia de discapacidad. Asimismo, la secuencia de medidas de apoyo a las personas con discapacidad introducidas por el legislador español ha sido vista por muchos como un avance importante en la protección de los derechos de dichas personas, al prometerse con expresiones pomposas y rimbombantes un cambio de paradigma radical en el tratamiento de la discapacidad, tal y como se desprende del contenido de la Exposición de Motivos de la Ley 8/2021.

En este sentido, el presente Trabajo de Final de Grado (en adelante TFG) tiene como objeto el examen de la Ley 8/2021, atendiendo a su alcance e implicaciones, con la finalidad de comprender mejor los principios sobre los que se desarrolla, analizando las fortalezas y deficiencias que presenta la nueva normativa. De este modo, se explorarán las posibles consecuencias que puedan resultar de las modificaciones legislativas llevadas a cabo con relación a las personas con discapacidad y sus familias, y, a través de una óptica distinta, se atenderá a las posibles imprecisiones y ambigüedades que presenta la Ley 8/2021, las cuales conviene estudiar detalladamente, por cuanto podrían plantearse situaciones dudosamente favorables para la persona con discapacidad.

II. OBJETIVOS

El presente trabajo tiene por objeto el análisis de la nueva articulación del régimen de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, recientemente regulado por la Ley 8/2021, de 2 de junio, mediante la cual se modifica la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

A través del acercamiento a la Ley 8/2021, se atenderá a las novedades que esta nueva ley supone en cuanto a la legislación estatal y catalana en materia del ejercicio de la capacidad de las personas con discapacidad, con respecto a la antigua normativa civil vigente en la materia. En este sentido, se pretende arrojar sobre los elementos más relevantes del nacimiento de esta nueva ley, para conocer las principales modificaciones legislativas.

Así, el objetivo principal del presente Trabajo de Final de Grado consiste en exponer las cuestiones controvertidas que puede suscitar la nueva regulación, con tal de ofrecer una respuesta contundente a la duda de si la Ley 8/2021 supone un avance jurídico real en el tratamiento legal de las personas con discapacidad, a raíz de la implementación de la Convención de Nueva York de 2008, ratificada por España. Todo ello llevado a cabo a través de un enfoque crítico acerca de los posibles escenarios que puede provocar su efectiva aplicación.

III. METODOLOGÍA

Para llevar a cabo el análisis de la materia objeto del presente trabajo, se atenderá a la regulación específica que ofrece la ley 8/2021, de 2 de junio, mediante la cual se modifica la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, atendiendo principalmente, a las novedades que presenta ésta respecto a la anterior normativa ya derogada.

El presente trabajo se elabora a través del estudio de la ley, la doctrina y la jurisprudencia existentes en la materia. En concreto, se aportarán las conclusiones extraídas de contrastar las diversas fuentes jurídicas y de entidades especializadas en materia de discapacidad, así como de los distintos autores que se han pronunciado respecto a la materia.

IV. NACIMIENTO DE LA LEY 8/2021; NATURALEZA Y ORIGEN DE LA REFORMA LEGISLATIVA

4.1. Antecedentes de la Ley 8/2021: origen y anteproyectos de la ley. La Convención de Nueva York de 2008

De forma preliminar a exponer en detalle el contenido de la Ley 8/2021[1], es imprescindible, con tal de llevar a cabo una comprensión más profunda de la esencia de dicha ley, el conocer, por un lado, qué fundamentos consagran la reforma legislativa, y por otro, cómo el legislador ha llevado a cabo de forma progresiva la inclusión de los principios informadores del nuevo régimen, a través de la elaboración de distintas leyes que inciden en los diferentes ámbitos del Derecho de la persona.

Para ello, se ha de partir de la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, (en adelante, la Convención)[2], elaborada a partir de un proceso iniciado en el año 2001 por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas con la finalidad de promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones que el resto de los individuos.

La transcendencia de la Convención reside en que se trata de una actuación legislativa fundamental, por resultar ciertamente pionera a la vez que atrevida en la labor de plasmar en el plano legislativo una nueva concepción del régimen de las personas con discapacidad relativo al ejercicio de su capacidad jurídica, que, hasta el momento resultaba aparentemente discriminatorio. En este sentido, la Convención trae consigo un cambio de paradigma súmamente novedoso que tiene como objeto erradicar la discriminación en el tratamiento legal, procesal y social de las personas con discapacidad, a través de ciertas adaptaciones y modificaciones legislativas que han de llevar a cabo los estados ratificantes de la misma, entre estos, España. Obligación que en nuestro ordenamiento jurídico deviene de las normas de Derecho Internacional Público de acuerdo con los artículos 96.1 y 10.2 de la Constitución Española, que prevé como parte del ordenamiento jurídico español los tratados internacionales válidamente celebrados

[1] Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (BOE, núm. 132, de 3 de junio del 2021).
[2] Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (BOE núm. 96, de 21 de abril de 2008).

por España y oficialmente publicados en el estado, a la par que invocables ante las autoridades judiciales, políticas y administrativas del mismo.

En esta misma línea, conviene alegar que no ha sido hasta el año 2011 que el legislador estatal ha comenzado a crear leyes que se ajusten a la Convención. De esta forma, la protagonista Ley 8/2021, aunque se trata de una Ley que tiene un papel fundamental en la adaptación de la Convención, la misma es producto de un proceso previamente iniciado con la entrada en vigor de otras leyes que, del mismo modo, han surgido con el fin de materializar la Convención en nuestro ordenamiento jurídico; estas son, en concreto, la Ley de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad[3]; el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social[4]; la Ley Orgánica por la que se modifica el Código Penal[5]; la nueva ley de modificación de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, en relación con el derecho de las personas con discapacidad a contraer matrimonio en igualdad de condiciones[6]; la Ley Orgánica 1/2017, de 13 de diciembre, de modificación de la Ley del Jurado[7] y la Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, de modificación de la LOREG para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad[8].

De lo expuesto se desprende que nos encontramos ante una reforma legislativa de gran incidencia, en la que la Ley 8/2021 se trata de una pieza necesaria para culminar el trabajo de adaptación de la Convención en el derecho español.

[3] Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (BOE, núm. 184, de 2 de agosto de 2011).
[4] Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (BOE, núm. 289, de 3 de diciembre de 2013).
[5] Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE, núm. 77, de 31 de marzo de 2015).
[6] Ley 4/2017, de 28 de junio, de modificación de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (BOE, núm. 154, de 29 de junio de 2017).
[7] Ley Orgánica 1/2017, de 13 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, para garantizar la participación de las personas con discapacidad sin exclusiones (BOE, núm. 303, de 14 de diciembre de 2017).
[8] Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, para la modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad (BOE, núm. 294, de 6 de diciembre de 2018).

4.2. Plano subjetivo y objetivo de la Ley. La nueva concepción de la capacidad jurídica en los planos terminológico y práctico.

4.2.1. Ámbito subjetivo

Del propio título de la Ley 8/2021 <<para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica>> se desprende que las personas con discapacidad constituyen el ámbito subjetivo de la misma. Sin embargo, no aparece mención expresa al concepto de discapacidad o acerca de quiénes ha de considerarse que la presentan. Lo que sí hace dicha ley, no obstante, es realizar una interpretación genérica de la discapacidad, y de este modo, se opta por una postura ampliamente inclusiva, mediante la cual queda amparada cualquier persona que precise de las medidas de apoyo previstas legalmente.

En este sentido, en el preámbulo se expone que "*podrá beneficiarse de las medidas de apoyo cualquier persona que las precise, con independencia de si su situación de discapacidad ha obtenido algún reconocimiento administrativo*". De acuerdo con la norma, se elimina en cierto grado la necesidad de formalizar la supuesta circunstancia de discapacidad y, por el contrario, se orienta el foco hacia situaciones de hecho realmente impeditivas, en las que la discapacidad supone una barrera real para la persona, en menor o mayor grado; y no tanto en el reconocimiento de discapacidad en un plano teórico que quizás para ese acto concreto pudiera resultar irrelevante o insignificante.

Tal y como apunta RUBIO GARRIDO, T., la fórmula legal abierta mencionada comporta algunas ventajas: poder abordar objetivos que, de forma científica, no entran en el cuadro tradicional de la demencia (toxicomanías; ludopatías; trastornos alimentarios graves; psicopatías en conexión con redes sociales, fashion-victims, etc.). Pero depara riesgos graves: queda un arbitrio excesivo para aquilatar qué se ha de entender por persona que precisa medidas de apoyo, máxime con cauces muy holgados de autoprovisión y/o de tránsito por vías de mera jurisdicción voluntaria[9].

Por otro lado, quizás la Convención acota de una forma más precisa el ámbito subjetivo de la ley. En concreto, el párrafo segundo de su primer artículo 1 establece una definición amplia del término de persona con discapacidad: *"Las personas con*

[9] RUBIO GARRIDO, T.; "La Ley 8/2021, de 2 de junio, sobre personas con discapacidad: ¿un ejemplo de buenismo y adanismo legislativos?" *InDret* 3 (2022): n. pag. 11. Print.

discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás".

De esta forma, si recopilamos los distintos pronunciamientos de la Convención junto con la Ley 8/2021, es posible afirmar que dicha ley tiene como sujeto a cualquier persona, tenga o no reconocida la situación de discapacidad a través de una resolución administrativa, que presente algún tipo de deficiencia física, mental, intelectual o sensorial a largo plazo, que le impida participar de forma plena y efectiva en la sociedad.

4.2.2. Ámbito objetivo

En el plano formal, la Ley 8/2021 se constituye de ocho artículos, dos disposiciones adicionales, seis disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y tres disposiciones finales. Los artículos que forman el cuerpo de la ley están destinados a la modificación de la Ley del Notariado[10], el Código Civil[11], la Ley Hipotecaria[12], la Ley de Enjuiciamiento Civil[13], la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad[14], la Ley del Registro Civil[15], la Ley de Jurisdicción Voluntaria[16] y el Código de Comercio[17]. Entre ellas, la que va a constituir el principal objeto de estudio se trata de la modificación del Código Civil, por cuanto se trata de la reforma más abundante.

Por su parte, la reforma del Código Civil se vertebra en tres ejes principales, a través de los cuales se desarrollan los nuevos preceptos. En primer lugar, sobre una nueva concepción sobre la capacidad jurídica, la cual se procede a exponer en el siguiente epígrafe; en segundo lugar, y como principal innovación del ejercicio de la capacidad jurídica por parte de las personas con discapacidad, la supresión del procedimiento de

[10] Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862 (Gaceta de Madrid, núm. 149, de 29 de mayo de 1862).
[11] Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (Gaceta de Madrid, núm. 206, de 25 de julio de 1889).
[12] Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria (BOE, núm. 58, de 27 de febrero de 1946).
[13] Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE, núm. 7, de 8 de enero del 2000).
[14] 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 (BOE, núm. 277, de 19 de enero de 2003).
[15] Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (BOE, núm. 175, de 22 de julio de 2011).
[16] Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (BOE, núm. 158, de 3 de julio de 2015).
[17] Real Decreto de 22 de agosto de 1885, por el que se publica el Código de Comercio (Gaceta de Madrid, núm. 289, de 16 de octubre de 1885).

incapacitación, y por ende, de los términos <<incapacitado>>, <<persona incapacitada>>; en tercer lugar, y como consecuencia de esas dos cuestiones fundamentales, el establecimiento de medidas de apoyo centradas en una práctica asistencial al discapacitado y no representativa, bajo la premisa fundamental de respetar su voluntad, deseos y preferencias, y procurar el ejercicio de su capacidad jurídica en condiciones de igualdad[18]; siendo él el centro de la toma de sus propias decisiones.

4.2.3. Naturaleza de la reforma. Una nueva concepción de la capacidad jurídica

En este punto es primordial introducir la cuestión posiblemente más controvertida que presenta la nueva regulación, que se trata, en esencia, de la nueva concepción de la capacidad jurídica. Y es que, a raíz de la Convención de Nueva York de 2006, la Ley 8/2021 equipara los términos de capacidad jurídica y capacidad de obrar, que hasta el momento constituían una de las grandes bases sobre las que se armaba todo el derecho civil español y catalán.

De este modo, antes de la reforma operada por la Ley 8/2021, para poder llevar a cabo un acto jurídico se precisaba tanto capacidad jurídica como capacidad de obrar, entendiendo la primera como una cualidad inherente al ser humano, y constituyendo la misma no solo una condición necesaria para la válida intervención en el tráfico jurídico, sino también un requisito para el ejercicio de los derechos humanos[19]. En cuanto a la capacidad de obrar, no todas las personas la poseían de forma autónoma e independiente, sino que en ocasiones era necesaria la intervención de un tercer sujeto que supliera esta representación o le asistiera.

Por su parte, el régimen anterior vigente preveía como instrumentos para complementar la falta de capacidad de obrar de la persona afectada: la incapacitación, en los casos de ausencia total de dicha capacidad; y las instituciones de guarda como la tutela, la curatela y el defensor judicial como herramientas de actuación en supuestos de capacidad de obrar limitada. Sin embargo, la tradicional distinción entre capacidad

[18] GÓMEZ-LINANCERO CORRALIZA, A., "Análisis crítico de los fundamentos de la Ley 8/2021, de 2 de junio en materia de discapacidad" Diario La Ley, 2022, p. 3.

[19] MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.; "Panorama general de las figuras de guarda legal de los discapacitados intelectuales", en Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad, El Justicia de Aragón, 2010.

jurídica y capacidad de obrar ha sido superada a través del nuevo enfoque que realiza la Ley 8/2021.

A tal fin, no continúa existiendo la incapacitación o la modificación de la capacidad de la persona, lo cual es consecuencia inevitable de lo que la Convención viene afirmando en el artículo 12.2 sobre que todas las personas, por el hecho de serlo, gozan de capacidad jurídica. Pero esta capacidad a la que se refiere la Convención no es plenamente equivalente a la capacidad jurídica que entiende el ordenamiento jurídico español. Así, mientras éste último la percibe como la personalidad o capacidad de ser titular de derechos u obligaciones, la Convención usa este término para englobar lo que el Derecho español refiere como capacidad jurídica y como capacidad de obrar de forma autónoma; esto es, que en el referido artículo 12.2 también queda incluida la aptitud legal de ejercer los derechos de los que el individuo es titular[20].

De este modo, se supera la dualidad hasta el momento existente entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, y ambos términos quedan refundidos en el más amplio y unitario "capacidad jurídica", siendo necesaria la implementación de medidas de apoyo en beneficio de aquellas personas cuya capacidad jurídica se encuentre limitada o cercenada[21].

En este sentido, el artículo 12.1 de la Convención prevé un reconocimiento universal del ejercicio de la capacidad jurídica. Este ámbito técnico conduce a que toda persona con discapacidad, además de ser titular de derechos, cuenta con plena aptitud para ejercitar por sí misma esos derechos; así, puede contraer obligaciones que pueden conllevar también, en su caso, el deber de responder por ellas, y, por lo tanto, ser sujeto de imputación de responsabilidad[22].

Acorde a lo expresado, apunta RUBIO GARRIDO, T. que el legislador viene advirtiendo en la Exposición de Motivos de la Ley que la misma no acomete "un mero cambio de terminología", pero que, sin embargo, el cuerpo de la ley viene a indicarnos precisamente que un número significativo de las modificaciones introducidas son sólo

[20] RIBOT IGUALADA, J., AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ (2019). Claves Para la Adaptación del Ordenamiento Jurídico Privado a la Convención de Naciones Unidas en Materia de Discapacidad (p. 217). Tirant lo Blanch.
[21] POLONIO DE DIOS, G.: "Recorrido jurídico sobre medidas de apoyo a las personas con discapacidad", en Rev. Boliv. De Derecho Nº35, enero de 2021, ISSN: 2070-8157, pág. 599.
[22] BARRIO GALLARDO, A.; "La repercusión del artículo 12 de la Convención de Nueva York sobre el sistema tutelar español, Estudios en Homenaje al Prof. José Mª. Miquel", Vol. I (Coord. Luis Díez-Picazo) Thomson Reuters- Aranzadi Navarra, pág. 468.

eso, siendo que la propia Exposición de Motivos confiesa que uno de sus objetivos es "conformar la mentalidad social" [23].

En esta línea, el conjunto de expresiones benefactoras que usa el legislador puede conducirnos a interpretar que nos encontramos ante una reforma con vocación meramente comunitaria, que responde a la sensibilización de la población en cuanto a la discapacidad.

No siendo esto necesariamente un componente negativo, es posible poner en duda la utilidad práctica de ciertas modificaciones que ha llevado a cabo el legislador, y que, muy posiblemente, van a desencadenar en paradojas y contradicciones en la aplicación de la Ley. A modo de ejemplo, y retomando el supuesto de la capacidad de la persona, CARRASCO PERERA, Á. escribe acerca del surgimiento de supuestos ciertamente problemáticos debido a la nueva capacidad para contratar. Sin desplazarnos excesivamente del cometido de este TFG, dicho autor apunta que cualquier contrato celebrado por una persona con discapacidad va a ser, ahora, plenamente eficaz, debido a las reglas generales de la nueva redacción del Código Civil. En este sentido, las normas que históricamente han protegido a los sujetos que la realidad ha demostrado que pueden resultar más vulnerables en el proceso de celebrar, consumar o anular contratos, ya no se van a aplicar a los discapacitados de acuerdo con la nueva redacción de los artículos 1163, 1304, 1314 y 1765 CC, siendo que esta protección queda prácticamente reducida a los menores de edad[24].

4.2.4. Plano objetivo de la Ley. Fin de las incapacitaciones judiciales. La capacidad jurídica en el plano normativo

Tal y como se ha introducido, la Ley 8/2021 suprime el procedimiento de incapacitación de la persona. Este procedimiento se constituía como el acto formal mediante el cual se limitaba la capacidad de obrar de la persona, y, hasta el momento, se establecía en el artículo 199 CC que nadie podía ser declarado incapaz sino por sentencia judicial.

Tras la entrada en vigor de la nueva normativa, esta declaración de incapacitación ha dejado de existir, por cuanto el legislador ha decidido que nadie sea "incapaz", sino

[23] RUBIO GARRIDO, T.; "La Ley 8/2021, de 2 de junio, sobre personas con discapacidad: ¿un ejemplo de buenismo y adanismo legislativos?" *InDret* 3 (2022): n. pag. 6 Print.
[24] CARRASCO PERERA, Á.; "Contratación por discapacitados con y sin apoyos" *Revista CESCO de Derecho de consumo nº42/2022. Pág. 199*.

que, en determinados casos y si así se solicita, un juez pueda determinar qué apoyos necesita la persona con discapacidad psíquica en el tráfico jurídico[25].

Por su parte, la supresión de la incapacitación judicial viene estrechamente ligada con el nuevo entendimiento de la capacidad jurídica. De acuerdo con esta línea, para el legislador resulta inviable y contrario a la propia Convención seguir manteniendo un procedimiento que, de forma presuntamente discriminatoria, despoja al individuo de su capacidad; pues de acuerdo con la Convención, la capacidad jurídica le pertenece a la persona *"en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida"*[26].

Existe cierta ambivalencia acerca de lo discriminatorio de la incapacitación judicial. En este sentido, en el momento de entrada en vigor de la Convención en España en el año 2008, se realizó un juicio de valor por parte de los tribunales españoles con tal de determinar si la normativa recogida en el Código Civil era compatible con lo que se venía declarando en la Convención, puesto que ésta había pasado a formar parte del Derecho interno. Este debate se pone de manifiesto en la STS de 29 de abril (RJ 2009, 2901), de Pleno, en la que la Sala mantuvo que era necesario evitar una regulación abstracta y rígida de la situación jurídica de la persona con discapacidad, puesto que la incapacitación, cualquiera que fuera el *nomen iuris* con el que la identificara el legislador, se trataba de una medida de protección del discapacitado, siendo que el declarado incapaz seguía siendo titular de sus derechos fundamentales[27]; y que solo así podía ser interpretada de acuerdo con los artículos 200 CC y 760.1 LEC[28].

Así, textualmente, la Sala expuso que <<*el sistema de protección establecido en el Código Civil sigue vigente, aunque con la lectura que se propone: 1. Que se tenga siempre en cuenta que el incapaz sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que la incapacitación es sólo una forma de protección. (…). 2. La incapacitación no es una medida discriminatoria porque la situación merecedora de la protección tiene características específicas y propias. Estamos hablando de unas personas cuyas facultades intelectivas y volitivas no le permiten ejercer sus derechos como persona*

[25] VELILLA ANTOLÍN, N.. "Una visión crítica a la Ley de apoyo a las personas con discapacidad". Último número de El Notario del siglo XXI – marzo-abril/ nº10

[26] Así lo dispone el artículo 12.2. de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (BOE núm. 96, de 21 de abril de 2008).

[27] ARNAU MOYA, F.; "Aspectos polémicos de la Ley 8/2021 de medidas de apoyo a las personas con discapacidad".

[28] Il·lustre Col·legi de l'Advocacia de Sabadell. "Reforma del CC i de la LEC per la llei 8/2021 de recolzament a persones amb discapacitat".

porque le impiden autogobernarse>>[29]. Por lo tanto, el Tribunal Supremo concluyó que la Convención estaba siendo eficazmente aplicada de conformidad con las normas vigentes en el momento.

En contraposición a lo expuesto, la más reciente jurisprudencia se ha apartado de lo manifestado en el 2009. En este sentido, en STS de 6 de mayo de 2021, el Tribunal Supremo equipara la incapacitación judicial a la muerte civil y social de la persona, declarando que *"según esta concepción, durante mucho tiempo dominante, personas que adolecían de ciertas deficiencias en la esfera personal o patrimonial eran totalmente inhabilitadas para la vida social, con la correlativa anulación de sus capacidades de autodeterminación, equivalentes a su muerte civil"*[30]. Por su parte, también el Tribunal Constitucional ya se pronunció al respecto mediante STC 174/2002 en la que manifestó el hecho de que la incapacitación judicial se trata de un procedimiento que afecta directamente al libre desarrollo de la personalidad, así como a la dignidad del individuo y los derechos inviolables que le son inherentes de acuerdo con el artículo 10.1 de la CE[31].

Las mencionadas posturas se justifican en una realidad concreta, por cuanto tal y como apunta la magistrada VELILLA ANTOLÍN, N., lo cierto es que en España se ha abusado del procedimiento de incapacitación judicial total. Y es que, hasta el momento, no había instituciones intermedias para salvar actos jurídicos aislados, obligando a los familiares a iniciar procesos judiciales de incapacitación impulsados por una necesidad vacía de contenido. Por este motivo, reformar la ley era coherente tanto con el artículo 10 de la CE como con el artículo 3 de la Convención que fija el principio al respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones y la independencia de las personas, la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad, la igualdad de oportunidades y la accesibilidad"[32].

Quizá sea el componente sutilmente agresivo del término <<incapaz>> lo que nos haya llevado a considerar que la anterior regulación era potencialmente discriminatoria. Sin embargo, la nueva normativa permite entrever que el espíritu de la norma parte de la

[29] STS 282/2009, 29 de abril de 2009 (RJ 2009, 2901).
[30] STS de 6 de mayo de 2021 (ID CENDOJ: 28079110012021100308).
[31] PORXAS ROIG, M. A.: "Un análisis del impacto del derecho en las personas con un diagnóstico psiquiátrico: la capacidad jurídica y el sujeto de derechos reinterpretados a la luz de la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad", Revista de Derecho Político, UNED, núm. 103, septiembre-diciembre 2018, p. 365.
[32] VELILLA ANTOLÍN, N.; "Una visión crítica a la Ley de apoyo a las personas con discapacidad". Último número de El Notario del siglo XXI – marzo-abril/ nº10

premisa errónea de considerar al colectivo de personas con discapacidad como un grupo homogéneo, puesto que, si bien los grandes dependientes suponen una tercera parte de la población con discapacidad, su escaso número no puede llevarnos a obviar su difícil realidad. En este sentido, la autora VELILLA ANTOLÍN, N. apunta a que la nueva ley ha soslayado a esta población, obligando a los cuidadores y familiares de las personas con discapacidad severa a embarcarse en farragosas burocracias.

En el mismo extremo y por lo que respecta a la institución tutelar, consecuentemente también suprimida para las personas mayores de edad, se debe hacer referencia a la problemática que esto supone para las personas que se hacen cargo de personas con discapacidad psíquica grave. Y es que el legislador no parece haber considerado los casos en los que una persona "nace con una enfermedad congénita o una patología incapacitante que obliga a sus padres a asistirle en todas las actividades básicas de la vida diaria más allá de su mayoría de edad necesita una protección tan elevada que no puede por sí mismo prestar ningún tipo de consentimiento, por lo que es imprescindible que alguien lo haga en su lugar"[33].

Esto último resulta mucho más notorio cuando se realizan unas pinceladas de los rasgos más acentuados que presenta el nuevo régimen, lo cual se lleva a cabo en el capítulo V.

[33] VELILLA ANTOLÍN, N.; "Una visión crítica a la Ley de apoyo a las personas con discapacidad". Último número de El Notario del siglo XXI – marzo-abril/ nº10

V. CONTENIDO DE LA LEY 8/2021: REFORMA SUSTANTIVA Y REFORMA PROCESAL

5.1. Introducción a las medidas de apoyo: claves de la reforma. La voluntad de la persona con discapacidad.

5.1.1. Análisis crítico de las claves de la reforma

A rasgos generales, la reforma del Código Civil estatal que introduce la Ley 8/2021 se asienta sobre la creación de diversas medidas de apoyo de nueva creación, y de la modificación y regeneración de algunas figuras ya existentes, como lo son la curatela o la guarda de hecho. Frente esta ruptura del sistema, cabe ahora analizar qué mecanismos prevé la Ley 8/2021 para ofrecer protección a las personas con discapacidad en lo que atañe a su capacidad jurídica, para lo que vamos a comenzar introduciendo cuáles son las claves de la reforma y los principios generales que aporta la nueva regulación.

A través de la Ley 8/2021, además de suprimirse el procedimiento de incapacitación y la tutela, también lo hacen tantas otras figuras como la patria potestad rehabilitada, la patria potestad prorrogada, la prodigalidad como institución autónoma o la curatela en la forma que era conocida hasta el momento. Este reemplazo del sistema anterior ha desencadenado en multitud de críticas por parte de juristas de reconocido crédito, los cuales ponen en duda la necesidad de abolir mecanismos vigentes en el momento que, no en pocos casos, continúan funcionando y siendo beneficiosos para la esfera familiar de la persona con discapacidad y para su propio amparo, como es la patria potestad prorrogada.

En especial, con la eliminación de la patria potestad prorrogada, en un supuesto en el cual concurran las circunstancias necesarias, los padres pasan a convertirse en curadores representativos de los hijos, en los casos en los que sea imprescindible y de manera subsidiaria, de acuerdo con el artículo 285 CC, pero con la obligación de realizar inventario ante el juez[34]; lo cual resulta una carga ciertamente desmesurada para los mismos. En contraposición a ello, con anterioridad a la nueva normativa, los progenitores

[34] Así lo dispone el artículo 285 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (Gaceta de Madrid, núm. 206, de 25 de julio de 1889).

no tenían obligación de rendir cuentas anuales ante el juez, aunque sí estaban obligados a solicitar autorización judicial para enajenar o gravar bienes de los hijos.

En relación con lo expuesto conviene aludir al régimen transitorio que establece la Ley 8/2021. En virtud de la disposición transitoria segunda de dicha Ley, las funciones de apoyo se ejercerán conforme a la misma de su entrada en vigor, y, además, <<quienes ostenten la patria potestad prorrogada o rehabilitada continuarán ejerciéndola hasta que se produzca la revisión a la que se refiere la disposición transitoria quinta>>.

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

De esta retroactividad habla RUBIO GARRIDO, T., el cual muestra rechazo ante el nuevo régimen y pone en duda lo beneficioso de llevar a cabo las revisiones dispuestas en la ley. Así, eleva la pregunta y cito textualmente "¿Era necesario causar el pequeño terremoto que se va a producir en todas las tutelas o patrias potestades rehabilitadas o prorrogadas que operan en nuestro país de forma impecable? La retroactividad suele entenderse bien en leyes que buscan extirpar situaciones de abuso o contrarias a la dignidad de la persona. (…). La ley ha venido, más allá de las palabras grandilocuentes, a introducir modificaciones de mera índole técnica, en absoluto conexas a tratos denigrantes para la persona, y perfectamente podía haber tenido una mínima prudencia en cuanto a su eficacia retroactiva"[35].

En otra línea, la Ley establece la obligación de que todos los apoyos sean revisados en el plazo de tres años, o de un máximo de seis, de conformidad con el artículo 268 LEC.

[35] RUBIO GARRIDO, T. "La Ley 8/2021, de 2 de junio, sobre personas con discapacidad: ¿un ejemplo de buenismo y adanismo legislativos?" *InDret* 3 (2022): P. 332 Print.

De acuerdo con esta medida, no se establece ningún tipo de discrecionalidad al juez a la hora de excluir supuestos en los que la persona con discapacidad no tenga perspectivas reales de alcanzar un mayor grado de autogobierno. De esta forma, los progenitores y familiares de personas mayormente dependientes debido a patologías psíquicas de gravedad se ven forzados a emprender acciones judiciales de manera periódica, y objetivamente innecesarias; hecho que inevitablemente, supone una sobrecarga a los juzgados con competencias en esta materia[36].

En este sentido, cabe aludir a la reconducción de estos litigios hacia los expedientes de jurisdicción voluntaria, flexibilizando el procedimiento, de forma que únicamente se archiva el expediente voluntario y se abre un procedimiento contencioso de determinación de apoyos en aquellos casos en los que la persona con discapacidad formule oposición.

En lo que respecta al Código Civil, a través de las modificaciones que introduce la Ley 8/2021, el Título XI del Libro Primero se redacta de nuevo y pasa a rubricarse <<De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica>>. En este sentido, tal y como se ha expuesto anteriormente, el nuevo régimen ya no se va a asentar en la incapacitación del que no se considera suficiente capaz, ni en la modificación de la misma.

La nueva regulación se centra en un sistema de prestación de apoyos a la persona que lo requiera. Por su parte, este sistema de apoyos se constituye como un amplio término que ampara medidas de distinta índole; a modo de ejemplo, el acompañamiento amistoso, la ayuda técnica para emitir declaraciones de voluntad, el consejo, o la toma de decisiones delegadas por la persona con discapacidad, y, en especial, <u>los poderes y mandatos preventivos y la autocuratela</u>. En este sentido, la nueva redacción del artículo 250 del Código Civil realiza una distinción entre medidas de naturaleza voluntaria, las cuales pueden ser establecidas a libre juicio de la persona con discapacidad, en las que ha de designarse *"quién debe prestarle apoyo y con qué alcance"*[37]; y <u>la curatela y el defensor judicial</u>, las cuales se configuran como medidas de naturaleza no voluntaria, y que solo deben resultar aplicables en defecto de las primeras. Además, se prevé la guarda

[36] VELILLA ANTOLÍN, N.; "Una visión crítica a la Ley de apoyo a las personas con discapacidad". Último número de El Notario del siglo XXI – marzo-abril/ nº10

[37] Así lo dispone el artículo 250 del Código Civil (Gaceta de Madrid, núm. 206, de 25 de julio de 1889).

de hecho como institución de carácter subsidiario, pero que deja de ser una mera situación fáctica de carácter provisional. Sobre ello se profundizará más adelante.

5.1.2. La voluntad de la persona con discapacidad VS el interés superior de la misma.

Merece dedicar especial atención al lugar que ocupa la voluntad de la persona con discapacidad dentro de la Ley 8/2021, y es que, sin duda, se trata de uno de los conceptos más significativos e incidentes en la reforma, por cuanto constituye el punto de partida y desarrollo de las medidas de apoyo.

Para ello, partimos de la lectura de los artículos 249 y 250 del CC. El primero dispone en su párrafo segundo que *"Las personas que presten apoyo deberán actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera. Igualmente procurarán que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias. Asimismo, fomentarán que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro".*

Por su parte, el artículo 250 del CC establece que *"cualquier medida de apoyo voluntaria podrá ir acompañada de las salvaguardas necesarias para garantizar en todo momento y ante cualquier circunstancia el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona".*

Tal y como se desprende de los artículos citados, la expresión <<voluntad, deseos y preferencias>> es un término sumamente recurrente en la nueva redacción de la Ley.

Para situarnos en este tópico, es casi obligatorio indicar el contraste con respecto a la normativa anterior. Así, previamente a la Ley 8/2021, la regulación que existía en materia de discapacidad orbitaba alrededor de la protección de la persona discapacitada. Esto es lo que se conoce como <<interés superior del discapacitado>>, y el mismo obedece a las teorías paternalistas, las cuales se asemejan al *modus operandi* de cara al tratamiento de los menores de edad. En este sentido, el paternalismo puede definirse como la restricción de la libertad en beneficio de aquel cuya libertad se limita[38], y su objetivo primordial recae en la protección del sujeto sobre el que se ejerce el paternalismo. Así, a

[38] TOBOSO MARTÍN, M.; "La discapacidad dentro del enfoque de capacidades y funcionamientos de Amartya Sen". Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades, Año 2010, nº20.

primera vista, la controversia que ha incidido en el cambio de paradigma se centra en el debate sobre dónde encuentra justificación el hecho de limitar la autonomía de la persona, y hasta qué punto ello es legítimo para conseguir, supuestamente, el mayor bienestar de la persona con discapacidad.

En la nueva normativa, el interés superior de la persona con discapacidad desaparece, al menos terminológicamente, y, por el contrario, se abre las puertas de forma totalmente amplia a la consideración de la voluntad, los deseos y las preferencias de la persona con discapacidad por encima de cualquier otra, suprimiendo toda referencia a su interés en la determinación de las medidas de apoyo. En consecuencia, el interés de la persona con discapacidad queda en un segundo o tercer plano frente a la voluntad de la persona; lo que conduce a plantear si la autonomía de la voluntad debe predominar en cualquier caso, aunque esta no coincida con lo más conveniente para la persona con discapacidad.

Por su parte, GARCÍA RUBIO, M.P. mantiene la postura de que el interés de la persona con discapacidad "no es nada conforme con los dictados de la Convención de las Naciones Unidas, y la adaptación del Ordenamiento español tiene que hacerse conforme a sus postulados, pues debe prevalecer su voluntad, deseos y preferencias"[39]. En este sentido, la Observación general nº1 de 2014 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en adelante CRPD, dispone en su párrafo vigésimo primero en atención al párrafo cuarto del artículo 12 de la Convención que <<*Cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad y las preferencias de una persona, la determinación del "interés superior" debe ser sustituida por "la mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias". (...). El principio del "interés superior" no es una salvaguardia que cumpla con el artículo 12 en relación con los adultos. El paradigma de "la voluntad y las preferencias" debe reemplazar al del "interés superior" para que las personas con discapacidad disfruten del derecho a la capacidad jurídica en condiciones de igualdad con los demás*[40]>>.

No por ello, alega MORENO FLÓREZ, R.M. van a dejar de tener en cuenta los Tribunales el criterio de interés superior, quien considera que si bien una omisión del

[39] GARCÍA RUBIO, M.P.: "La necesaria y urgente adaptación del Código Civil español al artículo 12 de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad", Anales de la Academia Matritense del Notariado, vol. X, año 2018.
[40] Observación general Nº1 (2014), Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; 11ª período de sesiones 31 de marzo a 11 de abril de 2014.

término expreso <<interés superior del discapacitado>> no juega el mismo papel que el sí reconocido <<interés superior de menor>>, el juez no puede prescindir totalmente de dicho interés, aunque solo sea para la determinación de las salvaguardias que se recogen en el artículo 12.4 de la Convención y que van estrechamente ligadas a la provisión de apoyos[41].

Con respecto a la simultaneidad y concurrencia al mismo tiempo de voluntad de la persona e interés superior, se pronunció la STS nª124/2018, por lo tanto, en un contexto de aplicación de la normativa anterior, en los siguientes términos: *"Los hechos que en síntesis se han expuesto, (…), conducen a estimar la necesidad de supervisión tanto en los aspectos patrimoniales como en aquellos que afectan a la persona, (…), y para ello resulta determinante que se aplique la curatela y no la tutela, reinterpretada a la luz de la citada Convención, desde un modelo de apoyo y asistencia y el principio del superior interés de la persona con discapacidad, que, manteniendo la personalidad, requiere un complemento de su capacidad"*[42].

De esta forma, la interpretación que venían realizando los tribunales se equipara a lo expuesto por SÁNCHEZ GÓMEZ, A., el cual alude al deber de buscar el equilibrio entre la voluntad de la persona, por un lado, y la necesidad de imponer ciertos límites a las decisiones o deseos que manifieste la persona con discapacidad; así, explica que dichos límites surgen de la valoración de la capacidad de la persona, entendida en su sentido coloquial, para emitir válidamente su consentimiento y para comprender correctamente las consecuencias de su decisión, lo cual dependerá en cada supuesto del alcance de la discapacidad que presente la persona[43]. En la misma línea, FERNÁNDEZ BEGOÑA, Mª B. opina que lo óptimo habría de ser conseguir un equilibrio, de manera que la protección o el apoyo no hubiera de ser entendido o ejercitado de un modo objetivo en interés de la persona con discapacidad, sino de un modo subjetivo, atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de la persona, pero siempre que esa voluntad respondiese a intereses favorables, personales o patrimoniales[44].

---

[41] MORENO FLÓREZ, R. M. (Dir.) (2022).: "Problemática jurídica de las personas con discapacidad intelectual". 1. Madrid, Dykinson.
[42] STS nº124/2018, de fecha 7 de marzo de 2018.
[43] SÁNCHEZ GÓMEZ, A.; "Hacia un nuevo tratamiento de la discapacidad", en Revista de Derecho Civil, vol. VII, núm.5 (octubre-diciembre, 20230) Ensayos, p. 426.
[44] FERNÁNDEZ BEGOÑA, Mª B.; "Discapacidad y ejercicio de la autonomía personal" en Sistema de apoyos para personas con discapacidad. Medidas jurídico-civiles y sociales. 2021. P.30.

5.2. Clasificación de medidas y especificaciones: las medidas voluntarias y las no voluntarias. Aspectos procesales y reforma sustantiva.

Sin más dilación, en este apartado se desarrolla la regulación que presentan las medidas de configuración voluntaria y las medidas judiciales que prevé expresamente el Código Civil. La distribución en estos dos grupos obedece principalmente a la naturaleza de unas medidas u otras, y a su vez, viene aparejada con las modificaciones producidas en la LEC y en la LJV. Como consecuencia de ello, cabe hacer mención a una serie de ideas procesales fundamentales.

En primer lugar, el nuevo régimen procesal introduce cambios en diversos procedimientos, a través del reemplazo de los procesos tradicionales de modificación de la capacidad de la persona por otros dirigidos a la prestación de apoyos, como se ha dispuesto anteriormente. El procedimiento de provisión de apoyos sólo puede conducir a una resolución judicial que determine los actos para los que la persona con discapacidad requiera el apoyo, pero en ningún caso a la declaración de incapacitación ni a la privación de derechos, sean estos personales, patrimoniales o políticos[45].

En cuanto a la LEC, su contenido varía sustancialmente, y se realizan ajustes en el ejercicio de acciones de determinación o impugnación de la filiación, y en procedimientos de separación, divorcio y división de la herencia. Por otro lado, se regulan ajustes y adaptaciones en los procedimientos en los que sean partícipes personas con discapacidad, en todas las fases y actuaciones procesales en las que resulte necesario, incluidos los actos de comunicación. Además, se permite a la persona discapacitada que se valga de un profesional experto que actúe como facilitador en la realización de dichas tareas de adaptación y ajustes, a petición y costa de la persona con discapacidad.

Asimismo, la ley establece que en aquellos casos en los que se requiera la designación de un curador, y, previamente, se haya presentado oposición durante el procedimiento de jurisdicción voluntaria, o bien cuando dicho procedimiento no haya culminado con una resolución, los procesos para implementar medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad estarán sujetos a las disposiciones establecidas en ese

[45] Noticias Jurídicas. (2021, 3 de junio). "Ley 8/2021: claves de la reforma civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad. Recuperado de https://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/16345-ley-8-2021:-claves-de-la-reforma-civil-y-procesal-para-el-apoyo-a-las-personas-con-discapacidad/

Capítulo. Por el contrario, si no se realiza oposición, la provisión de apoyo se regirá por lo establecido en la LJV.

Esta circunstancia necesaria de iniciar *a priori* un procedimiento de jurisdicción voluntaria parte de que la nueva normativa prioriza la utilización de la vía de jurisdicción voluntaria frente a la contenciosa, de manera que permite al interesado con discapacidad expresar sus preferencias y participar de manera activa en el proceso; sin perjuicio de que el procedimiento pueda transformarse en uno contradictorio. Por su parte, RUBIO GARRIDO, T. muestra una postura reacia a la necesidad de acudir a un expediente de jurisdicción voluntaria en primer término, aun sabiendo de antemano que se trata de un cauce inadecuado en los casos en los concurran circunstancias más graves, como son los abusos, conflicto de intereses, enconos entre parientes o guardadores de hecho, captaciones de la voluntad desde la escritura de autoprovisión de medidas de apoyo, etc[46]. Y es que se trata de una de las cuestiones procesales más controvertidas, por cuanto se pone en duda la adecuación del nuevo sistema al derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 de la CE[47].

Asimismo, en cuanto al curador o curadores propuestos de la persona con discapacidad, novedosamente, se les permite que presenten alegaciones, lo cual posibilita en mayor medida el contrastar su disponibilidad e idoneidad para la función que, en cuyo caso deberán desempeñar. En adición, se admite la intervención en el proceso de cualquier persona legitimada que no sea promotora del procedimiento, o de cualquier persona que tenga interés legítimo en la causa[48].

Por su parte, el artículo 758 de la LEC dispone que, una vez se haya admitido la correspondiente demanda, existe la obligación de recopilar información de los registros públicos acerca de las medidas de apoyo adoptadas con tal de asegurarse de respetar la voluntad de la persona con discapacidad. Además, se exige que se nombre a un defensor judicial en el supuesto de que la persona con discapacidad no comparezca dentro del plazo establecido para contestar a la demanda.

[46] RUBIO GARRIDO, T. "La Ley 8/2021, de 2 de junio, sobre personas con discapacidad: ¿un ejemplo de buenismo y adanismo legislativos?" *InDret* 3 (2022): P. 331 Print.
[47] Constitución Española, de 29 de diciembre, (BOE, núm. 311, de 29 de diciembre de 1978).
[48] Diario de La Ley, Nº 9864, Sección Actualidad Legislativa Comentada, 4 de Junio de 2021, Wolters Kluwer; "Reforma civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica".

Por otra parte, en cuanto a la prueba en estos casos, se ha introducido una norma que permite evitar audiencias preceptivas en los casos en que la persona con discapacidad presenta la demanda y se considere que la revelación de ciertos datos personales pueda invadir su privacidad e intimidad. En conexión con dicho respeto a los derechos de la persona con discapacidad, podemos manifestar que, asimismo, las medidas de apoyo accederán al Registro Civil como datos sometidos al régimen de publicidad restringida[49], y es que a raíz de la modificación de la Ley del Registro Civil operada por la Ley 8/2021, el Registro hará efectiva la preferencia que el nuevo sistema atribuye a las medidas voluntarias previstas por una persona respecto de sí misma o de sus bienes. Ello considerando que la incapacitación deja de ser un estado civil que aparece en el registro.

En último lugar, se ha establecido un nuevo enfoque para todos los procesos cuyo objeto trate de la provisión de apoyos a la persona con discapacidad, y este enfoque de lo que trata es de partir de una colaboración interprofesional, mediante la participación de expertos de diferentes ámbitos sociales, sanitarios y demás, con tal de que puedan asesorar en la elección de las medidas de apoyo más adecuadas en cada caso.

5.2.1. Las medidas voluntarias o de configuración notarial

Seguidamente, atenderemos a la configuración de las llamadas medidas voluntarias o de configuración notarial, las cuales, de acuerdo con el ánimo intencional de la Ley, constituyen el mecanismo idóneo para que las personas con discapacidad puedan ejercer su capacidad jurídica de forma óptima. Por lo tanto, este tipo de medidas prevalecen en todo momento ante las no voluntarias o de configuración judicial, las cuales constituyen el recurso de ultima ratio, al que únicamente debemos acudir en caso de que exista una imposibilidad en cuanto a existencia o ejercicio de las voluntarias.

Como se ha hecho mención cuando comentábamos las claves de la reforma, las medidas de apoyo de naturaleza voluntaria son aquellas que establece la persona con discapacidad, y en las que designa tanto quién debe prestarle apoyo como el alcance que este apoyo debe tener. Asimismo, alegábamos que el citado de nuevo artículo 250 CC dispone que *"cualquier medida de apoyo podrá ir acompañada de las salvaguardas*

[49] Noticias Jurídicas. (2021, 3 de junio). "Ley 8/2021: claves de la reforma civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad. Recuperado de https://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/16345-ley-8-2021:-claves-de-la-reforma-civil-y-procesal-para-el-apoyo-a-las-personas-con-discapacidad/

necesarias para garantizar en todo momento y ante cualquier circunstancia el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona".

Dentro de estas medidas, cabe hacer especial mención a la autocuratela y a los poderes y mandatos preventivos.

5.2.1.a) La autocuratela

La autocuratela se halla regulada en los artículos 271 a 274 del Código Civil, y se trata de un término difícil de precisar. Por su parte, el autor Escartín Ipiéns la define como "*la designación y organización voluntaria de la curatela*"[50]; Curatela entendida, claro está, en el nuevo sentido en que es configurada por la Ley.

A través de la autocuratela, de acuerdo con el artículo 271 CC, *"cualquier persona mayor de edad o menor emancipada, en previsión de la concurrencia de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás, podrá proponer en escritura pública el nombramiento o la exclusión de una o varias personas determinadas para el ejercicio de la función de curador".* Asimismo, la persona que prevea que pueden ocurrir circunstancias que dificulten el ejercicio de su capacidad jurídica, *"podrá igualmente establecer disposiciones sobre el funcionamiento y contenido de la curatela y, en especial, sobre el cuidado de su persona, reglas de administración y disposición de sus bienes, retribución del curador, obligación de hacer inventario o su dispensa y medidas de vigilancia y control, así como proponer a las personas que hayan de llevarlas a cabo".*

De este modo, la autocuratela es el mecanismo que tiene la persona para establecer de manera voluntaria la curatela a través del otorgamiento en escritura pública, y su alcance y modo en que se ha de llevar a cabo, en previsión de unas determinadas circunstancias que le hagan precisar de tal apoyo.

Del citado segundo párrafo del artículo 271 CC se desprende que las medidas introducidas por la Ley 8/2021 no se reservan para supuestos que únicamente versen sobre cuestiones patrimoniales, sino que también se idean para ejercer un apoyo en aspectos propios de la vida cotidiana de la persona y otros aspectos personales.

[50] ESCARTÍN IPIÉNS, JA.; "La autocuratela en el Anteproyecto de Ley sobre modificación del Código Civil y otras leyes complementarias en materia de discapacidad", Revista de Derecho Civil (Revista electrónica) vol V, núm 3.

Asimismo, se dispone en el artículo 272 CC que la propuesta del nombramiento de curador a que hace referencia la Ley, y todas las referidas disposiciones voluntarias vincularán a la autoridad judicial al constituir la curatela. Sin embargo, en el párrafo segundo se establece que en caso de que medien circunstancias graves y desconocidas por la persona que estableció las disposiciones o que se produzca una alteración de las causas expresadas por ella o que presumiblemente tuvo en cuenta en sus disposiciones, la autoridad judicial podrá prescindir total o parcialmente de esas disposiciones voluntarias, de oficio o a instancia de las personas llamadas por ley a ejercer la curatela o del Ministerio Fiscal mediante resolución motivada[51].

Acerca de esta posibilidad de apartarse de las medidas dispuestas a través de autocuratela se ha pronunciado el Tribunal Supremo en la STS de 19 de octubre de 2021[52], al revocar la sentencia recurrida por apartarse de lo previsto en la disposición testamentaria en la cual se había constituido la autotutela, la cual de conformidad con la Ley 8/2021 pasa a configurarse como autocuratela. Entiende el TS que no *<<se dan las causas legales previstas para prescindir del criterio preferente de la voluntad de la demandada, ya que no concurren circunstancias graves desconocidas por la misma, o variación de las contempladas al fijar la persona que le prestará apoyos>>*. En este sentido, determina que no cabe *<<la imposición de otro sistema alternativo de curatela>>*, como *<<la mancomunada impuesta por la Audiencia, con la atribución además del cargo de curador a una persona expresamente excluida por la demandada. Amén de resultar contraproducente el ejercicio de tal cargo bajo el régimen jurídico de la mancomunidad, dado el conflicto existente entre los hermanos, que dificultaría la unidad de actuación que exige la curatela, cuyo ejercicio no es susceptible de conciliarse con discrepancias en las funciones asistenciales o, en su caso, excepcionales de representación>>*.

5.2.1.b) Los poderes y mandatos preventivos

Pese a aparecer configurados los poderes y mandatos preventivos en la anterior redacción del Código Civil, en la nueva normativa estos han sido constituidos como medidas voluntarias de apoyo, extensamente reguladas en los artículos 256 a 262 del CC,

[51] Iberley. (2021, 3 de septiembre). "Autocuratela y nombramiento del curador según el Código Civil". Recuperado de https://www.iberley.es/temas/autocuratela-nombramiento-curador-cc-65457.
[52] STS (Sala 1ª) 19 octubre 2021, rec. Nº305/2021 (ECLI:ES:TS:2021:3770 (LA LEY 184629/2021)

los cuales, de acuerdo con RIBOT IGUALADA, J. se configuran como "el negocio jurídico unilateral o bilateral mandato en virtud del cual una persona, anticipando que puede llegar a tener necesidad de apoyo en el futuro, designa para ese caso uno o varios apoderados cuya aceptación implica que deben proporcionárselo actuando en su nombre o por su cuenta en el ámbito y con el alcance que ella misma hubiera establecido"[53].

En este sentido, de acuerdo con el artículo 257 CC, dichos mandatos y poderes se proyectan teniendo en cuenta las circunstancias de que la persona con discapacidad precise de apoyos en el futuro. Además, se basan en la concreción de medidas de naturaleza personal y patrimonial configuradas a favor de una persona en la que el discapacitado confía para ejercer las labores necesarias de apoye, y con alcance previamente establecido.

A tenor del artículo 255 del CC, estas medidas disponen de contenido completo y proporcional a las necesidades del apoderado y son autosuficientes, por cuanto únicamente en defecto de las mismas, o en el caso de que estas presenten un contenido insuficiente, la autoridad judicial podrá adoptar otras medidas supletorias o complementarias a los mandatos o poderes establecidos. De esta forma, los mandatos y poderes siguen siendo vigentes aun en los casos en que se constituyan otras medidas a favor del poderdante, ya sean estas medidas de carácter bien voluntario, bien judicial, y por tanto incluidas la curatela y la autocuratela, de conformidad con el artículo 258.1 del CC. Todo ello es comentado en STS de 2 de noviembre de 2021 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo[54].

Así, alega LÓPEZ SAN LUIS, R. que, al contrario de la autocuratela que se configura como la propuesta (o exclusión) de una persona como curador por parte de la persona interesada o de la autoridad judicial, los poderes o mandatos preventivos se tratan de declaraciones de voluntad del individuo que despliegan todos sus efectos como un negocio jurídico, sin que sea elemento necesario la acreditación del hecho que los motiva, pese a que posteriormente será la autoridad judicial la encargada del nombramiento y calificación del curador[55].

---

[53] RIBOT IGUALADA, J. (2021).; "Comentarios a los artículos 256 y 257 del Código Civil". Comentarios a la Ley 8/2021, por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, directora C. Guilarte Martín-Calero, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), pág. 578.

[54] STS de 2 de noviembre de 2021 (RJ 2021, 4958).

[55] LÓPEZ SAN LUIS, R.; "El principio de respeto a la voluntad de la persona con discapacidad en la Convención de Nueva York (2006), y su reflejo en el anteproyecto de ley por la que se reforma la

5.2.2. Las medidas no voluntarias o de configuración judicial

Pese a que la Ley estipula que las medidas voluntarias gozan de carácter preferente, la realidad es que no en escasas situaciones se podrá contar con ellas, debido a la imposibilidad de previsión de una futura causa de discapacidad de la persona o por la existencia de una discapacidad sumamente impeditiva, la cual impida a la persona que la presenta manifestar su voluntad por cualquier medio.

En estos casos, se debe acudir a las medidas de configuración judicial previstas en la Ley 8/2021, las cuales, en consecuencia, solo se pueden adoptar de forma subsidiaria y en defecto de las voluntarias.

En este sentido, las medidas adoptadas por la vía judicial son 1) la designación de curador, que puede ser asistencial o representativo y cuyo nombramiento puede hacerse bien por la vía del expediente de jurisdicción voluntaria, bien por la vía contenciosa en caso de existir oposición en la primera; 2) la designación de un defensor judicial; y 3) la solicitud de autorización para actos puntuales, generalmente de índole económico patrimonial. Las dos primeras constituyen objeto de estudio seguidamente.

5.2.2.a) La curatela

En cuanto a la curatela, esta se constituye como la medida de soporte de configuración judicial por excelencia, y viene regulada en los artículos 275 a 294 CC. Tal y como dispone la Ley 8/2021 como el propio nombre de la medida indica, <<cura>>, revela el significado y finalidad de dicha institución; esto es, la asistencia – apoyo – ayuda de la persona que lo precise.

En particular, la curatela se trata de la medida de apoyo formal que se aplicará a aquellas personas con discapacidad que necesiten soporte continuado, y, de acuerdo con el Código Civil, su extensión vendrá determinada por medio de la resolución judicial pertinente de acuerdo con las circunstancias de la persona. Por lo tanto, dicha resolución judicial deberá contener un detalle extensivo de los actos para los cuales la persona con discapacidad precisa de apoyo. Esto es lo que se conoce como doctrina del traje a medida, la cual ha venido siendo desarrollada por el Tribunal Supremo a lo largo de los últimos años, y ésta, tal y como expone GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., defiende la

legislación civil y procesal en materia de discapacidad", Indret: Revista para el Análisis del Derecho, 2020, p.130.

exigencia a los jueces a resolver los supuestos de acuerdo con el principio de flexibilidad, con el fin de obtener una perfecta delimitación de las necesidades de la protección y de constitución de los apoyos precisos en cada caso[56], llevado en esta ocasión a su máxima expresión. En este sentido, la prestación de apoyo debe ser proporcional a las necesidades de la persona, y respetando y promoviendo en cualquier caso la autonomía, voluntad y preferencias de la persona sujeta a curatela.

Como se ha comentado previamente, al ser la curatela de naturaleza judicial, cabe acudir a esta medida en defecto y subsidiariamente al régimen voluntario, y en cuanto a la forma de llevarla a cabo se atenderá al artículo 282 del CC, el cual dispone que una vez el curador haya tomado posesión de su cargo, tendrá la obligación de asistir a la persona a la que preste apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica de forma que respete su voluntad, deseos y preferencias, así como que éste fomentará la toma de decisiones por parte de la persona con discapacidad, de forma que la misma pueda ejercer su capacidad con menos apoyo en el futuro. De esta forma, se pretende que la curatela siga ejerciéndose de conformidad con la voluntad y preferencias de la persona a la que se presta el apoyo.

Asimismo, en el ámbito de la curatela cabe hacer una distinción entre la que se lleva a cabo con funciones asistenciales, la cual es prioritaria, y la que se desempeña con funciones representativas. En este sentido, en el Preámbulo de la Ley 8/2021, se manifiesta el deber de excluir en la medida de lo posible las actuaciones de naturaleza representativa, primando las de naturaleza asistencial. Por lo tanto, "en los casos en los que sea preciso, y solo de manera excepcional, podrá atribuirse al curador funciones representativas". De esta forma, y de acuerdo con el artículo 269 CC, la curatela se configura como una medida de naturaleza asistencial de forma general, con excepción de que pueda establecerse una curatela representativa en aquellos casos concretos en los que sea indispensable[57].

Esta excepcionalidad tan remarcada en la nueva normativa es objeto de crítica por RUBIO GARRIDO, T., quien concuerda en opinión con BERCOVITZ, y el cual manifiesta que pese a presentarse las medidas de función representativa como una modalidad residual de apoyo, "excepcional, casi como si fuera una institución odiosa, la

[56] GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.; "Proceso de modificación de la capacidad: principio de proporcionalidad y principio de autonomía. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 2015". Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, 2016, p.3.

[57] ARNAU MOYA, F.; "Aspectos polémicos de la Ley 8/2021 de medidas de apoyo a las personas con discapacidad", Rev. Boliv. De Derecho, nº33, 2022, p.546 a 549.

realidad se impondrá (…) y muchísimas personas con discapacidad habrán de quedar sujetas a medidas de apoyo que impliquen facultades de representación plena". Y que en estos casos continuará siendo esencial el "cotejo o bastanteo" de facultades de las personas, especialmente en notarías y registros, siendo que la nueva ley ha eliminado el control o intervención judicial imperativa, de modo que incluso en casos en los que se requiera una cognición judicial, la ley no proporciona pautas claras para la función representativa tuitiva, junto con todas las modificaciones o adaptaciones que en cada caso la prudencia judicial pudiera aportar[58].

Con respecto a considerar la procedencia de una curatela representativa o asistencial, PAU PEDRÓN, A. expone que lo que la determina es un elemento fáctico, este es, el grado de discapacidad[59]. Y aun cuando concurran causas que lleven a imponer una curatela representativa, esta en ningún caso podrá suponer una simple representación absoluta, sino que la resolución judicial que la establezca habrá de concluir los hechos concretos para los que la persona con discapacidad ha de ser representada a través del curador. Por su parte, TORRES COSTAS, Mª E. mantiene que nos encontramos ante una interpretación o integración de la voluntad y no ante la sustitución de esta, siendo pertinente alejarnos de las anteriores incapacitación y tutela, y que dependerá en gran medida de cómo los jueces delimiten la curatela representativa, y de si llevarán a cabo o no un carácter restrictivo[60].

A tenor de lo expuesto, desde la entrada en vigor de la Ley 8/2021 ya son varias las resoluciones judiciales que se han llevado a cabo en aplicación del nuevo régimen. Entre ellas, encontramos la Sentencia del Tribunal Supremo 589/2021, de 8 de septiembre[61], la cual se adjunta como ANEXO Nº1, por cuanto va a ser objeto de análisis seguidamente por ser la precursora en la aplicación de la nueva normativa.

El supuesto que trata esta sentencia es el de un señor que padece síndrome de Diógenes el cual aparentemente le está comportando perjuicios a sí mismo y a terceros. Esta situación se llevaba produciendo con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley

[58] RUBIO GARRIDO, TOMÁS. "La Ley 8/2021, de 2 de junio, sobre personas con discapacidad: ¿un ejemplo de buenismo y adanismo legislativos?" *InDret* 3 (2022): P. 329 Print.
[59] PAU PEDRÓN, A.; "De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código Civil", Revista de Derecho Civil, vol.5, núm. 3.
[60] TORRES COSTAS, Mª E.; "La capacidad jurídica a la luz del art. 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad", Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2020.
[61] STS 589/2021, de 8 de septiembre (Tol 8.585.229).

8/2021, y, en el año 2019, el Ministerio Fiscal interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia de Oviedo, solicitando que se impusieran medidas de apoyo y se llevara a cabo la determinación de la extensión de la capacidad jurídica de dicha persona.

A modo de facilitar la exposición del supuesto, atendemos a las manifestaciones realizadas por parte del Juzgado de Primera Instancia nº9 de Oviedo y que recoge ALVENTOSA DEL RÍO, J., que son las siguientes:

1. El demandado padece síndrome de Diógenes con posible trastorno de la personalidad.
2. Tal patología le condiciona en el cuidado correcto de su salud e higiene, así como del inmueble en el que reside, con riesgo evidente para la salubridad general y, en concreto, para la de sus vecinos de edificio.
3. Según el forense, tal situación debería ser abordada mediante el tratamiento médico correspondiente que detecte otras posibles patologías o trastornos.
4. En la exploración judicial el demandado se ha mostrado preciso y coherente en su razonamiento, respondiendo a todas las preguntas planteadas, tanto de edad, nacimiento, estado familiar, recursos económicos, aspectos de su vida diaria, y argumentando que, aunque es cierto que rebusca en la basura, solo recoge cosas en buen estado (…).
5. Por último, que el síndrome de Diógenes que padece el demandado no ha generado situaciones de urgencia que hayan supuesto riesgos efectivos e inmediatos para el propio demandado y/o terceros[62].

En atención a las apreciaciones formuladas, el Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia en la que acordó modificar la capacidad de obrar del demandado acordando como medida de apoyo la asistencia en el orden y limpieza de su vivienda, a través de la autorización a la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias para entrar en esta vivienda como tutora del demandado, con la periodicidad que estimara conveniente, con tal de llevar a cabo la limpieza del domicilio.

Ante esta resolución, el demandado formuló recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Asturias, el cual fue desestimado por el tribunal por considerar

[62] ALVENTOSA DEL RÍO, J.; "Primera sentencia del Tribunal Supremo sobre medidas de apoyo pronunciada después de la publicación de la Ley 8/2021. Comentario a la STS 589/2021, de 8 de septiembre". Rev. Boliv. De Derecho N33, enero 2022, ISSN: 2070-8157, pp. 778-799, p. 781.

que el apelante padecía una incapacidad relevante para cuidad su salud e higiene, con riesgo para la salubridad de sus vecinos en el inmueble, y que dicho trastorno grave de la personalidad le incapacitaba para gobernarse a sí mismo en los aspectos personal y doméstico, alimentación, entre otras, con grave repercusión y perjuicio para terceros que se veía agravado debido a su no reconocimiento de tal patología[63].

En consecuencia, el recurrente formuló recurso de casación ante el TS, el cual se ha pronunciado con respecto a la aplicación de la Ley 8/2021 en base a la disposición transitoria 6ª de la misma, y, especialmente declara la adecuación de la medida de apoyo de la curatela, de acuerdo con las observaciones que realiza en el fundamento de derecho 4º, 1r párrafo, en el que establece cuáles son los elementos caracterizadores del nuevo régimen 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 igualdad de 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 o que sólo se acordarán en defecto o insuficiencia de estas últimas; iv) no se precisa ningún previo pronunciamiento sobre la capacidad de la persona; 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."*>> (FD 4.1.)

En atención a la concurrencia de los elementos mencionados en el supuesto, la resolución del Tribunal Supremo es la de estimar parcialmente el recurso de casación interpuesto. Por un lado, deja sin efecto la declaración de modificación de capacidad, y por otro, acuerda reemplazar la tutela por una curatela asistencial, cuyas funciones continúan siendo atribuidas a la Administración Pública de Asturias. Asimismo, en cuanto al contenido de la curatela, lo mantiene, y permite que la entidad designada como curadora realice servicios de limpieza en el domicilio de la persona con síndrome de Diógenes mediante la entrada en este con la periodicidad que sea oportuna, por un lado,

[63] SAP Asturias 237/2019, de 19 de junio de 2019

y que asegure su atención médica en lo que respecta al trastorno que padece y lo que guarde directa relación con él, por otro. Además, establece que, cada seis meses, se lleve a cabo una revisión del resultado de las medidas acordadas y de la incidencia que hayan podido tener. Por último, señala que la curadora deberá esmerarse en conseguir la colaboración del interesado, y que únicamente en los casos en que sea imprescindible podrá esta recabar el auxilio imprescindible para asegurar el tratamiento médico y asistencia de este.

En otra línea, ARNAU MOYA, F. alude a la importancia de la reinterpretación del artículo 268 del CC llevada a cabo por el TS, de acuerdo con el cual *"en la provisión de apoyos judiciales hay que atender en todo caso a la voluntad, deseos y preferencias del afectado. El empleo del verbo <<atender>>, seguido de <<en todo caso>>, subraya que el juzgado no puede dejar de recabar y tener en cuenta (siempre y en la medida de lo posible) la voluntad de la persona con discapacidad destinataria de los apoyos, así como sus deseos y preferencias, pero no determina que haya que seguir siempre el dictado de la voluntad, deseos y preferencias manifestados por el afectado"*[64]. (FD 4.5.)

De este modo, el Tribunal Supremo plantea una cuestión fundamental, al considerar que la principal dificultad para validar las medidas de apoyo en vista del nuevo régimen de provisión de apoyos es la directriz legal de que las medidas y su ejecución se ajusten a la voluntad y preferencias del interesado. En este sentido, se cuestiona si es posible acordar medidas de apoyo judicialmente en contra de la clara y terminante oposición del interesado, esto es, si se puede proveer un apoyo judicial en cualquier caso, aun en contra de la voluntad expresada por la persona interesada.

En respuesta a ello, el propio TS afirma en el fundamento de derecho 4º, 5º párrafo, que la Ley 8/2021 responde de manera afirmativa a la cuestión formulada, de acuerdo con los preceptos de la LJV que permiten que el expediente de jurisdicción voluntaria finalice cuando se formule oposición, acudiendo por lo tanto a un procedimiento contradictorio, un juicio verbal especial. En este sentido afirma que *"es muy significativo que <<la oposición de la persona con discapacidad a cualquier tipo de apoyo>>, además de provocar la terminación del expediente, no impida que las medidas puedan ser solicitadas en un juicio contradictorio, lo que presupone que ese*

[64] ARNAU MOYA, F.; "Aspectos polémicos de la Ley 8/2021 de medidas de apoyo a las personas con discapacidad". Rev. Boliv. De Derecho Nº33, enero 2022, ISSN:2070-8157, pp. 534-573. p. 544.

juicio pueda concluir con la adopción de las medidas, aún en contra de la voluntad del interesado". (FD 4.5.)

La doctrina mayoritaria coincide con esta postura. A modo de ejemplo, PETIT SÁNCHEZ, M. opina que pese a no existir pronunciación expresa en la Ley al respecto, "en principio, parece que las medidas de apoyo podrían fijarse, aún en contra de la voluntad del afectado -y por tanto, abundando en la premisa, atendiendo a un interés superior de éste-, toda vez que él será parte en el procedimiento judicial dirigido al establecimiento de dichas medidas, y será oído durante el mismo. (…) Así pues, si el discapacitado intelectual no acordara apoyos preventivamente o los rechazara cuando fueran necesarios, si estamos ante un interés necesitado de protección, legalmente existen mecanismos judiciales para establecer un adecuado régimen de asistencia"[65]

5.2.2.b) El defensor judicial

El defensor judicial viene configurado en el Capítulo V de la Ley 8/2021 como una medida judicial de soporte plenamente autónoma de la persona con discapacidad, que entra en juego de forma ocasional, aunque recurrente; de modo que se aleja notoriamente a su forma anterior a la nueva regulación y a cómo esta figura era entendida hasta el momento. Por ello, debe ser analizada cómo si de un nuevo concepto se tratase y sin olvidar que ello no obsta el mantenimiento de aquellos supuestos en los que el defensor judicial pueda tener una función meramente coyuntural o subsidiaria respecto de otras medidas de apoyo establecidas[66].

A grandes rasgos, el defensor judicial se prevé como la medida procedente en aquellos casos en los que la persona con discapacidad precise apoyo de forma esporádico, aunque dicho apoyo se precise de forma recurrente. En este sentido, cabe atender al Preámbulo de la Ley 8/2021, en el cual se dispone que *"en el nuevo texto se recoge la figura del defensor judicial, especialmente prevista para cierto tipo de situaciones, como aquella en que exista conflicto de intereses entre la figura de apoyo y la persona con discapacidad, o aquella en que exista imposibilidad coyuntural de que la figura de apoyo habitual lo ejerza".*

[65] PETIT SÁNCHEZ, M.:"La adopción de medidas", cit., p. 307.
[66] GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., Dir.; "Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, 1ª ed., Editorial Aranzadi, Pamplona, 2021.

Además de las mencionadas, la Ley prevé una serie de causas que comportan el nombramiento de defensor judicial de la persona con discapacidad. En concreto, estas circunstancias están recogidas en el artículo 295 del CC, y son las siguientes: *"1.º Cuando, por cualquier causa, quien haya de prestar apoyo no pueda hacerlo, hasta que cese la causa determinante o se designe a otra persona. 2.º Cuando exista conflicto de intereses entre la persona con discapacidad y la que haya de prestarle apoyo. 3.º Cuando, durante la tramitación de la excusa alegada por el curador, la autoridad judicial lo considere necesario. 4.º Cuando se hubiere promovido la provisión de medidas judiciales de apoyo a la persona con discapacidad y la autoridad judicial considere necesario proveer a la administración de los bienes hasta que recaiga resolución judicial. 5.º Cuando la persona con discapacidad requiera el establecimiento de medidas de apoyo de carácter ocasional, aunque sea recurrente. Una vez oída la persona con discapacidad, la autoridad judicial nombrará defensor judicial a quien sea más idóneo para respetar, comprender e interpretar la voluntad, deseos y preferencias de aquella".*

A modo de análisis, con respecto al apartado 2º del citado artículo conviene atender a lo controvertido que puede resultar la existencia de "conflicto de intereses", puesto que el mencionado artículo no contiene descripción de los requisitos o presupuestos que deben concurrir para determinar la existencia de un auténtico conflicto de intereses entre la persona con discapacidad y la designada para prestarle apoyo. En este sentido se pronunciaba SÁNCHEZ-VENTURA MORER, I. con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva Ley; al afirmar que "en una primera aproximación, el conflicto de intereses se ha descrito como aquella institución en la que la actuación de los representantes, en la realización de los actos de guarda y protección, pone en peligro en beneficio del menor o incapaz al ser contrario al interés subjetivo o personal de aquellos (STS núm. 21/2003, de 17 de enero [RJ 2003/433])[67].

En la práctica, cuando hacemos mención del conflicto de intereses, es inevitable pensar en el ámbito sucesorio, pues no es ninguna sorpresa que en la partición hereditaria acostumbran a existir numerosos intereses en juego. Y es que no es de extrañar que la persona con discapacidad y la persona que deba prestarle el apoyo sean familiares y el caudal hereditario deba repartirse entre ellos, de manera que confluya en una sola persona la defensa de su propio interés y la del interés de la persona a la que presta apoyo. Así,

[67] SÁNCHEZ-VENTURA MORER, I.; "Supuestos en los que interviene el defensor judicial: mención especial a la situación de conflicto de intereses", op. cit. pág. 275.

encontramos las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN, actual Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública) de 23 de mayo de 2012, la cual expone en su fundamento jurídico 6º que *"(…) la contradicción de intereses en el ámbito de la partición hereditaria se puede deber a diferentes motivos: incluir en el inventario bienes como gananciales o bienes de cuyo título adquisitivo no resulte con claridad tal carácter; no ajustarse el viudo o viuda en la adjudicación de los bienes a las disposiciones legales sobre titularidad de cuotas en el caudal relicto; ejercitar el cónyuge viudo una opción de pago de su cuota legal usufructuaria"*[68] etc.

Asimismo, tal y como comenta MUÑOZ CALVO, A., interesa destacar por su relevancia práctica, que, de conformidad con la nueva redacción del artículo 1060 del CC, se exige la aprobación judicial de la partición de la herencia llevada a cabo tanto por el curador con facultades de representación como por el defensor judicial designado para actuar en la partición hereditaria, con la excepción de que el juez hubiera dispuesto lo contrario al realizar el nombramiento de defensor judicial[69].

Por lo que respecta a otros matices de la regulación de esta medida, el artículo 296 del CC establece que no se nombrará defensor judicial si el apoyo se ha encomendado a más de una persona, salvo que ninguna de estas pueda actuar, o bien la autoridad judicial considere necesario el nombramiento de forma motivada. Por último, el artículo 297 del CC nos remite a las mismas causas de inhabilidad, excusa y remoción que las previstas para el curador, así como las obligaciones que a este se atribuyen de conocer y respetar la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad[70].

5.2.3. Especial referencia a la guarda de hecho

Para finalizar con la reforma sustantiva del Código Civil, se dedica el presente apartado a abordar la medida de la guarda de hecho, que se encuentra expresamente regulada en los artículos 263 a 267 del CC. Dicha figura ha sufrido un cambio de gran incidencia legal, pues al contrario de cómo se venía configurando en la normativa

[68] NÚÑEZ NÚÑEZ, M.; "La aceptación de la herencia y la intervención en la partición, en AA.VV. (PEREÑA VICENTE, M., Dir,): El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021, de 2 de junio, 1ª ed., Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, págs. 606-607.

[69] MUÑOZ CALVO, A.; "Breve informe sobre la Ley 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 (1)" en Ley de apoyo a las personas con discapacidad: breve acercamiento, Notarios y Registradores. 10/06/2021

[70] Así lo disponen los artículos 296 y 297 del Código Civil (Gaceta de Madrid, núm. 206, de 25 de julio de 1889).

anterior, esta ha dejado de ser una situación fáctica y provisional, para pasar a erigirse como una propia institución jurídica de apoyo, tal y como se dispone en el Preámbulo de la Ley 8/2021[71].

El nuevo paradigma de la guarda de hecho se constituye a partir de las consideraciones reflejadas en la Exposición de motivos de la Ley 8/2021, en la que se manifiesta lo siguiente: *<<La realidad demuestra que en muchos supuestos la persona con discapacidad está adecuadamente asistida o apoyada en la toma de decisiones y el ejercicio de su capacidad jurídica por un guardador de hecho – generalmente un familiar, pues la familia sigue siendo en nuestra sociedad el grupo básico de solidaridad y apoyo entre las personas que la componen, especialmente en lo que atañe a sus miembros más vulnerables-, que no precisa de una investidura judicial formal que la persona con discapacidad tampoco desea>>*.

En consecuencia, la guarda de hecho viene establecida como una institución de carácter informal, y por lo tanto, que no precisa de ningún procedimiento específico para su configuración, por cuanto lo que se pretende es dotar de efectos jurídicos a una situación fáctica, de forma que prevalezca la voluntad de la persona con discapacidad al buscar soluciones que incidan lo mínimo posible en su esfera personal.

Sin embargo, no en todos los supuestos se puede prescindir de acudir a la autoridad judicial, pues la Exposición de motivos sigue diciendo que *<<Para los casos en que se requiera que el guardador realice una actuación representativa, se prevé la necesidad de que obtenga una autorización judicial ad hoc, de modo que no será preciso que se abra todo un procedimiento general de provisión de apoyos, sino que será suficiente con la autorización para el caso, previo examen de las circunstancias>>*.

En concordancia con lo expuesto, si atendemos al núcleo de la ley conviene reparar en varios preceptos. En primer lugar, se establece en el artículo 264.1 del CC, párrafo 1º, que *"Cuando, excepcionalmente, se requiera la actuación representativa del guardador de hecho, este habrá de obtener la autorización para realizarla a través del correspondiente expediente de jurisdicción voluntaria, en el que se oirá a la persona con discapacidad"*, añadiendo en el párrafo 3º que no será necesaria la autorización judicial

[71] Así se dispone en el Preámbulo de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (BOE, núm. 132, de 3 de junio del 2021).

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

De este carácter informal de la guarda de hecho habla DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., quien alega lo paradójico que resulta que, siendo la guarda de hecho una medida de apoyo informal, el guardador se vea obligado a acudir a un Juzgado para que se le declare formalmente como tal, a fin de poder realizar una actuación representativa, para la cual está expresamente legitimado por el art. 264.3 CC[72].

En otro sentido, LORA-TAMAYO VILLACIEROS, M. y PÉREZ RAMOS, C., aluden a la problemática que van a suponer la determinación tanto del título de legitimación de guardador de hecho, como del ámbito de las facultades del mismo, así como del tipo de apoyo que el guardador puede desplegar[73].

Asimismo, a tenor del artículo 263 del CC, la guarda de hecho se configura como una figura de carácter subsidiario, por cuanto se exige para su subsistencia que no existan otras medidas de apoyo, voluntarias o judiciales, o que estas medidas no se estén aplicando de forma eficaz. Este requisito es fundamental, puesto que en la práctica se deberá investigar mediante consulta al Registro Civil e interrogatorio a los interesados si existen medidas de apoyo previamente establecidas[74].

Con respecto a esto último, cabe recordar lo que mencionábamos en epígrafes anteriores acerca de que, con la nueva regulación, las medidas de apoyo acceden Registro Civil como datos sometidos al régimen de publicidad restringida, lo cual puede comportar serias dificultades a la hora de conocer la existencia de medidas por parte de los interesados. Sin embargo, la cuestión más controvertida que se plantea con relación a la guarda de hecho es lo que atañe al régimen de prueba.

En este sentido expone nuevamente DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., que *"la desjudicialización que supone el reforzamiento de la guarda de hecho como medida de*

[72] DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.; "Primeras resoluciones judiciales aplicando la ley 8/2021, de 2 de junio en materia de discapacidad", en Diario de La Ley Nº 10021, Sección Dossier, 3 de marzo de 2022, Wolters Kluwer. Pág. 12.
[73] LORA-TAMAYO VILLACIEROS, M., PÉREZ RAMOS, C.; "La guarda de hecho tras la nueva regulación de la LEY 8/2021", en Último número de EL NOTARIO DEL SIGLO XXI – septiembre – octubre / Nº99.
[74] LORA-TAMAYO VILLACIEROS, M., PÉREZ RAMOS, C.; "La guarda de hecho tras la nueva regulación de la LEY 8/2021", en Último número de EL NOTARIO DEL SIGLO XXI – septiembre – octubre / Nº99.

apoyo parece totalmente razonable, pero debe ir acompañada de un sistema que facilite la prueba de la condición de guardador, pues, en caso contrario, éste difícilmente podrá actuar en representación de la persona con discapacidad en los actos a los que se refiere el art. 264.3 CC, los cuales, aunque de escasa cuantía económica (razón por la que, precisamente, no requieren autorización judicial), pueden tener una gran trascendencia práctica". En este sentido, la Consulta INSS de 30 de noviembre de 2021 ha manifestado que <<el guardador de hecho puede solicitar la prestación económica de la Seguridad Social e favor de la persona con discapacidad, sin requerirse para ello autorización judicial, ingresándose la pensión en la cuenta bancaria de la persona con discapacidad>> y que <<la condición de guardador de hecho puede acreditarse mediante libro de familia (que acredite, en su caso, la relación de parentesco que mantienen el guardador y la persona con discapacidad), certificado de empadronamiento o documentación que acredite convivencia, así como aquellos documentos de los que se desprenda claramente dicha condición>>[75].

Esta incertidumbre acerca de los medios de prueba válidos junto con la concurrencia de varias medidas simultáneas, por no estarse aplicando alguna de estas de manera eficaz, nos lleva a imaginar posibles escenarios en los que no todos los sujetos actúan de buena fe. Para finalizar, y con tal de aproximarnos a una idea de los jardines en que nos podremos encontrar, cabe atender a las palabras de CARRASCO PERERA, Á., las cuales creo conveniente reproducir textualmente debido a su contundencia: "la guarda de hecho se impone frente a las medidas institucionales de apoyo (incluso la curatela representativa) si éstas resultan en la práctica ineficaces (arts. 250 IV i 260 del CC), lo que no dejará de tener influencia en el régimen general de validez o nulidad contractual, pues ¿qué importa que se haya prescindido del curador representativo si su ministerio estaba resultando ineficaz para el fin preordenado por la Ley? Expuesto este escenario, se comprende cómo la no actuación o la actuación insuficiente del guardador de hecho no puede tener relevancia en la efectividad del contrato. Nadie ajeno al núcleo relacional más estrecho de otra persona sabe quién es guardador de hecho de quién (…). Por mucho

[75] DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.; "Primeras resoluciones judiciales aplicando la ley 8/2021, de 2 de junio en materia de discapacidad", en Diario de La Ley Nº 10021, Sección Dossier, 3 de marzo de 2022, Wolters Kluwer. Pág. 11.

que se quiera, el Notario no puede dar fe suficiente ni de la existencia ni del modo de actuación prescrito de quien se presenta como guardador de hecho de otra persona”[76].

`

[76] CARRASCO PERERA, Á.; “Contratación por discapacitados con y sin apoyos” *Revista CESCO de Derecho de consumo nº42/2022. Pág. 221.*

VI. BREVE APUNTE AL CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA

6.1. La figura de la asistencia

Se han dedicado los capítulos anteriores a desarrollar las cuestiones primordiales de la reforma del Código Civil español operada por la Ley 8/2021 en el plano estatal.

En lo que a Cataluña atañe, la misma cuenta con un derecho civil propio, por lo que en dicho territorio la reforma del Código Civil desarrollada en los capítulos anteriores no tiene aplicación, ni si quiera de forma supletoria, de acuerdo con los artículos 111-2 y 111-5 del Código Civil de Cataluña, en adelante CCCAT. En este sentido, en el artículo 129 del Estatuto de Autonomía de Cataluña[77] se dispone que Cataluña tiene competencia exclusiva en materia de derecho civil, con excepción de las materias reservadas al Estado que vienen dispuestas en el artículo 149.1.8ª de la Constitución Española.

En consecuencia, conviene dedicar un breve apartado del presente estudio a abordar el estado de la cuestión legislativa en el territorio de Cataluña, por cuanto la Ley 8/2021 ha supuesto una reforma de gran calado en el sistema procesal del Estado, tanto a través de la LEC, como de la LJV, mediante la supresión de procedimientos de gran incidencia práctica, como es el de la modificación judicial de la capacidad de obrar. Por consiguiente, ello no puede pasar desapercibido en el contenido sustantivo del derecho civil catalán, puesto que se ha eliminado el cauce procesal a seguir para acordar judicialmente la gran mayoría de instituciones de protección de la persona con discapacidad en Cataluña.

En este sentido, en caso de no aprobarse de forma inmediata una modificación legislativa, la entrada en vigor de la Ley 8/2021 generaría un vacío legal en Cataluña, por cuanto los presupuestos de la tutela, la curatela y la potestad parental prorrogada o rehabilitada que regula el CCCAT se han eliminado y dejan de poder aplicarse en el futuro. Asimimo, se podría plantear la duda de qué medida solicitar para la persona que necesita apoyo en los nuevos procedimientos de provisión de medidas de apoyo que se emprendan en Cataluña, en cuyo caso, se produciría una gran falta de seguridad jurídica[78].

[77] Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña (BOE, núm. 172, de 20 de julio de 2006).

[78] Así se dispone en la Exposición de Motivos del Decreto-ley 19/2021, de 31 de agosto, por el que se adapta el Código Civil de Cataluña a la reforma del procedimiento de modificación judicial de la capacidad (BOE, núm. 265, de 5 de noviembre de 2021).

Sin embargo, la adaptación del CCCAT a las exigencias de la Convención todavía no se ha producido; y, de forma provisional, se encuentra en vigor un régimen transitorio adaptado a las premisas de la Convención, que tiene por finalidad ofrecer una respuesta temporal a los nuevos procedimientos de provisión de apoyo emprendidos a partir de la entrada en vigor de la Ley 8/2021 en Cataluña. Este régimen transitorio ha sido desarrollado a través del Decreto-ley 19/2021, de 31 de agosto, por el que se adapta el Código Civil de Cataluña a la reforma del procedimiento de modificación judicial de la capacidad[79], en adelante, Decreto-ley 19/2021.

Así, mientras no se lleve a cabo la reforma legislativa por parte de la Generalitat de Catalunya, el nuevo régimen se fundamenta <<*en la modificación de la actual institución de la asistencia, que a partir de ahora reemplazará a Cataluña las tutelas y curatelas, las potestades parentales prorrogadas y rehabilitadas y otros regímenes tutelares*>>[80]. Por lo tanto, se da lugar a una nueva configuración de la asistencia, por cuanto aquella que se preveía con anterioridad al Decreto-ley 19/2021 presentaba un contenido <<*incompleto y no* (permitía) *ofrecer a la ciudadanía un instrumento de apoyo flexible y que* (abarcara) *la diversidad de situaciones en las que la persona con discapacidad puede requerir un apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica*>>. En este sentido, la reforma <<*incorpora como novedad que se puede designar a la persona que tiene que prestar la asistencia tanto por la vía judicial, como hasta ahora, como mediante el otorgamiento de escritura pública notarial*>>.

Por su parte, el Decreto-ley 19/2021 se compone de dos artículos; el primero de ellos alude a la posibilidad de solicitar la constitución de la asistencia a cualquier persona mayor de edad que lo requiera, para ejercer su capacidad jurídica en igualdad de condiciones que los demás, y el artículo 2 modifica el capítulo VI del título II del libro segundo del CCCAT, a través de la reconfiguración de la asistencia como medida de apoyo transitoria a todas las personas con discapacidad.

Si se quiere llevar a cabo una lectura más profunda de las modificaciones llevadas a cabo, véase anexo nº2 como cuadro comparativo de la regulación de la asistencia en el CCCAT con anterioridad y con posterioridad a la entrada en vigor del Decreto-ley

[79] Decreto-ley 19/2021, de 31 de agosto, por el que se adapta el Código Civil de Cataluña a la reforma del procedimiento de modificación judicial de la capacidad (BOE, núm. 265, de 5 de noviembre de 2021).
[80] Así lo dispone la Exposición de Motivos del Decreto-ley 19/2021, de 31 de agosto, por el que se adapta el Código Civil de Cataluña a la reforma del procedimiento de modificación judicial de la capacidad (BOE, núm. 265, de 5 de noviembre de 2021).

19/2021. En este apartado, no obstante, únicamente se hará mención de los elementos más relevantes.

Así, las medidas previstas en el CCCAT continúan siendo configuradas bajo la premisa de optar preferentemente por las medidas voluntarias (poderes preventivos y autoasistencia) sobre las judiciales, y se eliminan la tutela, la curatela, la potestad parental prorrogada y la potestad parental rehabilitada[81]. Como medida informal encontramos de nuevo a la guarda de hecho, frente a la cual se presentan las medidas formales de la asistencia, el defensor judicial y los soportes mutuos. Asimismo, se llevará a cabo la inscripción en el Registro Civil de las resoluciones judiciales y los documentos públicos sobre las medidas de soporte a personas con discapacidad.

En cuanto a la asistencia, su nombramiento debe ser a través de escritura pública o notarial, o bien a través de un procedimiento de jurisdicción voluntaria respetando la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad; y, si la persona no las puede comunicar, deberá atenderse a su trayectoria vital, a sus manifestaciones previas de voluntad en contextos similares, a la información de que dispongan las personas de su confianza, o bien a cualquier otra consideración pertinente al caso. Respecto a la revisión de la medida acordada, esta será cada 3 años, salvo que el Juez fije un plazo superior, que en todo caso no podrá superar los 6 años[82].

Expuestos los rasgos principales de la regulación transitoria, conviene reparar en que la Disposición final cuarta del Decreto-ley 19/2021 establece la obligación al Parlament de Catalunya de presentar un proyecto de ley de modificación del CCCAT en materia de apoyos al ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, en el plazo máximo de doce meses desde la entrada en vigor del dicho decreto-ley esto es, el 3 de septiembre de 2021. Sin embargo, hasta la fecha de hoy, no se ha cumplido con esta obligación.

La urgencia de que se presente este proyecto de ley radica en que la modificación del CCCAT es fundamental para garantizar la existencia de un régimen adecuado para las personas con discapacidad en Cataluña, siendo que el Código Civil de Cataluña actual no

[81] La Disposición final tercera del Decreto-ley 19/2021 dispone que *<<Todas las referencias que la normativa vigente realice a la tutela, la curatela y la potestad parental prorrogada o rehabilitada para personas mayores de edad, debe entenderse que se realizan al nuevo régimen de medidas de apoyo a las personas con discapacidad que establece este decreto-ley>>*.

[82] Así lo resume el Il·lustre Col·legi de l'Advocacia de Sabadell. "Reforma del CC i de la LEC per la llei 8/2021 de recolzament a persones amb discapacitat".

garantiza esta protección de manera suficiente. Asimismo, el incumplimiento de esta obligación por parte de la Generalitat de Catalunya puede generar una gran inseguridad jurídica y vulnerar los derechos de las personas con discapacidad; es por ello que es de vital importancia que se adopten medidas concretas con la mayor brevedad posible, al fin de garantizar la protección de los derechos de las personas con discapacidad.

VII. CONCLUSIONES

En definitiva, a lo largo de este Trabajo de Final de Grado se ha podido demostrar que el legislador estatal se ha excedido de idealista en la tarea de transponer la Convención al ordenamiento jurídico español. A mi juicio, las disposiciones de la Ley 8/2021 podrían haberse redactado de una forma mucho más cautelosa e inclusiva, y menos utópica.

En este sentido, fundamentos como el de la voluntad del individuo han sido llevados a su máxima expresión, casi ciegamente, por parte del legislador; quien no ha tenido en consideración que en España existen muchas personas con discapacidad grave que, ni aun haciéndose el mayor de los esfuerzos, puede llegar a conocerse su voluntad o preferencias en ningún momento de su vida. Y ante estos supuestos, al no existir en la ley la obligación de velar por el *interés superior del discapacitado*, éste quedará completamente desprotegido ante los supuestos en los que se actúe de mala fe.

El análisis efectuado ha permitido obtener conclusiones relevantes acerca de la existencia de serias imprecisiones en el desarrollo de la Ley 8/2021, así como de numerosas deficiencias que resultarán en paradojas y sinsentidos devenidos de la aplicación de la ley. En este sentido, se ha mencionado la obligación por parte del juez de revisar todas las medidas en un plazo de tres años, prorrogable hasta un máximo de seis; lo cual no solamente supone la inexistencia de discrecionalidad del juez a la hora de decidir sobre la verdadera necesidad de proceder a dichas revisiones en un plazo tan breve, sino que además obliga a las personas con discapacidad y a sus familiares a acudir periódicamente a los juzgados sin que concurra una necesidad real.

Por otro lado, en la misma línea, se ha expuesto la exigencia de acudir en primer lugar a la jurisdicción voluntaria de forma imperativa, lo cual ejemplifica nuevamente el olvido por parte del legislador de aquellos supuestos para los que esta vía no es ni por asomo, el cauce óptimo a seguir para acordar las medidas de apoyo, debido a su grado de complejidad; obligación que, inevitablemente, causa una demora innecesaria e incluso entra en conflicto con el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva.

En cuanto a las medidas de apoyo reguladas en la Ley 8/2021, no se puede afirmar que su configuración suponga un verdadero distanciamiento de lo que se venía disponiendo en la normativa anterior. Así, de la regulación se desprende que el legislador, a diferencia de lo que expone en el Preámbulo de la Ley 8/2021, sí ha introducido simplemente un cambio de terminología en el plano sustantivo, camuflándolo con

palabras grandilocuentes. Este hecho conduce a pensar que quizás las instituciones previstas en la anterior regulación no eran tan odiosas ni discriminatorias para la persona con discapacidad, y que simplemente se trataba de un problema de nomenclatura y de la percepción por parte de la sociedad de ciertos procedimientos o términos como el de <<incapaz>>.

Por su parte, la jurisprudencia que se ha pronunciado hasta el momento sobre el acuerdo de las nuevas medidas de apoyo, en concordancia con lo expuesto, no se ha alejado de forma bastante a cómo venía entendiendo las figuras previstas en la regulación anterior a la Ley 8/2021.

Por último, permaneceremos expectantes a cómo lleva a cabo la tarea de transponer la Convención el legislador catalán en el Código Civil de Cataluña, y si es que lo hace de una forma más prudente, lo cual aguardamos que sea con la mayor brevedad posible con tal de poder cumplir con lo dispuesto en el Decreto-ley 19/2021, dando fin al régimen transitorio que se encuentra actualmente en vigor en Cataluña, para garantizar una protección efectiva a las personas con discapacidad.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

Legislación

Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (BOE, núm. 132, de 3 de junio del 2021).

Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (BOE núm. 96, de 21 de abril de 2008).

Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (BOE, núm. 184, de 2 de agosto de 2011).

Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (BOE, núm. 289, de 3 de diciembre de 2013).

Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE, núm. 77, de 31 de marzo de 2015).

Ley 4/2017, de 28 de junio, de modificación de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (BOE, núm. 154, de 29 de junio de 2017).

Ley Orgánica 1/2017, de 13 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, para garantizar la participación de las personas con discapacidad sin exclusiones (BOE, núm. 303, de 14 de diciembre de 2017).

Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, para la modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad (BOE, núm. 294, de 6 de diciembre de 2018).

Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862 (Gaceta de Madrid, núm. 149, de 29 de mayo de 1862).

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (Gaceta de Madrid, núm. 206, de 25 de julio de 1889).

Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria (BOE, núm. 58, de 27 de febrero de 1946).

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE, núm. 7, de 8 de enero del 2000).

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 (BOE, núm. 277, de 19 de enero de 2003).

Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (BOE, núm. 175, de 22 de julio de 2011).

Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (BOE, núm. 158, de 3 de julio de 2015).

Real Decreto de 22 de agosto de 1885, por el que se publica el Código de Comercio (Gaceta de Madrid, núm. 289, de 16 de octubre de 1885).

Observación general Nº1 (2014), Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; 11ª período de sesiones 31 de marzo a 11 de abril de 2014.

Constitución Española, de 29 de diciembre, (BOE, núm. 311, de 29 de diciembre de 1978).

Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña (BOE, núm. 172, de 20 de julio de 2006).

Decreto-ley 19/2021, de 31 de agosto, por el que se adapta el Código Civil de Cataluña a la reforma del procedimiento de modificación judicial de la capacidad (BOE, núm. 265, de 5 de noviembre de 2021).

Doctrina

ALVENTOSA DEL RÍO, J.; "Primera sentencia del Tribunal Supremo sobre medidas de apoyo pronunciada después de la publicación de la Ley 8/2021. Comentario a la STS 589/2021, de 8 de septiembre". Rev. Boliv. De Derecho N33, enero 2022, ISSN: 2070-8157, pp. 778-799.

ARNAU MOYA, F.; "Aspectos polémicos de la Ley 8/2021 de medidas de apoyo a las personas con discapacidad". Rev. Boliv. De Derecho, nº33, 2022

BARRIO GALLARDO, A.; "La repercusión del artículo 12 de la Convención de Nueva York sobre el sistema tutelar español, Estudios en Homenaje al Prof. José Mª. Miquel", Vol. I (Coord. Luis Díez-Picazo) Thomson Reuters- Aranzadi Navarra, pág. 468.

CARRASCO PERERA, Á.; "Contratación por discapacitados con y sin apoyos" *Revista CESCO de Derecho de consumo nº42/2022.*

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.; "Primeras resoluciones judiciales aplicando la ley 8/2021, de 2 de junio en materia de discapacidad", en Diario de La Ley Nº 10021, Sección Dossier, 3 de marzo de 2022, Wolters Kluwer.

ESCARTÍN IPIÉNS, JA.; "La autocuratela en el Anteproyecto de Ley sobre modificación del Código Civil y otras leyes complementarias en materia de discapacidad", Revista de Derecho Civil (Revista electrónica) vol V, núm 3.

FERNÁNDEZ BEGOÑA, Mª B.; "Discapacidad y ejercicio de la autonomía personal" en Sistema de apoyos para personas con discapacidad. Medidas jurídico-civiles y sociales. 2021.

GARCÍA RUBIO, M.P.: “La necesaria y urgente adaptación del Código Civil español al artículo 12 de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad”, Anales de la Academia Matritense del Notariado, vol. X, año 2018.

GÓMEZ-LINANCERO CORRALIZA, A., “Análisis crítico de los fundamentos de la Ley 8/2021, de 2 de junio en materia de discapacidad” Diario La Ley, 2022.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.; “Proceso de modificación de la capacidad: principio de proporcionalidad y principio de autonomía. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 2015”. Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, 2016.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., Dir.; “Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, 1ª ed., Editorial Aranzadi, Pamplona, 2021.

LÓPEZ SAN LUIS, R.; “El principio de respeto a la voluntad de la persona con discapacidad en la Convención de Nueva York (2006), y su reflejo en el ateproyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad”, Indret: Revista para el Análisis del Derecho, 2020.

LORA-TAMAYO VILLACIEROS, M., PÉREZ RAMOS, C.; “La guarda de hecho tras la nueva regulación de la LEY 8/2021”, en Último número de EL NOTARIO DEL SIGLO XXI – septiembre – octubre / Nº99.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.; “Panorama general de las figuras de guarda legal de los discapacitados intelectuales”, en Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad, El Justicia de Aragón, 2010.

MORENO FLÓREZ, R. M. (Dir.) (2022).: “Problemática jurídica de las personas con discapacidad intelectual”. 1. Madrid, Dykinson.

MUÑOZ CALVO, A.; “Breve informe sobre la Ley 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 (1)" en Ley de apoyo a las personas con discapacidad: breve acercamiento, Notarios y Registradores. 10/06/2021

NÚÑEZ NÚÑEZ, M.; "La aceptación de la herencia y la intervención en la partición, en AA.VV. (PEREÑA VICENTE, M., Dir,): El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021, de 2 de junio, 1ª ed., Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, págs. 606-607.

PAU PEDRÓN, A.; "De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código Civil", Revista de Derecho Civil, vol.5, núm. 3.

PETIT SÁNCHEZ, M.:"La adopción de medidas", cit., p. 307.

POLONIO DE DIOS, G.: "Recorrido jurídico sobre medidas de apoyo a las personas con discapacidad", en Rev. Boliv. De Derecho Nº35, enero de 2021, ISSN: 2070-8157.

PORXAS ROIG, M. A.: "Un análisis del impacto del derecho en las personas con un diagnóstico psiquiátrico: la capacidad jurídica y el sujeto de derechos reinterpretados a la luz de la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad", Revista de Derecho Político, UNED, núm. 103, septiembre-diciembre 2018.

RIBOT IGUALADA, J., AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ (2019). Claves Para la Adaptación del Ordenamiento Jurídico Privado a la Convención de Naciones Unidas en Materia de Discapacidad (p. 217). Tirant lo Blanch.

RIBOT IGUALADA, J. (2021).; "Comentarios a los artículos 256 y 257 del Código Civil". Comentarios a la Ley 8/2021, por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, directora C. Guilarte Martín-Calero, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra).

RUBIO GARRIDO, T.; "La Ley 8/2021, de 2 de junio, sobre personas con discapacidad: ¿un ejemplo de buenismo y adanismo legislativos?" *InDret* 3 (2022). Print.

SÁNCHEZ GÓMEZ, A.; “Hacia un nuevo tratamiento de la discapacidad”, en Revista de Derecho Civil, vol. VII, núm.5 (octubre-diciembre, 20230) Ensayos.

SÁNCHEZ-VENTURA MORER, I.; “Supuestos en los que interviene el defensor judicial: mención especial a la situación de conflicto de intereses”, op. cit. pág. 275.

TOBOSO MARTÍN, M.; “La discapacidad dentro del enfoque de capacidades y funcionamientos de Amartya Sen”. Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades, Año 2010, nº20.

TORRES COSTAS, Mª E.; “La capacidad jurídica a la luz del art. 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2020.

VELILLA ANTOLÍN, N.. “Una visión crítica a la Ley de apoyo a las personas con discapacidad”. Último número de El Notario del siglo XXI – marzo-abril/ nº10

Diario de La Ley, Nº 9864, Sección Actualidad Legislativa Comentada, 4 de Junio de 2021, Wolters Kluwer; “Reforma civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”.

Il·lustre Col·legi de l’Advocacia de Sabadell. “Reforma del CC i de la LEC per la llei 8/2021 de recolzament a persones amb discapacitat".

Noticias Jurídicas. (2021, 3 de junio). “Ley 8/2021: claves de la reforma civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad. Recuperado de https://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/16345-ley-8-2021:-claves-de-la-reforma-civil-y-procesal-para-el-apoyo-a-las-personas-con-discapacidad/.

Noticias Jurídicas. (2021, 3 de junio). “Ley 8/2021: claves de la reforma civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad. Recuperado de https://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/16345-ley-8-2021:-claves-de-la-reforma-civil-y-procesal-para-el-apoyo-a-las-personas-con-discapacidad/.

Iberley. (2021, 3 de septiembre). “Autocuratela y nombramiento del curador según el Código Civil”. Recuperado de https://www.iberley.es/temas/autocuratela-nombramiento-curador-cc-65457.

Jurisprudencia

STS 282/2009, 29 de abril de 2009 (RJ 2009, 2901).

STS de 6 de mayo de 2021 (ID CENDOJ: 28079110012021100308).

STS nº124/2018, de fecha 7 de marzo de 2018

STS (Sala 1ª) 19 octubre 2021, rec. Nº305/2021 (ECLI:ES:TS:2021:3770)

STS de 2 de noviembre de 2021 (RJ 2021, 4958).

STS 589/2021, de 8 de septiembre (Tol 8.585.229).

SAP Asturias 237/2019, de 19 de junio de 2019

ANEXO Nº1. Sentencia del Tribunal Supremo núm. 589/2021, Sala de lo Civil, de 8 de septiembre de 2021

CASACIÓN núm.: 4187/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

PLENO

Sentencia núm. 589/2021

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres

D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán

D. José Luis Seoane Spiegelberg

D. Juan María Díaz Fraile

D. Antonio García Martínez

En Madrid, a 8 de septiembre de 2021.

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Asturias como consecuencia de autos de juicio verbal seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Oviedo. Es

parte recurrente XXX, representado por la procuradora Paloma Izquierdo Labrada y bajo la dirección letrada de Miguel Fernández Arango. Es parte recurrida la Administración del Principado de Asturias, representada por el procurador Fernando López Castro y bajo la dirección letrada de Verónica Mittelbrunn Suárez. Es parte el Ministerio Fiscal

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. *Tramitación en primera instancia*

1. El Ministerio Fiscal promovió demanda de juicio verbal ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Oviedo, para la determinación de la capacidad, medios de apoyo y salvaguardias adecuadas y efectivas para su ejercicio de XXX, y pidió que se dictase sentencia por la que:

»determinando los extremos objeto de este procedimiento arriba indicados, lo que comportará, teniendo como base la concreción de las habilidades conservadas:

»1. La fijación precisa de la extensión de su capacidad jurídica.

»2. Los medios de apoyo que se desprendan como más idóneos para la conservación de la capacidad jurídica arriba determinada: tutela, curatela, defensor judicial, régimen de guarda, o cualquier otro medio de apoyo adecuado.

»3. Los actos a los que se refiera su intervención, cuando así proceda; debiéndose nombrar la persona que haya de asistirle o representarle y velar por él, conforme a lo dispuesto en el art. 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, el art. 759.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con lo establecido en el Libro Primero, Título X, Capítulo I, II, III, IV y V del CC, relativos a la Tutela, Curatela, Defensor Judicial y Guardador de hecho.

»4. Las salvaguardias adecuadas y efectivas para asegurar 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, y finalmente que sean proporcionales y adaptadas a sus circunstancias personales».

2. El procurador Fernando López Castro, en representación de la Administración del Principado de Asturias, contestó a la demanda y pidió al Juzgado que dictase sentencia:

«con pronunciamiento respecto a la modificación de la capacidad de don XXX deducida por el Ministerio Público en función de las pruebas que se practiquen, singularmente del informe del Médico Forense, constituyéndose, así mismo, en su caso, la institución tutelar oportuna».

3. El Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Oviedo dictó sentencia con fecha 18 de marzo de 2019, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo: Estimo parcialmente la demanda formulada por el Ministerio Fiscal y, en consecuencia, modifico la capacidad de obrar de D. XXX acordando como medida de apoyo la asistencia en el orden y limpieza de su domicilio sito en la C/ DIRECCIÓN000 de YYY, de modo que se autoriza a la CCAA Principado de Asturias como tutora del demandado a la entrada en el domicilio de D. XXX sito en la C/ DIRECCIÓN000 de YYY con la periodicidad que estime la tutora conveniente a los efectos de limpiar y ordenar dicho domicilio, tutelando la entidad pública a D. XXX solo en este preciso aspecto en las condiciones reseñadas en los fundamentos jurídicos cuarto y quinto de la presente sentencia

»Notifíquese la presente sentencia a las partes.

»Una vez firme, remítase testimonio de la presente sentencia al Registro Civil a los efectos legalmente establecidos.

»Contra esta resolución cabe recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Asturias a interponer ante este Juzgado dentro del plazo de veinte días a contar desde la notificación de esta resolución, mediante la previa constitución de un depósito de 50 euros en la cuenta de consignaciones de este Juzgado.

»Las costas causadas se declaran de oficio».

SEGUNDO. *Tramitación en segunda instancia*

1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de XXX.

2. La resolución de este recurso correspondió a la Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Asturias mediante sentencia de 19 de junio de 2019, cuya parte dispositiva es como sigue:

»Fallamos: Desestimar el recurso de apelación interpuesto por Don XXX contra la sentencia dictada en fecha dieciocho de marzo de dos mil diecinueve por la Ilma. Sra.

Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 9 de Oviedo, en los autos de los que el presente rollo dimana, que se confirma.

»No procede expresa imposición respecto de las costas de esta alzada».

TERCERO. *Interposición y tramitación del recurso de casación*

1. El procurador Francisco Javier Fumanal Fernández, en representación de XXX, interpuso recurso de casación ante la Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Asturias. El motivo del recurso de casación fue:

«1º) Infracción del art. 199 CC, en relación con los arts. 200 y 322 del mismo texto legal, referidos a las causas de incapacitación y presunción de capacidad, con infracción de la jurisprudencia que los interpreta, pues la sentencia recurrida se apoya en un posible trastorno, lo que resulta insuficiente para modificar la capacidad de obrar».

2. Por diligencia de ordenación de 8 de julio de 2019, la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 5.ª) tuvo por interpuesto el recurso de casación mencionado, y acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo con emplazamiento de las partes para comparecer por término de treinta días.

3. Recibidas las actuaciones en esta sala, comparecen como parte recurrente XXX, representado por la procuradora Paloma Izquierdo Labrada; y como parte recurrida la Administración del Principado de Asturias, representada por el procurador Fernando López Castro. Es parte el Ministerio Fiscal

4. Esta sala dictó auto de fecha 9 de diciembre de 2020, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir el recurso de casación interpuesto por don XXX contra la sentencia dictada con fecha de 19 de junio de 2019, por la Audiencia Provincial de Oviedo (Sección 5.ª), en el rollo de apelación n.º 206/2019 dimanante del procedimiento de modificación de capacidad de la capacidad de obrar n.º 781/2018 del Juzgado de Primera Instancia n.º 9 de Oviedo».

5. El Ministerio Fiscal presentó escrito a efectos de la posible impugnación del recurso y concluyó: «[…] considera que procede la desestimación del recurso de casación interpuesto.

»No obstante, y conforme a las razones expuestas en el apartado anterior, en atención a la materia de que se por la necesidad de velar para que la limitación de los derechos del

recurrente se haga de la forma más adecuada posible para su protección, el Fiscal solicita de la Sala:

»a) que acuerde que D. XXX quede sujeto a la institución de la curatela, manteniendo al curador en las facultades establecidas en la sentencia recurrida, salvo en lo relativo a la elección de los servicios de mantenimiento y limpieza en que asistiría a D. XXX en la contratación y solo supliría su voluntad en caso de la negativa de éste a contratar servicio alguno, y ampliándolas a las decisiones y actuaciones sanitarias tendentes a garantizar los tratamientos y terapias de todo tipo que requiera para el control y cuidado de la enfermedad que ha motivado la modificación de su capacidad.

»b) que se establezca el control cada seis meses de las medidas de apoyo acordadas a fin de valorar, a la vista de la evolución de D. XXX, si procede dejarlas sin efecto en caso de mejora o su ampliación si fuera necesario».

6. Dado traslado, la representación procesal de la Administración del Principado de Asturias presentó escrito en el que manifestaba su adhesión a las alegaciones efectuadas por el Ministerio Fiscal, ya que velará por los derechos e intereses del presunto incapaz.

7. Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 27 de mayo de 2021, en que ha tenido lugar. Por providencia de 27 de mayo de 2021, se acuerda suspender la deliberación del presente recurso y someter su decisión al pleno de la sala, a cuyo efecto se señala votación y fallo el día 14 de julio de 2021, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. *Antecedentes de hecho*

1. Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia. El octubre de 2018, XXX contaba con 66 años, vivía solo y no se le conocía parientes próximos. Los vecinos del inmueble se pusieron en contacto con la fiscalía preocupados por la situación en que se encontraba su vecino (XXX), que: acumulaba en su vivienda trastos y alimentos que recogía de los cubos de la basura de la vía pública; no acudía al médico desde hacía años, por lo que su situación personal se estaba deteriorando progresivamente y necesitaba atención social y sanitaria.

2. El Ministerio Fiscal presentó una demanda de determinación de la capacidad y constitución de apoyos y salvaguardas para garantizar a XXX el ejercicio de sus derechos. Pedía que se

determinara con precisión la extensión de los medios de apoyo más idóneos, en concreto, los actos para los que precisaría de apoyo y en qué consistirían, respetando al máximo su autonomía. XXX se opuso expresamente a la provisión de apoyos. Adujo que no padecía ninguna enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico o psíquico que justificara la declaración de que carecía de capacidad para regir su persona y administrar sus bienes.

3. El juzgado que conoció en primera instancia, después de practicar todas las pruebas legales, principalmente la exploración judicial y el examen del médico forense, dejó constancia de lo siguiente en su sentencia:

«1) el demandado, padece de síndrome de Diógenes con posible trastorno de la personalidad -según el informe forense unido a las actuaciones-;

»2) tal patología le condiciona en el cuidado correcto de su salud y su higiene, así como de la higiene del inmueble en el que reside, con riesgo evidente para la salubridad general y en concreto, la de sus vecinos de edificio -tal y como se desprende del informe forense y del escrito de 21 de junio de 2018 dirigido a la Fiscalía Superior del Principado de Asturias de los propietarios y residentes de la Comunidad de Propietarios de la C/ DIRECCIÓN000 de YYY-;

»3) según el forense, tal situación debería ser abordada mediante el tratamiento médico correspondiente que detecte otras posibles patologías o trastornos -tal y como se desprende del informe forense unido a las actuaciones-;

»4) en la exploración judicial el demandado se ha mostrado preciso, y coherente en su razonamiento, respondiendo a todas las preguntas planteadas, tanto edad, nacimiento, estado familiar, recursos económicos, aspectos de su vida diaria…y argumentando que aunque es cierto que rebusca en la basura, solo recoge cosas en buen estado, incluyendo comida, y que si sale algún olor de su casa es porque recientemente había cogido comida de la basura y la había dejado fuera y podía oler algo; también ha explicado que tiene dinero ahorrado y que, precisamente, no gastando, consigue ahorrar ese dinero, llegando a hablar de un depósito de 150.000 euros y de varias propiedades;

»5) el síndrome de Diógenes que padece el demandado no ha generado situaciones de urgencia que hayan supuesto riesgos efectivos e inmediatos para el propio demandado y/o para terceros». Y, en atención a lo anterior, la sentencia de primera instancia estimó en parte la demanda, en cuanto que modificó la capacidad de XXX y acordó las siguientes medidas de apoyo: «la asistencia en el orden y (la) limpieza de su domicilio sito en la C/ DIRECCIÓN000 de YYYY, de modo que se autoriza a la CCAA PRINCIPADO DE ASTURIAS como tutora del demandado

a la entrada en el domicilio (…) sito en la C/ DIRECCIÓN000 con la periodicidad que estime la tutora conveniente a los efectos de limpiar y ordenar dicho domicilio, tutelando la entidad pública a XXX solo en este preciso aspecto en las condiciones reseñadas en los fundamentos jurídicos cuarto y quinto de la presente sentencia».

4. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por XXX. El recurso fue desestimado por la Audiencia Provincial con el siguiente razonamiento:

«como se infiere del informe facultativo del Sr. Forense, si bien el hoy recurrente presenta un nivel de conciencia consciente, pensamiento y lenguaje adecuado, memoria correcta y un límite normal de inteligencia, posiblemente de nivel algo bajo, ello no resulta incompatible con la apreciación del trastorno de la personalidad que presenta, consistente en un trastorno de conducta con acumulo y recogida patológica de basura, que en dicho dictamen se refiere, acumulación obsesiva sin conciencia de afección, limitación ni enfermedad.

»Como se señala por dicho facultativo, el síndrome que padece el recurrente es un viejo conocido de la psiquiatría, (S. de Diógenes), que se caracteriza por un extremo abandono del autocuidado de higiene y alimentación en personas que se aíslan de su medio y rechazan cualquier tipo de ayuda, dificultando su nula conciencia de dicha patología cualquier tipo de intervención consensuada, de ahí la medida de intervención y seguimiento por parte de la Administración, con visitas domiciliarias y trabajo coordinado de servicios sanitarios y sociales, a los efectos de limpiar y ordenar dicho domicilio, que es lo que se ha resuelto en la sentencia que se apela.

»Alude igualmente que tal nula conciencia de la distorsión psíquico impide percibir a dicho paciente el olor nauseabundo que se manifiesta no sólo en el descansillo del piso que habita, sino incluso en el portal del inmueble, lo que hace inviable su convivencia así como unas normales relaciones de vecindad, habida cuenta que quienes residen en el edificio no están obligados a soportar tales incomodidades e incluso posibles problemas de higiene a consecuencia de tal comportamiento. Los informes obrantes en autos remitidos al Juzgado por los Servicios Sociales resultan altamente significativos

». La sentencia concluyó que el apelante padecía «una incapacidad relevante e importante para cuidar su salud e higiene con riesgo para la salubridad de sus vecinos en el inmueble, haciendo realmente insoportable la situación que desde tiempo atrás vienen padeciendo, no pudiendo olvidarse su negativa a permitir la entrada en su domicilio y a aceptar cualquier ayuda de los Servicios Sociales, básicamente por no ser consciente de su anomalía, lo que igualmente pudo ser constatado por este Tribunal cuando llevó a efecto el examen del

mismo en esta segunda instancia. Dicho trastorno grave de la personalidad, en suma, le incapacita para gobernarse por sí mismo en el aspecto personal y doméstico, alimentación, vestido, cuidado de la casa y bienestar personal dentro de su lugar de residencia, y ello con relevante y grave repercusión y perjuicio para terceros, agravado por su no reconocimiento de tal patología».

SEGUNDO. *Fijación de la controversia en casación*

1. La sentencia de apelación fue recurrida en casación por XXX, sobre la base de un único motivo. El motivo denunciaba la «infracción del artículo 199 del Código Civil en relación con los artículos 200 y 322 del mismo cuerpo legal referidos a las causas de incapacitación y presunción de capacidad, con infracción de la jurisprudencia que los interpreta, pues la sentencia recurrida se apoya en un posible trastorno, lo que resulta insuficiente para modificar la capacidad de obrar». Y en el desarrollo del motivo se alegaba lo siguiente:

«Don XXX es una persona orientada, sin alteraciones sensoperceptivas ni deterioro cognitivo, que ha mantenido fluidez y cabal conocimiento y contenido de las preguntas que le han sido formuladas, al ser examinado por el Médico Forense y explorado por los Magistrados, tanto en primera como en segunda instancia, respondiendo con coherencia, con un discurso textual y oral lúcido y acorde al que dimana de una persona no inmersa en procedimientos de incapacitación, evidenciando de sus respuestas una capacidad decisoria respecto a sus intereses personales y una total autonomía para los actos de su vida cotidiana. […]

»En suma, no cabe predicar la incapacitación de una persona cuyas manías o extravagancias puedan causar rechazo, pero que en ningún caso deben abocar en una solución judicial como la adoptada que contiene un remedio de suma incidencia en su vida, obligándole a permitir la entrada en su domicilio a terceros para que limpien y ordenen su vivienda en contra de su voluntad, y a su costa, con merma a su derecho a la intimidad e inviolabilidad domiciliaria reconocida en el artículo 18 de la Constitución Española».

2. Al tiempo en que estaba señalada, por primera vez, la votación y fallo del recurso (27 de mayo de 2021), estaba 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. 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.

3. XXX, al dar respuesta a la audiencia concedida, reitera que no se le debe imponer ninguna medida de apoyo, y que debe mantenerse su plena capacidad jurídica y de obrar, sin restricción alguna. Y añade: sin perjuicio de que, al margen de este procedimiento, «puedan iniciarse actuaciones por parte de la administración municipal que se entiendan oportunas, dentro de sus competencias dentro del área de lo social».

4. Por su parte, el Ministerio Fiscal, después de una somera e introductoria exposición del alcance de la reforma legal, formula la siguiente consideración: «la reforma legislativa ampara la solicitud de medidas de apoyo que se realizó por nuestra parte al oponernos al recurso, dado el trastorno grave de la personalidad diagnosticado a D. XXX que afecta a su facultad de decidir y ordenar su propia conducta no solo en la cuestión relativa a su acumulación compulsiva de basura en el domicilio sino también en lo que se refiere a su higiene y cuidado personal. De ello puede concluirse que la voluntad se ha expresado bajo la influencia de un trastorno de la personalidad provocada por el síndrome de Diógenes, lo que aconseja no solo garantizar los tratamientos y terapias de todo tipo que requiera para el control y cuidado de su afección, sino también paliar los problemas de la habitabilidad de su vivienda.

»Sucede que su falta de conciencia del trastorno, la ausencia de apoyos familiares y su resistencia a recibir ayudas sociales hacen inviables eventuales alternativas de apoyo que pudieran prestarse (artículo 42 bis b de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, LJV) a fin de evitar el establecimiento de una medida judicial de apoyo de carácter estable, que ha de ser un último recurso.

»Y del conjunto de medidas de apoyo que enumera el artículo 250 del Código Civil (CC) solo la curatela se presenta, a nuestro entender, como adecuada a la vista de las necesidades de D. XXX, sin perjuicio de procurar, tal como establece el artículo 249 CC, que dentro de lo posible pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones y sobre todo fomentando que pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro. […]

»Conforme a los artículos 249, 268 y 269 CC tanto la medida de apoyo que se acuerde en cada caso concreto como la actuación del curador deben de respetar la dignidad de la persona y la voluntad, deseos y preferencias del afectado, estando orientados también a fomentar que la persona pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro, informándola, ayudándola en su comprensión y facilitando que pueda expresar sus preferencias y tomar decisiones. De ahí que se considere que la solicitud que hicimos en nuestro escrito de

oposición al recurso, en el apartado relativo a la limpieza y ordenación del domicilio, resultaría respetuosa con la nueva regulación pero que podría ser matizada en el sentido de que se le diera participación a D. XXX no solo en la selección del servicio de limpieza de la vivienda sino también en la decisión de cuando resulta conveniente esa limpieza, de forma que el tránsito hacia eventuales facultades de representación del curador solo se produciría, tras el fracaso de su colaboración con D. XXX, en caso de negativa a la limpieza, a que se haga en una razonable frecuencia o a la contratación voluntaria del servicio en concreto.

»Por la misma razón, entendemos que no resultaría justificado de inicio en este caso, la inclusión de funciones representativas, sin perjuicio de que pueda constituir un último recurso como después se dirá (…).

»Solicitábamos también que la curatela se ampliara a las decisiones y actuaciones sanitarias tendentes a garantizar los tratamientos y terapias de todo tipo que requiriera el interesado para el control y cuidado de la enfermedad. La medida se justificaba por las recomendaciones que se realizaban en el informe forense y las carencias que recogía. Se considera que esta medida es necesaria no solo por ir a orientada a procurar el bienestar de D. XXX y una mejora en sus condiciones vitales sino porque también favorecería la posibilidad de supresión o reducción de la intensidad del apoyo requerido. No se trata de eliminar el problema social generado por la acumulación de basura y olores en el piso del recurrente sino, como ya ha establecido reiteradamente la jurisprudencia de la Sala, de velar preferentemente por el bienestar de la persona afectada y procurar que disfrute de los mismos derechos que el resto de las personas en igualdad de condiciones (249 CC), considerándose idónea la ampliación de la curatela a los aspectos sanitarios para la consecución de las finalidades expuestas, pues un tratamiento terapéutico y/o asistencial que cuanto menos lograra que D. XXX aceptara la intervención paulatina de los servicios sociales podría dar lugar a la supresión de la curatela que se solicita». Y concluye:

«(…) atendiendo al carácter dinámico del trastorno que tiene D. XXX, en el que es posible tanto un agravamiento de la situación, producto del síndrome descrito, como una rápida mejoría si se siguen y dan resultado los tratamientos conductuales en el ámbito médico-psiquiátrico recomendados, se considera que el plazo seis meses para la revisión de la medida de apoyo que se solicita en nuestro escrito de contestación está justificado por las particularidades del caso.

»Además, siendo fundamental el modo en que el curador aborde su relación con D. XXX, orientada a poder lograr la mejor coordinación, confianza y diálogo, ese reducido plazo permitiría un mejor seguimiento y control de su actuación a fin de asegurar que ésta garantice

el respeto de los derechos, la voluntad y preferencias de la persona en la mejor forma posible (art. 270 CC), máxime cuando la curatela recaería en una entidad pública.

»Si los esfuerzos del curador no dieran los resultados pretendidos, ante la negativa de D. XXX a seguir tratamientos o normas de higiene sobre su persona y vivienda que sigan comprometiendo su salud, podría plantearse la necesidad de establecer facultades de representación».

TERCERO. *Aplicación del nuevo régimen de provisión judicial de apoyos*

1. La Ley 8/2021, de 2 de junio, constituye una profunda reforma del tratamiento civil y procesal de la capacidad de las personas, que pretende incorporar las exigencias del art. 12 de la Convención de Nueva York, de 13 de diciembre de 2006.

La reforma suprime la declaración de incapacidad y se centra en la provisión de los apoyos necesarios que una persona con discapacidad pueda precisar «para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica», con la «finalidad (de) permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad» (art. 249 CC). Sin perjuicio de la adopción de las salvaguardas oportunas para asegurar que el ejercicio de las medidas de apoyo se acomoda a los criterios legales, y en particular, que atienda a la voluntad, deseos y preferencias de la persona que las requiera. La provisión de apoyos judiciales deja de tener un carácter preferente y se supedita a la ausencia o insuficiencia de las medidas previstas por el propio interesado. Y, en cualquier caso, como dispone el art. 269 CC, «las medidas tomadas por la autoridad judicial en el procedimiento de provisión de apoyos serán proporcionadas a las necesidades de la persona que las precise, respetarán siempre la máxima autonomía de esta en el ejercicio de su capacidad jurídica y atenderán en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias». Consiguientemente, el anterior régimen de guarda legal (tutela y la curatela), para quienes precisan el apoyo de modo continuado, ha sido reemplazado por la curatela, cuyo contenido y extensión debe ser precisado por la resolución judicial que la acuerde «en armonía con la situación y circunstancias de la persona con discapacidad y con sus necesidades de apoyo» (párrafo 5 del art. 250 CC). La reforma afecta al Código civil, sobre todo a la provisión de apoyos y su régimen legal, y también al procedimiento de provisión judicial de apoyos, que será un expediente de jurisdicción voluntaria, salvo que haya oposición, en cuyo caso deberá iniciarse un procedimiento especial de carácter contradictorio, que es, en esencia, una adaptación del procedimiento anterior.

2. La Ley 8/2021, de 2 de junio, en coherencia con la naturaleza de la materia reformada y la finalidad perseguida, ha establecido unas reglas de aplicación transitoria especiales, que nos vinculan a la hora de resolver este recurso de casación. Por una parte, la disposición transitoria sexta (DT6ª), que se refiere a los procesos en tramitación, como es el caso, establece lo siguiente: «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». En la medida en que esta sentencia iba a ser dictada con fecha posterior a la entrada en vigor de la Ley 8/2021 (3 de septiembre de 2021), el tribunal estaba afectado por esta disposición transitoria. Aunque la deliberación del recurso había sido señalada antes, para el 14 de julio, contando con que el mes de agosto es inhábil, la sentencia podía ser dictada en plazo después de la entrada en vigor de la nueva ley. De ahí que nos ajustemos a lo previsto en esta DT6ª, y resolvamos el recurso de casación atendiendo al nuevo régimen de provisión de apoyos contenido en el Código civil. Conviene no perder de vista que en el enjuiciamiento de esta materia (antes la incapacitación y tutela, ahora la provisión judicial de apoyos) no rigen los principios dispositivo y de aportación de parte. Son procedimientos flexibles, en los que prima que pueda adoptarse la resolución más acorde con las necesidades de la persona con discapacidad y conforme a los principios de la Convención. En este contexto, la disposición transitoria sexta es coherente con la finalidad de la ley y no contraría la seguridad jurídica. Máxime si tenemos en cuenta que la reforma legal, para asegurar la implantación de este nuevo régimen, exige revisar todas las tutelas y curatelas vigentes al tiempo de la entrada en vigor de la ley, para adaptarlas al nuevo régimen de provisión de apoyos (DT5ª Ley 8/2021, de 2 de junio). De tal forma que, en nuestro caso, aunque hubiéramos podido dictar sentencia justo antes de la entrada en vigor de la nueva ley, carecía de sentido resolver de acuerdo con la normativa anterior a la reforma, sabiendo que necesariamente lo resuelto, en breve tiempo, iba a ser revisado y adaptado al nuevo régimen de provisión de apoyos. Lo argumentado hasta ahora sirva para justificar que vamos a resolver el recurso de casación con arreglo al nuevo régimen de provisión judicial de apoyos.

CUARTO. *Resolución del recurso*

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. La reforma ha suprimido la tutela y concentra en la curatela todas las medidas judiciales de apoyo continuado. En sí mismo y más allá de la aplicación de la regulación legal sobre su provisión, del nombramiento de la(s) persona(s) designada(s) curador(es), del ejercicio y la extinción, la denominación «curatela» no aporta información precisa sobre el contenido de las medidas de apoyo y su alcance. El contenido de la curatela puede llegar a ser muy amplio, desde la simple y puntual asistencia para una actividad diaria, hasta la representación, en supuestos excepcionales. Es el juez quien debe precisar este contenido en la resolución que acuerde o modifique las medidas.

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». En segundo lugar, el juez no debe perder de vista que bajo el reseñado principio de intervención mínima y de respeto al máximo de la autonomía de la persona con discapacidad, la ley presenta como regla general que el contenido de la curatela consista en las medidas de asistencia que fueran necesarias en ese caso. Consecuentemente, el párrafo segundo del art. 269 CC prescribe que el juez debe precisar «los actos para los que la persona requiere asistencia del curador en el ejercicio de su capacidad jurídica atendiendo a sus concretas necesidades de apoyo». No obstante, cuando sea

necesario, al resultar insuficientes las medidas asistenciales, cabría dotar a la curatela de funciones de representación. Ordinariamente, cuando la discapacidad afecte directamente a la capacidad de tomar decisiones y de autodeterminación, con frecuencia por haber quedado afectada gravemente la propia consciencia, presupuesto de cualquier juicio prudencial ínsito al autogobierno, o, incluso, en otros casos, a la voluntad. En estos casos, la necesidad se impone y puede resultar precisa la constitución de una curatela con funciones representativas para que el afectado pueda ejercitar sus derechos por medio de su curador. El párrafo tercero del art. 269 CC, al preverlo, remarca su carácter excepcional y la exigencia de precisar el alcance de la representación, esto es, los actos para los que se precise esa representación: «sólo en los casos excepcionales en los que resulte imprescindible por las circunstancias de la persona con discapacidad, la autoridad judicial determinará en resolución motivada los actos concretos en los que el curador habrá de asumir la representación de la persona con discapacidad». En tercer lugar, el art. 269 CC establece como límite al contenido de la curatela, que no podrá incluir la mera privación de derechos. Con ello la ley quiere evitar que la discapacidad pueda justificar directamente una privación de derechos, sin perjuicio de las limitaciones que puede conllevar la medida de apoyo acordada, por eso habla de «mera privación de derechos».

3. Resta ahora examinar si lo acordado en la instancia se acomoda al nuevo régimen de la provisión judicial de apoyos. Los tribunales de instancia, tanto el juzgado como la Audiencia, resolvieron bajo la normativa vigente entonces y la jurisprudencia de esta sala, que para adaptar el sistema legal anterior al art. 12 de la Convención de Nueva York, transformó la incapacitación y la constitución de la guarda legal (tutela o curatela) en una modificación de capacidad para la provisión de apoyos a la persona con discapacidad. El fallo de la sentencia de primera instancia, confirmado por la de apelación, contiene dos pronunciamientos: el primero se refiere a la modificación de la capacidad de XXX; y el segundo acuerda «como medida de apoyo la asistencia en el orden y (la) limpieza de su domicilio (…), de modo que se autoriza a la CCAA PRINCIPADO DE ASTURIAS como tutora del demandado a la entrada en el domicilio (…) con la periodicidad que estime la tutora conveniente a los efectos de limpiar y ordenar dicho domicilio, tutelando la entidad pública a XXX solo en este preciso aspecto en las condiciones reseñadas en los fundamentos jurídicos cuarto y quinto de la presente sentencia». El primer pronunciamiento, 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. En cuanto al segundo pronunciamiento,

que acuerda la medida de apoyo, debemos examinar si se acomoda al nuevo régimen legal. Al margen de que pudieran sustituirse las menciones a la tutela por la curatela, lo verdaderamente relevante es examinar si el contenido de las medidas y su adopción con la oposición expresa del interesado, se acomoda al nuevo régimen legal. Para realizar este examen, debemos 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 XXX en el ejercicio de su capacidad jurídica; y si se atiende a su voluntad, deseos y preferencias.

4. En la instancia ha quedado acreditado que XXX padece un trastorno de la personalidad, un trastorno de conducta que le lleva a recoger y acumular basura de forma obsesiva, al tiempo que abandona su cuidado personal de higiene y alimentación. El juzgado se hace eco de los informes del médico forense y los servicios sociales, que destacan, para hacerse cargo de la situación, la nula conciencia que XXX tiene del trastorno que padece y de sus consecuencias, en concreto, no se percata de las graves carencias de higiene y alimentación que tiene, así como del olor nauseabundo que desprende él y la casa, que se percibe en el descansillo del piso y en la entrada del inmueble. Esta situación ha acabado por provocarle una situación de aislamiento social, incluso de sus vecinos y otrora amigos, que además padecen las consecuencias. Al margen del trastorno de conducta, no se aprecian sustancialmente afectadas sus facultades cognitivas. Es objetivo que el trastorno que padece XXX está degenerando en una degradación personal, sin que sea consciente de ello. Incide directamente en el ejercicio de su propia capacidad jurídica, también en sus relaciones sociales y vecinales, y pone en evidencia la necesidad que tiene de las medidas de apoyo asistenciales acordadas. Precisa de la ayuda de otras personas que aseguren la satisfacción de las necesidades mínimas de higiene personal y salubridad en el hogar, sin dejar de contar, en la medida de lo posible, con su voluntad, deseos y preferencias. Es lógico que mientras perdure la falta de conciencia de su situación y rechace la asistencia de los servicios sociales, será necesario suplir en esto su voluntad. Estas medidas, que en su ejecución, como muy bien informa el ministerio fiscal, deben tratar de contar con la anuencia y colaboración del Sr. XXX, cuando fuera necesario podrán requerir el auxilio para la satisfacción del servicio que precisa el afectado. En principio, el ejercicio de esta función de apoyo no requiere que la curadora asuma funciones de representación, si no es para asegurar la prestación de los servicios asistenciales y de cuidado personal cuando no exista la anuencia del interesado.

5. En realidad, el principal escollo que presenta la validación de estas medidas a la luz del nuevo régimen de provisión judicial de apoyos, es la directriz legal de que en la provisión de las medidas

y en su ejecución se cuente en todo caso con la voluntad, deseos y preferencias del interesado. En un caso como el presente en que la oposición del interesado a la adopción de las medidas de apoyo es clara y terminante, cabe cuestionarse si pueden acordarse en estas condiciones. Esto es, si en algún caso es posible proveer un apoyo judicial en contra de la voluntad manifestada del interesado. La propia ley da respuesta a esta cuestión. Al regular como procedimiento común para la provisión judicial de apoyos un expediente de jurisdicción voluntaria (arts. 42 bis a], 42bis b] y 42 bis c] LJV), dispone que cuando, tras la comparecencia del fiscal, la persona con discapacidad y su cónyuge y parientes más próximos, surja oposición sobre la medida de apoyo, se ponga fin al expediente y haya que acudir a un procedimiento contradictorio, un juicio verbal especial (art. 42 bis b]. 5 LJV). Es muy significativo que «la oposición de la persona con discapacidad a cualquier tipo de apoyo», además de provocar la terminación del expediente, no impida que las medidas puedan ser solicitadas por un juicio contradictorio, lo que presupone que ese juicio pueda concluir con la adopción de las medidas, aun en contra de la voluntad del interesado. En realidad, el art. 268 CC lo que prescribe es que en la provisión de apoyos judiciales hay que atender en todo caso a la voluntad, deseos y preferencias del afectado. El empleo del verbo «atender», seguido de «en todo caso», subraya que el juzgado no puede dejar de recabar y tener en cuenta (siempre y en la medida que sea posible) la voluntad de la persona con discapacidad destinataria de los apoyos, así como sus deseos y preferencias, pero no determina que haya que seguir siempre el dictado de la voluntad, deseos y preferencias manifestados por el afectado. El texto legal emplea un término polisémico que comprende, en lo que ahora interesa, un doble significado, el de «tener en cuenta o en consideración algo» y no solo el de «satisfacer un deseo, ruego o mandato». Si bien, ordinariamente, atender al querer y parecer del interesado supone dar cumplimiento a él, en algún caso, como ocurre en el que es objeto de recurso, 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 caso. Y el presente, objeto de recurso, es muy significativo, pues 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 como el presente, 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, principalmente sus vecinos, está justificada la adopción de las medidas asistenciales (proporcionadas a las necesidades y respetando la máxima autonomía de la persona), 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. El

trastorno no sólo le provoca esa situación clara y objetivamente degradante, como persona, sino que además le impide advertir su carácter patológico y la necesidad de ayuda. No intervenir en estos casos, bajo la excusa del respeto a la voluntad manifestada en contra de la persona afectada, sería una crueldad social, abandonar a su desgracia a quien por efecto directo de un trastorno (mental) no es consciente del proceso de degradación personal que sufre. En el fondo, la provisión del apoyo en estos casos encierra un juicio o valoración de que si esta persona no estuviera afectada por este trastorno patológico, estaría de acuerdo en evitar o paliar esa degradación personal. 6. En consecuencia con lo anterior, estimamos en parte el recurso de casación, en cuanto que dejamos sin efecto la declaración de modificación de capacidad, sustituimos la tutela por la curatela, y, en cuanto al contenido de las medidas de apoyo, las confirmamos y completamos con algunas de las propuestas del fiscal. En concreto, la revisión cada seis meses del resultado de las medidas y la incidencia práctica que hayan podido tener. A la hora de prestar el apoyo, la curadora debería esmerarse en conseguir la colaboración del interesado y sólo en los casos en que sea estrictamente necesario podrá recabar el auxilio imprescindible para asegurar el tratamiento médico y asistencial de XXX, así como realizar las tareas de limpieza e higiene necesarias.

QUINTO. *Costas*

1. Estimado en parte el recurso de casación, no hacemos expresa condena en costas (art. 398.2 LEC).

2. La estimación en parte de la casación, supone la estimación en parte del recurso de apelación y la estimación en parte de la demanda, razón por la cual tampoco hacemos expresa condena respecto de las costas de apelación y de primera instancia (arts. 398.2 y 394 LEC).

F A L L O

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º Estimar en parte el recurso de casación interpuesto por XXX contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 5.ª) de 19 de junio de 2019 (rollo 206/2019), en sentido de, previa estimación en parte el recurso de apelación de XXX contra la sentencia del juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Oviedo de 18 de marzo de 2019 (juicio verbal 781/2018), acordar lo siguiente:

i) La procedencia de unas medidas de apoyo a favor de XXX de carácter esencialmente asistencial consistentes en que la entidad designada curadora realice, por una parte, los servicios de limpieza y orden de su casa (calle DIRECCIÓN000 de YYY), estando, para cumplir esta función, autorizada a entrar en el domicilio con la periodicidad necesaria; y, por otra, asegurar la efectiva atención médico-asistencial del Sr. XXX, en lo que respecta al trastorno que padece y lo que guarde directa relación con él.

ii) La designación de curador para el ejercicio de las reseñadas medidas de apoyo al servicio competente de la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias.

iii) La revisión de las medidas cada seis meses.

2.º No hacer expresa imposición de las costas de los recursos de casación y apelación, ni tampoco de las de primera instancia. Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos. Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa. Así se acuerda y firma

ANEXO N.º 2. Cuadro comparativo de la regulación de la asistencia en el Código Civil de Cataluña con anterioridad y con posterioridad a la entrada en vigor del Decreto-ley 19/2021, de 31 de agosto, por el que se adapta el Código Civil de Cataluña a la reforma del procedimiento de modificación judicial de la capacidad.

Regulación de la asistencia con anterioridad al Decreto-ley 19/2021	**Regulación de la asistencia con posterioridad al Decreto-ley 19/2021**
CAPÍTULO VI La asistencia	**CAPÍTULO VI La asistencia**
Artículo 226-1. Nombramiento de asistente. 1. La persona mayor de edad que lo necesite para cuidar de ella misma o de sus bienes, debido a la disminución no incapacitante de sus facultades físicas o psíquicas, puede solicitar a la autoridad judicial el nombramiento de un asistente, de acuerdo con lo establecido por el presente capítulo, por el procedimiento de jurisdicción voluntaria. 2. La autoridad judicial debe respetar la voluntad de la persona que debe ser asistida en cuanto al nombramiento o exclusión de alguna persona para ejercer la función de asistencia.	**Artículo 226-1. Concepto y tipo de designación** 1. La persona mayor de edad puede solicitar la designación de una o más personas que la asistan de acuerdo con lo que se establece en este capítulo, si la necesita para ejercer su capacidad jurídica en condiciones de igualdad. 2. La constitución de la asistencia se puede llevar a cabo mediante el otorgamiento de una escritura pública notarial o de acuerdo con el procedimiento de jurisdicción voluntaria para la provisión de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad. 3. También pueden pedir la designación judicial de la asistencia las personas legitimadas por la Ley de la jurisdicción voluntaria para promover el expediente de provisión de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad, en caso de que no se haya constituido previamente de forma voluntaria, y siempre que no haya un poder preventivo en vigor que sea suficiente para proporcionar el apoyo que la persona requiere. 4. El ejercicio de las funciones de asistencia se debe corresponder con la dignidad de la persona y tiene que respetar sus derechos, voluntad y preferencias.
	Artículo 226-2. Designación judicial de la persona que tiene que prestar la asistencia

Artículo 226-7. Publicidad registral. 1. La asistencia, mientras no se inscriba en el Registro Civil, no es oponible a terceros. 2. La toma de posesión del cargo de asistente debe inscribirse en el Registro Civil del domicilio de la persona asistida mediante la comunicación de la resolución judicial.	»1. La voluntad, los deseos y las preferencias de la persona concernida se deben tener en cuenta con respecto a la designación de la persona que tiene que prestar la asistencia requerida. »2. Cuando la persona asistida no pueda expresar su voluntad y preferencias, y no haya otorgado el documento a que hace referencia el artículo 226-3, la designación de la persona que presta la asistencia se tiene que basar en la mejor interpretación de la voluntad de la persona concernida y de sus preferencias, de acuerdo con su trayectoria vital, sus manifestaciones previas de voluntad en contextos similares, la información con la que cuentan las personas de confianza y cualquier otra consideración pertinente para el caso. En dicho supuesto, es obligatorio comunicar a la autoridad judicial todas las circunstancias que se conozcan en relación a los deseos manifestados por la persona asistida. »3. Excepcionalmente, mediante una resolución motivada, se puede prescindir de lo que ha manifestado la persona afectada cuando se acrediten circunstancias graves desconocidas por ella o cuando, en caso de nombrar a la persona que ella ha indicado, se encuentre en una situación de riesgo de abuso, conflicto de intereses o influencia indebida. »4. La autoridad judicial puede establecer las medidas de control que estime oportunas con el fin de garantizar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, y también para evitar los abusos, los conflictos de intereses y la influencia indebida. »5. El nombramiento de la persona que asiste y la toma de posesión del cargo se tienen que inscribir en el registro civil mediante la comunicación de la resolución judicial correspondiente. »6. La medida de asistencia se debe revisar de oficio cada tres años. Excepcionalmente, la autoridad judicial puede establecer un plazo de revisión

	superior, que no puede exceder de seis años.
	Artículo 226-3. Designación notarial por la propia persona »1. Cualquier persona mayor de edad, en escritura pública, en previsión o apreciación de una situación de necesidad de apoyo, puede nombrar a una o más personas para que ejerzan la asistencia y puede establecer disposiciones con respecto al funcionamiento y al contenido del régimen de apoyo adecuado, incluso con respecto al cuidado de su persona. También puede establecer las medidas de control que estime oportunas con el fin de garantizar sus derechos, el respeto a su voluntad y preferencias y para evitar los abusos, los conflictos de intereses y la influencia indebida. »2. El otorgamiento de un acto de designación de asistencia posterior revoca el anterior en todo aquello que lo modifique o resulte incompatible. »3. En el caso de designación voluntaria de la asistencia se pueden establecer sustituciones. Si se nombra a varias personas y no se especifica el orden de sustitución, se prefiere la que consta en el documento posterior y, si hay más de una, la designada en primer lugar. »4. Las designaciones de asistencia otorgadas en escritura pública se deben comunicar al registro civil para inscribirlas en el folio individual de la persona concernida y también al Registro de nombramientos no testamentarios de apoyos a la capacidad jurídica o el que lo sustituya. »5. La autoridad judicial, en defecto o por insuficiencia de las medidas adoptadas voluntariamente, puede establecer otras medidas supletorias o complementarías. Excepcionalmente, mediante una resolución motivada, se puede prescindir de lo que ha manifestado la persona afectada, cuando se acrediten circunstancias graves desconocidas por ella o cuando, en caso de nombrar a la

	persona que ella ha indicado, se encuentre en una situación de riesgo de abuso, conflicto de intereses o influencia indebida.
Artículo 226-2. Contenido de la asistencia. 1. En la resolución de nombramiento, la autoridad judicial determina el ámbito personal o patrimonial de la asistencia y los intereses de los que debe cuidar el asistente. 2. En el ámbito personal, el asistente debe velar por el bienestar de la persona asistida, respetando plenamente su voluntad y sus opciones personales. En particular, corresponde al asistente recibir la información y dar el consentimiento a que se refieren, respectivamente, los artículos 212-1 y 212-2, si la persona asistida no puede decidir por ella misma sobre la realización de actos y tratamientos médicos y no ha otorgado un documento de voluntades anticipadas. 3. En el ámbito patrimonial, el asistente debe intervenir, junto con la persona asistida, en los actos jurídicos relacionados con las funciones de la asistencia. A petición de la persona asistida, la autoridad judicial también puede conferir al asistente funciones de administración del patrimonio de la persona asistida, sin perjuicio de las facultades de esta de realizar actos de esta naturaleza por ella misma.	**Artículo 226-4. Contenido de la asistencia constituida judicialmente** »1. La voluntad, los deseos y las preferencias de la persona se deben tener en cuenta con respecto al tipo y alcance de la asistencia. »2. En la resolución de nombramiento de la asistencia, la autoridad judicial tiene que concretar las funciones que debe ejercer la persona que presta la asistencia, tanto en el ámbito personal como en el patrimonial, según proceda. »3. La autoridad judicial, en resolución motivada y sólo en los casos excepcionales en los que resulte imprescindible por las circunstancias de la persona asistida, puede determinar los actos concretos en los que la persona que presta asistencia puede asumir la representación de la persona asistida.
Artículo 226-3. Anulabilidad de los actos de la persona asistida. Los actos jurídicos que la persona asistida realice sin la intervención del asistente, si esta intervención es necesaria, son anulables a instancia del asistente o de la persona asistida.	**Artículo 226-5. Ineficacia de actos de la persona asistida** Los actos jurídicos que la persona asistida haga sin la intervención de la persona que lo asiste, si dicha intervención es necesaria de acuerdo con la medida voluntaria o judicial de asistencia, son

También lo son a instancia del tutor, si se constituye la tutela, y de los herederos de la persona asistida, en el plazo de cuatro años a contar de la puesta en tutela o el fallecimiento de esta.	anulables a instancia de quien asiste, de la persona asistida y de las personas que la sucedan a título hereditario en el plazo de cuatro años desde la celebración del acto jurídico.
Artículo 226-6. Régimen jurídico. En la medida en que sean compatibles con la función de asistencia, se aplican al asistente las normas del presente código en materia de aptitud, excusa y remoción de los tutores, así como las relativas a la rendición de cuentas si el asistente tiene atribuidas funciones de administración ordinaria del patrimonio de la persona asistida.	**Artículo 226-6. Régimen jurídico** Se aplican a la asistencia las reglas de la tutela en todo aquello que no se opongan al régimen propio de la asistencia, interpretadas conforme a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad.
Artículo 226-4. Modificación de la asistencia. 1. A instancia de parte, incluida la persona asistida, la autoridad judicial debe acordar la reducción o ampliación del ámbito de funciones del asistente si es necesaria dadas las circunstancias. 2. Si el asistente tiene conocimiento de circunstancias que permiten la extinción de la asistencia o la modificación de su ámbito de funciones, debe comunicarlo a la autoridad judicial.	**Artículo 226-7. Modificación de la asistencia** 1. Las personas legitimadas para solicitar la constitución de la asistencia pueden solicitar su modificación o revisión si hay un cambio en las circunstancias que la motivaron. 2. Si la persona que asiste tiene conocimiento de circunstancias que permiten la extinción de la asistencia o la modificación de su ámbito o de las funciones, lo debe comunicar a la autoridad judicial.
Artículo 226-5. Extinción de la asistencia. 1. La asistencia se extingue por las siguientes causas: a) Por el fallecimiento o declaración de fallecimiento o de ausencia de la persona asistida. b) Por la desaparición de las circunstancias que la determinaron.	**Artículo 226-8. Extinción de la asistencia** 1. La asistencia se extingue por las causas siguientes: a) Por la muerte o la declaración de muerte o de ausencia de la persona asistida. b) Por la desaparición de las circunstancias que la determinaron.

c) Por la incapacitación de la persona asistida. 2. En el supuesto del apartado 1.b), la autoridad judicial, a instancia de parte, debe declarar el hecho que da lugar a la extinción de la asistencia y debe dejar sin efecto el nombramiento del asistente.	2. En el supuesto del apartado 1.*b*), la autoridad judicial, a instancia de parte, tiene que declarar el hecho que da lugar a la extinción de la asistencia y tiene que dejar sin efecto el nombramiento de la persona asistente.