



Roj: **SAP S 1083/2021 - ECLI:ES:APS:2021:1083**

Id Cendoj: **39075370022021100298**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Santander**

Sección: **2**

Fecha: **23/09/2021**

Nº de Recurso: **166/2021**

Nº de Resolución: **375/2021**

Procedimiento: **Recurso de apelación. Sentencias restantes**

Ponente: **JOSE ARSUAGA CORTAZAR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA Nº 000375/2021

Ilmo. Sr. Presidente.

D. José Arsuaga Cortázar.

Ilmos. Srs. Magistrados.

D. Miguel Carlos Fernández Díez.

D^a. Milagros Martínez Rionda.

=====

En la Ciudad de Santander, a veintitrés de septiembre de dos mil veintiuno.

Esta Sección Segunda de la Ilma. Audiencia Provincial de Cantabria ha visto en grado de apelación los presentes Autos de juicio, Verbal Especial Sobre Capacidad núm. 557 de 2020, Rollo de Sala núm. 166 de 2021, procedentes del Juzgado de Primera Instancia núm. 11 de Santander, seguidos a instancia de El Ministerio Fiscal contra D. Silvio .

En esta segunda instancia ha sido parte apelante D. Valentín , padre del incapacitado, quien comparece como interesado, representado por la Procuradora Sra. Judith Fernández Grijalvo y defendido por el Letrado Sr. Jairo Alonso del Pozo. Con la intervención del Ministerio Fiscal, que se opone al recurso. D^a Regina , madre del incapacitado, que actúa como Defensora Judicial, sin comparecer en esta instancia, por estar en situación de rebeldía procesal.

Es ponente de esta resolución el magistrado Ilmo. Sr. D. José Arsuaga Cortázar.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 11 de Santander, y en los autos ya referenciados, se dictó en fecha 2 de diciembre de 2020 Sentencia, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

"FALLO: " *Que estimando la demanda interpuesta por **EL MINISTERIO FISCAL** frente a D. Silvio , debo:*

*I.- Declarar y declaro la discapacidad plena del demandado para regir su persona y bienes, y para otorgar **testamento**.*

II.- La rehabilitación de la patria potestad sobre el citado, que será ejercida por su madre Dña. Regina , con sujeción a los principios y reglas que incorpora el Título VII del Libro I del Código Civil.

III.- Firme la presente resolución comuníquese de oficio al Registro Civil donde figura inscrito su nacimiento, a los efectos de extender la oportuna anotación marginal. Sin que haya lugar a realizar especial pronunciamiento en cuanto a las costas".



SEGUNDO: Contra dicha Sentencia la representación de D. Valentín , interpuso recurso de apelación, que se tuvo por interpuesto en tiempo y forma, y dado traslado del mismo a la contraparte, que se opuso al recurso, se elevaron las actuaciones a esta Ilma. Audiencia Provincial, en que se ha celebrado vista pública para la práctica en la segunda instancia de las diligencias y pruebas preceptivas, y deliberado y fallado el recurso en el día señalado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se admiten los de la Sentencia de instancia, en tanto no sean contradictorios con los que a continuación se establecen; y

PRIMERO: Resumen de antecedentes. Planteamiento del recurso.

1. Por el Ministerio Fiscal se presentó demanda promoviendo la determinación de la capacidad jurídica, medios de apoyo y salvaguardas adecuados y efectivos para D. Silvio .
2. Se nombró defensora judicial del demandado a su madre D^a Regina . No se formuló contestación a la demanda.
3. La sentencia del juzgado de primera instancia nº 11 de Santander de 2 de diciembre de 2020 declaró la discapacidad plena de D. Silvio para regir su persona y bienes y para otorgar **testamento**, y acordó la rehabilitación de la patria potestad para que fuera ejercida por su madre D^a Regina , con sujeción a los principios y reglas del Título VII del Libro I del Código Civil.
4. Por D. Valentín , padre del demandado, se interpone recurso de apelación en el que denuncia el error cometido por la juez de instancia en la valoración de la prueba y en las consecuencias jurídicas alcanzadas sobre la decisión de acordar exclusivamente la rehabilitación de la patria potestad en la persona de la madre. Formula alegaciones relativas (i) al incumplimiento del principio de congruencia (art. 218 LEC); (ii) infracción de los principios de contradicción y defensa; (iii) incumplimiento de la necesidad de fijar un límite temporal a la privación de la patria potestad (art. 156 CC); y (iv) falta de justificación de la medida de guarda decretada.
5. El Ministerio Fiscal se opone al recurso e interesa la confirmación de la sentencia por sus argumentos.
6. En segunda instancia se acordó de D. Silvio , con el resultado obrante en el acta de 21 de julio de 2021.
7. La parte inicialmente recurrente presentó alegaciones, proponiendo a la luz de la nueva Ley 8/2021, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, entre otras circunstancias, la constitución como apoyo de la curatela mediante la determinación de los actos precisos que requieran la asistencia del curador, la fijación de las medidas de salvaguarda y control y el nombramiento de curador en la persona que el propio Silvio proponga para su apoyo y, en defecto de tal propuesta, se nombre a su madre, con él conviviente.

SEGUNDO: Hechos y circunstancias condicionantes de la decisión de la Sala.

1. No se cuestiona, en consecuencia, en el ámbito de la segunda instancia, ni existen motivos que se deduzcan de los hechos que han sido debatidos y se estiman probados en la sentencia de primera instancia, la decisión de conceder apoyo a D. Silvio para el ejercicio de su capacidad jurídica.
2. En la sentencia dictada por el juzgado de primera instancia nº 11, fundamento de derecho segundo, se incorporan sin discusión los antecedentes fácticos oportunos para determinar el apoyo, en los términos siguientes que ahora se corroboran y reproducen:

<<D. Silvio de 18 años de edad, se encuentra diagnosticado de DIRECCION000 , determinante del reconocimiento de situación de discapacidad en un porcentaje del 80%. A la exploración judicial se mostró colaborador admitió haber concluido estudios de Educación Básica y hallarse desarrollando un módulo de educación profesional en informática. Se describió autónomo para las actividades básicas de la vida diaria y preciso de supervisión para las tareas instrumentales y avanzadas. Según su progenitora con quien convive, la soledad le genera ansiedad con pérdida del control y heteroagresividad, registra escasa tolerancia a la frustración hallándose en seguimiento por la Unidad de Psiquiatría infantil. Precisa de ayuda en el aseo y cuidados personales, no es capaz de elegir la ropa adecuada a la meteorología ni controlar su medicación, y los desplazamientos en líneas de transporte urbano han de ser controlados. El informe emitido por el Médico Forense describe que Silvio se encuentra en seguimiento por la Unidad de Psiquiatría desde 2012 por un cuadro diagnosticado de DIRECCION000 con alteración del desarrollo del lenguaje y coeficiente intelectual estimado como normal. Además de sus limitaciones sociales, su atención está limitada por sus intereses, con dificultades en el entorno social y familiar. Desde 2015 en el contexto de cambios fisiológicos, escolares y familiares se han incrementado las ideas de perjuicio y verbalizaciones negativas sobre sí mismo,



acompañadas de importante angustia por lo que precisa tratamiento farmacológico, con evolución fluctuante y períodos de intensificación de la sintomatología y pensamiento autorreferencial. Desde el punto de vista orgánico presenta cardiopatía congénita compleja, en proceso de corrección quirúrgica. Antecedentes, que determinan a referida profesional a concluir que Silvio requiere supervisión en algunas actividades primarias como el aseo, con discapacidad para elegir lo que puede y debe hacer, extensa para mantener su propio bienestar y completa para el funcionamiento diario dentro de la casa o la adopción de decisiones de contenido económico (sin manejo de dinero a salvo el de bolsillo ni control sobre los cambios), y con escaso uso de los recursos de la comunidad. A tenor de referidos antecedentes, ha de concluirse, que las limitaciones asociadas al trastorno que aqueja al demandado comprometen gravemente sus facultades con dependencia de terceras personas para satisfacer las necesidades cotidianas de la vida en sociedad, impidiéndole su autogobierno autónomo, o la adopción de decisiones o juicios de conveniencia responsables sobre su persona o bienes, por lo que procede declarar judicialmente su discapacidad plena.>>.

3. En segunda instancia se celebró la entrevista con D. Silvio , expresando que vive con su madre permanentemente y que cubre todas sus necesidades. Indica que no se lleva bien con su padre, a quien hace casi un año que no ve y no ha ido a su casa desde marzo de 2019, aunque habla con él cuando le llama. Quiere vivir siempre con su madre y que sea ella quien le preste el apoyo que necesita.

TERCERO: Aplicación del nuevo régimen de provisión judicial de apoyos de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (Ley 8/2021, de 2 de junio).

1. La Disposición transitoria sexta, titulada "Procesos en tramitación", de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, indica literalmente que

<< Los procesos relativos a la capacidad de las personas que se estén tramitando a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán por lo dispuesto en ella, especialmente en lo que se refiere al contenido de la sentencia, conservando en todo caso su validez las actuaciones que se hubieran practicado hasta ese momento.>>.

En consecuencia, conservando la validez de las actuaciones practicadas con arreglo a la legislación que se deroga, la entrada en vigor la reforma con fecha 3 de septiembre de 2021 obliga a adaptar el contenido de la sentencia de segunda instancia a los postulados de la Ley 8/2021.

2. El art. 1, párrafo 2º, de la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (en adelante, CNY o Convención), identifica de forma amplia a las personas con discapacidad como aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a la 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.

Con la aprobación de la reforma introducida por la Ley 8/2021 en el derecho español -preferentemente, en el Código Civil y Ley de Enjuiciamiento Civil-, se pretende, aunque tardíamente, la adecuación de nuestro ordenamiento jurídico a la Convención de Nueva York, instrumento ratificado por España, publicado en el BOE de 21 de abril de 2008 y que entró en vigor el 3 de mayo de 2008.

La reforma se ancla en el reconocimiento y desarrollo de la dignidad de la persona para el ejercicio de su capacidad en condiciones de igualdad Y es consecuencia de normas previas, entre otras, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1950, el Pacto Internacional de los derechos civiles y políticos de 1966, la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea de 2000 y nuestra propia Constitución (art. 10).

Particularmente, tiene por objeto el desarrollo del art. 12 CNY, que persigue la igualdad del reconocimiento como persona, al indicar en lo que ahora resulta relevante que

<< 1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.

2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.

3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.

4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no



haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas(..)>>.

3. La ausencia de leyes internas, durante largo tiempo, de desarrollo de los principios de la Convención no ha sido obstáculo para que hayan sido integrados como reglas para la aplicación e interpretación de las normas vigentes por nuestros tribunales sobre la base de la dignidad de la persona y de la imposición de medidas proporcionales de apoyo que incidan de manera menos restrictiva en su capacidad de obrar.

Una labor en la que, preferentemente, ha destacado el Tribunal Supremo, que desde la STS nº 282/2009, de 29 de abril, ha formado un sólido cuerpo doctrinal de aplicación del derecho vigente a la luz de la Convención, sobre la base de la necesaria graduación de las medidas de apoyo apropiadas para cada persona -sobresaliendo la curatela- en función de sus variadas características y circunstancias. En suma, lo que se ha llamado el "traje a medida".

La reforma aprobada por la ley 8/2021 pretende superar nuestro actual sistema de incapacitación de autoridad, aun con las notas de flexibilidad y graduación que ha introducido, para atemperarlo, nuestro Tribunal Supremo. Y no solo por la utilización de una terminología hasta ahora inadecuada (incapaz, incapacitación, procesos sobre la capacidad, procesos de incapacitación, etc.) que ha seguido perviviendo en las normas sustantivas (v.g. 199 y 200 CC) y procesales (arts. 757 y ss. LEC), sino porque debe variar el cimiento del sistema para que, ahora, la voluntad de la persona sea el criterio primario o preferente de aplicación. Con ello se trata de lograr el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica.

El apoyo deberá producirse cuando sea necesario (*principio de necesidad*) y vendrá determinado por la falta de aptitud o habilidad de la persona para la toma de decisiones (la " *capacidad de decisión* "), esto es, cuando las alteraciones que padece tengan incidencia, en mayor o menor medida, en la formación de una voluntad libre y consciente.

Pero el apoyo, donde encuentra su campo de actuación fundamental -porque huye de perpetuar un régimen de tutela de autoridad- es para que se informe y forme al necesitado para que emita correctamente su declaración de voluntad.

4. Si la voluntad es el criterio inicial o prioritario para encontrar el apoyo preciso, no podemos obviar que también pueden y deben establecerse las salvaguardas, voluntarias o judiciales (arts. 250 y 251 CC), para evitar o impedir los abusos, las influencias indebidas o los conflictos de interés. En consecuencia, el interés de la persona subyace, como principio correctivo, cuando se impone que se adopten las salvaguardas que eviten las circunstancias anteriores u otras que impliquen el aprovechamiento de la vulnerabilidad de la persona necesitada del apoyo y, en todo caso, cuando su voluntad o sus preferencias no han podido expresarse ni reconstruirse. Incluso, el apoyo debido para el ejercicio de la capacidad jurídica puede ser impuesto, en cuyo caso de extremarse el juicio de necesidad y proporcionalidad sobre las medidas de apoyos y sus salvaguardas.

La reciente STS, Sala Primera, nº 269/2021, de 6 de mayo, recuerda los principios que emanan de la Convención, entre los cuales se encuentra el de consideración de los propios deseos y sentimientos de la persona con discapacidad, advirtiendo que " *No deja de ser una manifestación del derecho de autodeterminación que, en la medida de lo posible, ha de ser respetado, lo que exige para su operatividad la consulta de la persona afectada. En cualquier caso, es necesario determinar que la voluntad manifestada no esté mediatizada por el propio curso de la enfermedad que se padece, fuente de la necesidad de apoyos.* " .

A la propia enfermedad, como límite para seguir el dictado de la voluntad de la persona con discapacidad, se refiere la STS, Sala Primera, nº 589/2021, de 8 de septiembre.

En el fundamento de derecho cuarto, apartado 5, se cuestiona si pueden acordarse medidas judiciales de apoyo en contra de la voluntad del interesado. E indica que la propia ley (art. 42. Bis b). 5 LJV) da respuesta a la cuestión cuando al regular el procedimiento común de provisión de apoyos a través de un expediente de jurisdicción voluntaria dispone que cuando surja oposición de la persona con discapacidad a cualquier tipo de apoyo provocará que se ponga fin al expediente y que haya que acudir a un procedimiento contradictorio (juicio verbal especial). Lo que presupone que este juicio pueda concluir con la adopción de las medidas, aun en contra de la voluntad del interesado.

Y sigue diciendo de forma literal que "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."

5. Entre las medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica, siguiendo el art. 250 CC, la reforma introduce las medidas voluntarias de autoorganización, medidas judiciales o de heterorregulación y medidas de apoyo informal representadas por la guarda de hecho.

Más allá de las medidas voluntarias (arts. 249, 254 y 255 CC), representadas por la escritura de previsión, la autocuratela y los poderes y mandatos preventivos, las medidas judiciales de provisión de apoyo necesario pueden englobar por su amplio carácter, como indica la Exposición de Motivos de la Ley 8/2021, todo tipo de actuaciones, desde el acompañamiento amistoso, la ayuda técnica en la comunicación de declaraciones de voluntad, la ruptura de barreras arquitectónicas y de todo tipo, el consejo, o incluso la toma de decisiones delegadas por la persona con discapacidad. Y, en último caso, ciertamente, la representación en la toma de decisiones.

No obstante, las instituciones jurídicas de apoyo previstas legalmente son la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial (art. 250 CC), al suprimirse para tal finalidad la tutela y la patria potestad prorrogada y rehabilitada.

6. La patria potestad prorrogada o rehabilitada (prevista en el derogado art. 171 CC), como decimos, ya no se contempla como una medida de apoyo de la persona con discapacidad. En los supuestos de falta absoluta de discernimiento, la medida de apoyo contemplará la representación, pero a través de la curatela, en su modalidad representativa.

La ley, por tanto, reforma sustancialmente el bloque contenido en los anteriores arts. 222 a 285 -Capítulo II, de la Tutela- por los nuevos arts. 199 a 234 CC. Se complementa con los arts. 235 y 236 CC, defensor judicial del menor, y 237 y 238, guarda de hecho del menor, figuras que ahora se desdoblán de las relativas a las personas con discapacidad.

La jurisprudencia venía ya recordando que lo relevante era reinterpretar el régimen legal existente a la luz de la Convención, en cuya labor de acomodación el mantenimiento de la patria potestad o su rehabilitación no parecía la mejor o más adecuada medida de apoyo.

En la STS 600/2015, de 4 de noviembre, se rechaza la rehabilitación de la patria potestad en cuanto por ser una medida de contenido y alcance tan amplio que colisionaba con una interpretación del apoyo como complemento y asistencia, resolviendo que lo apropiado era la curatela ejercida por la madre.

En la STS 403/2018, de 27 de junio, mantuvo la rehabilitación acordada de la patria potestad, pero huyendo del automatismo de reconocerla en ambos padres la atribuye sólo a la madre por su convivencia previa exclusiva, atendiendo a la regla del art. 156 CC, y como un medio por mantener al discapacitado en su entorno social, económico y familiar.

La motivación o causa de derogación se explica con los siguientes argumentos: por la rigidez que implica el mantenimiento o la rehabilitación de la patria potestad, la carga que para los padres conllevaba la asunción del



deber y la oportunidad de que la persona con discapacidad se prepare para vivir en el futuro sin la presencia de sus progenitores y así pueda adquirir un mayor grado de independencia.

7. Obviando ahora la guarda de hecho, que por su propia naturaleza es una figura de apoyo informal (art. 249 CC) que se desarrolla ya como medio ordinario y no provisional de apoyo sin necesidad de reconocimiento o investidura judicial -a salvo de los supuestos legales que existen un control judicial previo, como los actos que requieran acreditar la representación y para prestar el consentimiento en los actos que enumera el art. 287 CC-, las dos figuras de aplicación judicial normalizada serán el defensor judicial y la curatela.

El art. 250 CC indica ahora que procede el nombramiento de defensor cuando la necesidad de apoyo se precise de forma ocasional, aunque sea recurrente.

Las causas concretas de nombramiento (art. 295 CC) giran sobre la imposibilidad puntual del apoyo habitual; la existencia de conflicto de interés entre la figura de apoyo y la persona con discapacidad; la posibilidad de su nombramiento mientras se tramite la excusa del curador; la situación interina de los bienes necesitados de administración mientras se provee la medida judicial de apoyo, y, en fin, cuando se precise de medidas de apoyo de carácter ocasional, aunque sea recurrente.

Su presencia, en consecuencia, radicará cuando se precise su aparición ocasional: un acto de trascendencia patrimonial para el que no es preciso proveer a la curatela y no se quiera por algún motivo atribuir la representación al guardador.

8. La medida de apoyo judicial continuada -aunque limitada a las ocasiones en que se exige por sentencia su asistencia- más común será la curatela. Su legitimación no es general para el conjunto de actos de la vida civil de una persona, sino solo para los que determine la sentencia que la acuerde.

La práctica judicial ha venido invocándola por decisión de una constante jurisprudencia que con el propósito de que se produzca una verdadera graduación de la modificación de la capacidad para que el resultado sea un traje a la medida de cada persona, impone su aplicación por su carácter flexible y graduable (SSTs nº 282/2009, de 29 de abril, 373/2016, de 3 de junio; 217/2017, de 4 de abril; 298/2017, de 16 de mayo; 530/2017, de 27 de septiembre, 118/2018, de 6 de marzo, entre muchas otras).

En la reciente STS, Sala Primera, nº 269/2021, de 6 de Mayo (Rec. 2235/2020), se vuelve a recordar que

<< De esta forma, la curatela se configura como una institución flexible, que se caracteriza por su contenido de asistencia y supervisión, susceptible de abarcar tanto el ámbito personal o patrimonial de la persona afectada o ambos a la vez (sentencias 995/1991, de 31 diciembre , 421/2013, de 24 de junio , 337/2014, de 30 de junio , 553/2015, de 14 de octubre , 557/2015, de 20 de octubre , 716/2015, de 17 de diciembre , 373/2016, de 3 de junio , 216/2017, de 4 de abril , 298/2017, de 16 de mayo ; 118/2018, de 6 de marzo ; 458/2018, de 18 de julio).

El curador "no suplente la voluntad del afectado, sino que la refuerza, controla y encauza, complementando su deficiente capacidad, por lo que su función no viene a ser de representación, sino más bien de asistencia y protección en el concurso que presta su apoyo e intervención para aquellos actos que haya de realizar el incapaz y estén especificados en la sentencia, los que no tienen que ser específicamente de naturaleza patrimonial" (sentencias del Tribunal Supremo 341/2014, de 1 de julio, y 698/2014, de 27 de noviembre)>>

Incluso, la STS nº 597/2017, de 8 de noviembre, admitió la curatela con facultades representativas con la actual legislación en vigor.

Con carácter general se logra, al contrario de la sustitución en la capacidad, el complemento en su ejercicio mediante la *asistencia* (arts. 269 y 282 CC) de la persona necesitada del apoyo -pero ya dotada de una mayor autonomía personal- en aquellos actos patrimoniales o personales (entre otros, como indica el art. 271 CC, para la autocuratela, sobre el cuidado de la persona o los que afecten a la administración y disposición de sus bienes) que indique el juez en su resolución (art. 250). Incluso, podemos hablar de la supervisión y del complemento de la deficiente capacidad como realidades más amplias que la mera asistencia.

En palabras del Preámbulo, apartado III, la finalidad esencial de la institución -como el propio significado de la palabra curatela (cuidado)- es la de prestar asistencia, apoyo, ayuda en el ejercicio de la capacidad jurídica. Antes ya se indicaba en el art. 249 CC que la labor del curador consistía en procurar que el apoyado pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándole, ayudándole en su comprensión y razonamiento, y que el juez podrá dictar las salvaguardas oportunas para asegurar los criterios legales y, en particular, que se ajustan a su voluntad, deseos y preferencias.

Su ejercicio implicará el cumplimiento de las funciones-deberes del art. 282: mantener contacto con el curatelado, desempeñar sus funciones con la diligencia debida, asistirle y respetar su voluntad, deseos y preferencias, procurar que pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones y fomentar sus aptitudes



para que pueda ejercer su capacidad con menos apoyo. Nótese que ha desaparecido cualquier mención a la obligación del curador, siquiera representativo, de velar por la persona afectada o de procurarle alimentos.

9. Si, de acuerdo a la reforma legal, el apoyo del curador se conforma con la asistencia, existirán supuestos en los que resulta imprescindible acordar una curatela representativa (art. 269 CC).

El curador representante actuará cuando exista una imposibilidad real de conocer la voluntad de la persona con discapacidad porque carezca de un discernimiento suficiente que implique la inexistencia o grave limitación de su capacidad de decidir, aunque reciba el apoyo adecuado. Constituirá la forma de apoyo más intensa y el curador, en su ejercicio, tratará de determinar la decisión que hubiera tomado en caso de no requerir representación, a cuyo efecto se deberá tener en cuenta la trayectoria vital, sus valores y creencias (reconstrucción de la voluntad).

En la determinación concreta de la curatela, el juez deberá establecer las medidas de control oportunas, orientadas por un lado a garantizar el respeto de los derechos, voluntad y preferencias, y, por otro, con el fin evitar abusos, conflictos de intereses e influencia indebida; para el nombramiento -respetando la proposición del curatelado, salvo que concurren los supuestos de los arts. 272.2 y 275 CC, y salvo que no resultare clara su voluntad-, remoción -en expediente de jurisdicción voluntaria-, excusa -cuando resulte excesivamente gravoso o entrañe grave dificultad- y retribución del curador deberán seguirse los criterios y reglas de los arts. 275 a 281 CC; además, deberá prestar fianza cuando el juez lo considere necesario (art. 284 CC) y el curador representante deberá hacer inventario (art. 285 CC) y necesitará autorización judicial expresa para los actos que determine la resolución de constitución del apoyo y los previstos en el art. 287 CC (actos de trascendencia personal o familiar que no pueda hacer por sí mismo el curatelado, sin perjuicio de la legislación sobre internamiento psiquiátrico, consentimiento informado en el ámbito de la salud y otras leyes especiales, y actos de mayor trascendencia patrimonial); por último, la extinción de la curatela se producirá por las causas previstas en el art. 291 CC, el curador deberá rendir (art. 292 CC) cuenta general -sin perjuicio de la periódica impuesta- justificada de su administración y responderá de los daños -el curador representante- que hubiese causado por su culpa o negligencia (art. 294 CC) cuando el curatelado conviva con él.

10. La decisión judicial, en cualquier caso, no debe incluir la mera privación de derechos, como una consecuencia directa de la discapacidad, sin perjuicio de las limitaciones que puedan ocasionar la o las medidas de apoyo acordadas. La Disposición transitoria primera indica que las << meras privaciones de derechos de las personas con discapacidad, o de su ejercicio, quedarán sin efecto>>, a partir de la entrada en vigor de la ley.

11. El artículo 268 CC impone, en fin, que << Las medidas de apoyo adoptadas judicialmente serán revisadas periódicamente en un plazo máximo de tres años. No obstante, la autoridad judicial podrá, de manera excepcional y motivada, en el procedimiento de provisión o, en su caso, de modificación de apoyos, establecer un plazo de revisión superior que no podrá exceder de seis años. Sin perjuicio de lo anterior, las medidas de apoyo adoptadas judicialmente se revisarán, en todo caso, ante cualquier cambio en la situación de la persona que pueda requerir una modificación de dichas medidas.>>.

CUARTO: Resolución del recurso de apelación. Provisión de la curatela como medida de apoyo.

1. Las consideraciones precedentes obliga a adecuar el régimen de apoyos preciso para que Silvio pueda ejercitar plenamente su capacidad jurídica a la luz de la nueva legislación.

Resulta evidente, en consecuencia, que al derogarse la institución de la patria potestad, rehabilitada o prorrogada, del art. 171 CC extinto, el apoyo determinado en la sentencia de primera instancia no puede subsistir, por lo que la presente resolución judicial adecuará el apoyo preciso y legalmente reconocido.

Además, como consecuencia lógica de la reforma no habrá de incluirse en el fallo mención alguna a la declaración de la persona como incapacitado, discapaz o discapacitado, total o parcial, ni puede subsistir siquiera la prohibición para otorgar **testamento** con el fin de que, en su caso, se sigan los nuevos preceptos legales, fundamentalmente, el régimen de los artículos 663.2º y 665 CC y concordantes. De acuerdo al art. 269 CC, << En ningún caso podrá incluir la resolución judicial la mera privación de derechos.>>.

2. Silvio ha expresado claramente su deseo y preferencia sobre la persona que le debe prestar exclusivo apoyo: su madre.

El criterio prioritario que impone atender a la voluntad, deseos y preferencias por él expresados, no debe ser en el presente caso limitado por su eventual interés, pues no existe indicio alguno de la existencia de un abuso, una influencia indebida, un conflicto de interés o el aprovechamiento de su voluntad, o, en fin, por la presencia de cualquiera de los supuestos previstos en los arts. 272.2 y 275 CC.



Y el régimen de apoyo debe ser la curatela, dado que precisa de su continuidad, en atención a que su discapacidad es permanente con incidencia evidente en su discernimiento. No se aprecia, en cualquier caso, la existencia de una medida de apoyo actualmente suficiente (art. 269 CC).

El padre, en su recurso, se aquieta tanto al apoyo bajo la curatela como que se preste bajo tal modalidad por su madre.

Ciertamente, expresado su deseo, la realidad que supone la mantenida convivencia con su madre y el desapego que muestra en la actualidad hacia la figura de su padre, hacen inviable cualquier otra forma, por el momento, de apoyo, ni siquiera bajo la fórmula de separar los cargos de curador de la persona y de los bienes o establecer una curatela dual (art. 277 CC).

3. La curatela que se acuerda será esencialmente representativa al apreciarse que, por su grado de discernimiento, tiene muy limitada su capacidad de decidir.

El dictamen médico-forense, cuyas valoraciones no se han discutido, va a asumirse sin perjuicio de su terminología final. Indica que requiere supervisión en algunas actividades primarias como el aseo, con discapacidad para elegir lo que puede y debe hacer, extensa para mantener su propio bienestar y completa para el funcionamiento diario dentro de la casa o la adopción de decisiones de contenido económico (sin manejo de dinero a salvo el de bolsillo ni control sobre los cambios), y con escaso uso de los recursos de la comunidad.

Por ello concluye que las limitaciones asociadas al trastorno que aqueja al demandado *comprometen gravemente sus facultades con dependencia de terceras personas para satisfacer las necesidades cotidianas de la vida en sociedad, impidiéndole su autogobierno autónomo, o la adopción de decisiones o juicios de conveniencia responsables sobre su persona o bienes, por lo que procede declarar judicialmente su discapacidad plena.*

4. La curatela de la madre deberá extenderse:

(i) en el plano personal, a la asistencia en los actos relativos al cuidado de su persona, tanto en el ámbito de su higiene como al médico-sanitario en todo lo que afecta, sin perjuicio de otros, al control de la medicación, seguimiento del tratamiento, asistencia a las citas médicas e ingresos hospitalarios, sin perjuicio de lo dispuesto legamente en materia de internamiento, consentimiento informado en el ámbito de la salud o en otras leyes especiales; particularmente, actuará como su representante de acuerdo con el art. 9.3 -sin perjuicio de las indicaciones del art. 9.7- de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente, y sin perjuicio de la necesidad de recabar la autorización judicial en los actos de trascendencia personal o familiar cuando la persona afectada no pueda hacerlos por sí misma (art. 287.1º CC).

(ii) en el plano patrimonial, la curatela se extenderá al ejercicio de las funciones de representación de la persona necesitada del apoyo en los actos de administración, ordinaria o extraordinaria, y de disposición o gravamen, a salvo de la administración por el curatelado del dinero de bolsillo en cuantía no superior a 20 euros semanales, sin perjuicio en todo caso de la necesidad de recabar la autorización judicial en los actos previstos en el art. 287. 2º a 9º, CC.

En cualquier caso, la curadora, de acuerdo al art. 282 CC, además de mantener contacto con el curatelado, desempeñará sus funciones con la diligencia debida, asistiéndole y respetando, en la medida de lo posible, su voluntad, deseos y preferencias, procurando que pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones y fomentando sus aptitudes para que pueda ejercer su capacidad con menos apoyo en el futuro.

5. En atención a lo indicado en el art. 268 CC se estima apropiado que, en el presente caso, en el que se ha justificado la presencia de una causa de grave limitación de su capacidad de decisión que no es previsible que varíe fundamentalmente en un futuro cercano, que la revisión del apoyo se produzca a los cinco años.

6. Por último, el art. 270 CC exige, al constituir la curatela, el establecimiento de las medidas de control que estime oportunas, para garantizar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona que precisa el apoyo y para evitar los abusos, los conflictos de intereses y la influencia indebida, sin perjuicio de que informe al juez o al Ministerio Fiscal en cualquier momento sobre la situación personal o patrimonial de la persona apoyada.

No se estima adecuado ni preciso exigir a la curadora la constitución de fianza que asegure el cumplimiento de sus obligaciones (art. 284 CC), pero deberá hacer inventario dentro del plazo de sesenta días a partir del siguiente de su toma de posesión (art. 285 CC) y deberá rendir anualmente cuentas de su gestión y representación (art. 292 CC).

QUINTO:Costas procesales.



La especial naturaleza de orden público y las demás circunstancias del presente proceso constituyen motivos suficientes para no imponer las costas procesales causadas, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 394 y 398 de la LEC.

Así, en ejercicio de la potestad jurisdiccional que nos ha conferido la Constitución Española, y en nombre de Su Majestad El Rey.,

FALLAMOS

1º.- Desestimamos el contenido del recurso de apelación interpuesto por D. Valentín contra la sentencia del juzgado de primera instancia nº 11 de Santander de 2 de diciembre de 2020 y estimamos parcialmente el contenido del escrito presentado con fecha 12/7/2021, complementario del recurso presentado.

2º.- En consecuencia, dejando sin efecto las declaraciones incorporadas en el fallo de la sentencia de instancia, acordamos para el pleno ejercicio de la capacidad jurídica de Silvio la provisión como apoyo judicial de la curatela, nombrando como curadora a su madre D^a Regina en la siguiente extensión:

(i) en el plano personal, a la asistencia en los actos relativos al cuidado de su persona, tanto en el ámbito de su higiene como al médico-sanitario en todo lo que afecta, sin perjuicio de otros, al control de la medicación, seguimiento del tratamiento, asistencia a las citas médicas e ingresos hospitalarios, sin perjuicio de lo dispuesto legamente en materia de internamiento, consentimiento informado en el ámbito de la salud o en otras leyes especiales; particularmente, actuará como su representante de acuerdo con el art. 9.3 -sin perjuicio de las indicaciones del art. 9.7- de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente, y sin perjuicio de la necesidad de recabar la autorización judicial en los actos de trascendencia personal o familiar cuando la persona afectada no pueda hacerlos por sí misma (art. 287.1º CC).

(ii) en el plano patrimonial, al ejercicio de las funciones de representación de la persona necesitada del apoyo en los actos de administración, ordinaria o extraordinaria, y de disposición o gravamen, de sus bienes y derechos, a salvo de la administración por el curatelado del dinero de bolsillo en cuantía no superior a 20 euros semanales, sin perjuicio en todo caso de la necesidad de recabar la autorización judicial en los actos previstos en el art. 287. 2º a 9º, CC.

En cualquier caso, la curadora, de acuerdo al art. 282 CC, además de mantener contacto con el curatelado, desempeñará sus funciones con la diligencia debida, asistiéndole y respetando, en la medida de lo posible, su voluntad, deseos y preferencias, procurando que pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones y fomentando sus aptitudes para que pueda ejercer su capacidad con menos apoyo en el futuro.

3º.- La curadora deberá formar inventario del patrimonio del curatelado dentro del plazo de sesenta días a partir del siguiente de su toma de posesión (art. 285 CC) y deberá rendir anualmente cuentas de su gestión y representación (art. 292 CC). No se estima preciso exigir la constitución de fianza que asegure el cumplimiento de sus obligaciones (art. 284 CC).

4º.- La revisión de las medidas de apoyo se producirá a los cinco años.

5º.- No se imponen las costas procesales de esta segunda instancia.

Contra la presente resolución puede interponerse los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación ante este mismo Tribunal en el plazo de los veinte contados desde el siguiente a su notificación, debiendo constituirse y acreditarse en dicho instante el depósito previsto en la Disposición Adicional 15ª LOPJ.

Así por ésta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

DILIGENCIA: Seguidamente se procede a cumplimentar la notificación de la anterior resolución. Doy fe.

De conformidad con lo dispuesto por la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales y la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, los datos contenidos en la presente resolución solamente podrán ser tratados con la finalidad de su notificación y ejecución, así como de tramitación del procedimiento en que se ha dictado. El órgano judicial es el responsable del tratamiento y el Consejo General del Poder Judicial la autoridad de control en materia de protección de datos de naturaleza personal contenidos en ficheros jurisdiccionales.