

## 1. DERECHO CIVIL

### 1.1. Parte general

**Apunte jurisprudencial sobre la curatela en supuestos de incapacidad parcial \***

*Jurisprudential point on the curatela in partial disability assumptions*

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE  
*Profesora Titular de Derecho civil. UCM*

**RESUMEN:** Tras la ratificación de la *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* por nuestro ordenamiento y mientras se avanza hacia la conversión en Ley del *Anteproyecto de reforma de la legislación civil y procesal en materia de discapacidad* que responde a uno de los nuevos retos de la sociedad del siglo XXI, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha ido concretando alguna de las cuestiones del cambio radical que está por llegar. Con base en el derecho de igualdad de todas las personas en el ejercicio de su capacidad jurídica, en la que las personas discapacitadas deben gozar de una capacidad jurídica en igualdad de condiciones que las demás, se procede a establecer un sistema de apoyos, cuyo eje central va a ser la curatela, como medida de *asistencia y asesoramiento* en la toma de decisiones que afecten a sus intereses personales, familiares o patrimoniales.

**ABSTRACT:** After the ratification of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities by our system and while moving towards the conversion into

---

\* Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto Nacional I+D «El Tribunal de Justicia de la Unión Europea: su incidencia en la configuración normativa del proceso civil español y en la protección de los derechos fundamentales» (Ref. DER 2016-75567-R), de la Red Temática «Justicia Civil: Análisis y Prospectiva» (DER 2016-81752-REDT), ambos financiados por el Ministerio de Economía y Competitividad y en el marco del Grupo Consolidado de Investigación «Derecho de daños. Derecho de la contratación» de la Universidad Complutense de Madrid, de cuyos equipos de investigación formo parte.

*the Law of the Draft reform of civil and procedural legislation on disability that responds to one of the new challenges of the 21st century society, the Supreme Court's jurisprudence has been concretizing some of the issues of radical change that is yet to come. Based on the right of equality of all persons in the exercise of their legal capacity, in which disabled persons must enjoy legal capacity on equal terms as others, a support system is established, the main focus of which will be the curatorship, as a measure of assistance and advice in making decisions that affect your personal, family or property interests.*

**PALABRAS CLAVE:** Discapacidad. Capacidad jurídica. Capacidad de obrar y curatela.

**KEY WORDS:** Disability. Legal capacity. Capacity to act and curatorship.

**SUMARIO:** I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.—II. MARCO LEGAL DE LA CURATELA.—III. LA PROGRESIVA ADAPTACIÓN JURISPRUDENCIAL EN MATERIA DE CURATELA A LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK.—IV. HACIA UN MODELO DE PROTECCIÓN SUAVE: EL SISTEMA DE APOYOS. EL INTERÉS DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD EN EL TRIBUNAL SUPREMO.—V. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO Y LA CURATELA COMO MEDIDA DE APOYO SUFICIENTE.—VI. EL TRIBUNAL SUPREMO Y EL PROCEDIMIENTO DE DECLARACIÓN DE LA CAPACIDAD EN LA CONVENCIÓN.—VII. CONCLUSIONES.—VIII. ÍNDICE DE SENTENCIAS (DEL TC, TS Y AP) CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO.—IX. LEGISLACIÓN CITADA.

## I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

Hemos decidido centrarnos en el tema expuesto por varias razones, y no solo por la llegada inminente de la modificación del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el tema de las instituciones hasta ahora llamadas de guarda, aún en vigor; sino porque dicho advenimiento ha sido previamente preparado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo como vamos a poner de relieve aquí que ha recogido en sus considerandos parte del espíritu de la Convención de Nueva York que se transluce también en el (hasta ahora) Anteproyecto de Ley por la que se Reforma la Legislación Civil y Procesal en materia de Discapacidad.

Pues bien, vamos a centrarnos en este pequeño estudio, en el supuesto de la llamada por el momento *incapacitación parcial* (recordemos que el primero de los cambios que se producirán si el anteproyecto ve la luz es la desaparición de los procedimientos de incapacidad y su sustitución por los procedimientos de provisión de apoyos) y el otorgamiento de la medida de protección de curatela.

Las sentencias que vamos a recoger, y su estudio, parten de la declaración previa de incapacidad de varias personas cuyo régimen de protección posteriormente se dulcifica por considerarse excesivo y desproporcionado, pues se observa que realmente la persona con discapacidad puede solo precisar apoyos concretos para garantizar la realización de determinados actos...

Esta es la clave precisamente del nuevo *sistema de curatela* que se recoge en el Anteproyecto como medida de *asistencia y asesoramiento* en la toma de decisiones que afecten a sus intereses personales, familiares o patrimoniales que, repetimos presuntamente va a llegar en breve, pues se contiene en el Anteproyecto de Ley por la que se Reforma la Legislación Civil y Procesal en materia de Discapacidad (como pueden ser los relativos a decisiones sobre las vicisitudes de su vida ordinaria —domicilio, salud, comunicaciones, etc...). Sin embargo, el proyecto va más allá, y aunque concreta el significado de la palabra curatela —cuidado—, el cual revela la finalidad de la institución como de *asistencia, apoyo, ayuda, de naturaleza básicamente asistencial*, posibilita también que en los casos precisos, se atribuirá al curador *funciones representativas*, solo de manera excepcional y podrán tener alcance general de forma excepcional en casos que revistan especial gravedad.

## II. MARCO LEGAL DE LA CURATELA

En estos momentos nos encontramos en materia de incapacidad con la existencia del siguiente *marco jurídico actual*:

- La existencia de la *regulación contenida en el Código civil*.
- La *regulación contenida en el Convenio de Nueva York* (Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 el cual entró en vigor en nuestro ordenamiento jurídico el 3 de mayo de 2008).
- El Anteproyecto de Ley por el que se Reforma la Legislación Civil y Procesal en materia de Discapacidad.
- Y, en menor medida de importancia, pero que no hay que perder de vista, la *Propuesta de nuevo Código civil de la Asociación de Profesores de Derecho civil que lleva trabajando en ella desde el mes de septiembre de 2014*<sup>1</sup>.

Como es sabido el Código civil, establece un *procedimiento judicial de incapacitación procesal de las personas que no pueden gobernarse por sí mismas, y la curatela* se encuadra desde la reforma de 1983 como una de *las instituciones de guarda*, pues la modificación del artículo 215 del Código civil consagró el principio de *pluralidad de guarda* legal en nuestro ordenamiento de acuerdo con la *diversidad de la incapacidad* de la persona. Así se configuró el sistema de las instituciones tutelares como un *deber* y no como un derecho ejercido en *beneficio del tutelado* como eje sobre el cual gira la actuación del guardador y siempre bajo la salvaguarda de la *autoridad judicial* (art. 216 CC). La resolución judicial donde se concreta el *sistema de guarda*, en el caso objeto de estudio la *curatela*, habrá de inscribirse en el Registro Civil (art. 218 CC, 88 y sigs. LRC).

La curatela del incapacitado parte de una *declaración de restricción de capacidad en un procedimiento de incapacitación* en la que la intervención del curador está *vinculada por dicha declaración judicial siendo permanente y necesaria*. Desde la perspectiva de su *contenido*, la función del curador se refiere al ámbito *patrimonial* y puede extenderse a aspectos *personales* (art. 287 CC).

La curatela se *caracteriza por las siguientes notas*:

- a) es una *institución de guarda* distinta de la tutela e *individualizada*, pero en lo no regulado se remite a las normas de la tutela,

- b) es una institución de guarda *estable*, pese a que solo opere con respecto a actos muy concretos y determinados;
- c) se configura como un *deber* —es también obligatoria—, y se ejerce en beneficio del sometido a ella y bajo control judicial;
- d) responde a una *función de asistencia* —ni de representación ni de administración— generalmente para actos concretos, bien fijados por la ley, bien por el juez;
- e) se configura como una institución de guarda *básicamente patrimonial*;
- f) por todo ello, está vinculada subjetivamente con quienes solo precisen de un *complemento en su consentimiento y no su total sustitución* (STS de 29 de abril de 2009)<sup>2</sup>.

Básicamente, tiene una *función de asistencia*, que se proyecta sobre aquellos actos que los incapacitados no puedan realizar por sí mismos. Ya se indicó en la antigua STS de 31 de diciembre de 1991<sup>3</sup>, aunque referida a los menores, que el curador no suple la voluntad del menor, sino que la *refuerza, controla y encauza, complementando su capacidad; por lo que su función no viene a ser de representación, sino de asistencia*.

La *intervención* del curador ha de ser *para cada acto en concreto* —no sirve el asentimiento general—, que debe prestarse en el momento de la celebración del negocio de que se trate, compareciendo con el propio sujeto.

Pues bien brevemente tenemos que poner de relieve que la *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006* tiene como fines generales, los siguientes:

- El reconocimiento de que la *discriminación* contra cualquier persona por razón de su discapacidad constituye una *vulneración de la dignidad de la persona*.
- El reconocimiento de la *diversidad* de las personas con discapacidad.
- El reconocimiento de la necesidad de *promover y proteger los derechos humanos de todas las personas con discapacidad*.
- El reconocimiento del valor de las *contribuciones que realizan las personas con discapacidad al bienestar general y a la diversidad de sus comunidades*.
- El reconocimiento de la importancia que para las personas con discapacidad reviste su *autonomía e independencia individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones* con base en el *respeto de la dignidad inherente*.

Todos estos pasos que escalonadamente ha hecho, y va a hacer en un futuro próximo la legislación en esta materia, se ha ido perfilando también en nuestra jurisprudencia como a continuación vamos a poner de relieve.

### III. LA PROGRESIVA ADAPTACIÓN JURISPRUDENCIAL EN MATERIA DE CURATELA A LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK

En la STS, Sala Primera, de lo Civil, de 31 de diciembre de 1991, se hizo referencia a que el procedimiento de incapacidad, «*es la decisión judicial de que una persona carece de aptitud para gobernarse, si bien caben los límites del artículo 210 del Código civil...*» y que la curatela es el medio al que se somete a ella a las personas *que no son totalmente incapaces* y, por ello, *se les priva parcialmente de la capacidad*.

En dicha sentencia se concreta cómo el verdadero protagonista-objeto de esta clase de proceso es el *presunto incapaz*, que debe de estar *ayudado tuitivamente* en la forma más conveniente y útil para que, como persona, bien representada (tutela), *bien asistida (curatela)*, *pueda desenvolverse en sociedad y desarrollar su propia personalidad...* El *curador no suple la voluntad del afectado, sino que la refuerza, controla y encausa, 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 precisamente de naturaleza exclusivamente patrimonial, o, en otro caso, ha de entenderse que se extiende a los mismos actos en que los tutores precisen previa autorización judicial...

La STS de 30 de junio de 2004<sup>4</sup>, al apreciar una situación de incapacidad limitada, no absoluta, indica que es suficiente el *régimen protector* de la curatela.

El Tribunal indica la necesidad de protección de una persona incapacitada... pero establece la restricción y control de la capacidad de las personas físicas.

Posteriormente, la STS de 29 de abril de 2009 cuando ya ha pasado a formar parte de nuestro ordenamiento la Convención de Nueva York, aprovecha y fija los nuevos parámetros necesarios en este ámbito. Reconoce cómo las causas de incapacidad están concebidas en nuestro derecho, a partir de la reforma de 1983, como abiertas, pues no existe una lista cerrada, y, a su vez, existe una presunción de capacidad que se aplica a toda persona mayor de edad, que solo desaparece cuando se prueba la concurrencia de una *enfermedad de carácter persistente* que permita concluir que aquella persona *no se halla en situación de regir su persona, administrar sus bienes* y cumplir con las restantes funciones de una persona media (arts. 200 y 322 CC).

Además los artículos 234, 235 y 236 del Código civil contienen una norma abierta en cuya virtud el juez debe proceder al nombramiento de tutor teniendo en cuenta siempre el beneficio del incapacitado, que debe ser apreciado libremente por el juez teniendo a la vista las circunstancias del caso, pudiendo fraccionar de la tutela, la protección de la persona y la administración de los bienes.

#### IV. HACIA UN MODELO DE PROTECCIÓN SUAVE: EL SISTEMA DE APOYOS. EL INTERÉS DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD EN EL TRIBUNAL SUPREMO

La entrada en vigor de la Convención y la necesidad de su *interpretación conjunta actual* con el ordenamiento jurídico a la luz de dichos principios, consiste en determinar cómo integrar la protección debida con las situaciones en las que falta la capacidad para entender y querer. Siempre teniendo en cuenta que en el proceso de incapacitación al que están abocadas generalmente estas personas conlleva una *privación de todos o parte de los derechos* que se ostentan como consecuencia de la cualidad de persona (a través del actual sistema de procedimiento de incapacitación) y que la autoridad judicial adopta como *sistema de protección establecido*.

Para la adopción de estos sistemas de protección es necesario que concurren algunos requisitos como la falta de capacidad permanente, que conlleve la necesidad de una estabilidad en la protección para la realización de actos, actividades y sobre todo, para desarrollar de forma adecuada y libre, la personalidad. La incapacitación no cambia para nada la titularidad de los derechos

fundamentales, aunque sí que determina su forma de ejercicio, pues puede ser reversible o variar en grado.

La STS de 29 de abril de 2009, indica que «La insuficiencia mental para justificar un estatuto particular de incapacidad o capacidad limitada y por lo tanto para derogar el principio de igualdad formal (art. 14 CE), tiene que representar un estado patológico, que debe ser detectado a través de una compleja valoración de las condiciones personales del sujeto, siempre en relación con el exclusivo interés de la persona. Esta sigue teniendo la cualidad de tal y, por tanto, sigue teniendo capacidad jurídica y solo por medio de una sentencia puede ser privada de la capacidad de obrar en la medida que sea necesario para su protección».

Como vemos ya se comienza a utilizar el principio del *interés de la persona con discapacidad*.

Así, últimamente, la STS de 18 de julio de 2018<sup>5</sup>, tras el establecimiento de una modificación parcial de la capacidad de obrar de la demandada en las esferas relativas a la salud y administración de bienes que excedan de gastos ordinarios o de bolsillo, se concreta que la institución que más se adecúa a las limitaciones de la demandada es la curatela, y que no cabe imponer la tutela. En *aras del interés superior de la discapaz* se establece el sistema proporcionado a su situación y de acuerdo con la doctrina jurisprudencial.

Previamente el Tribunal Supremo en Sentencia de 11 de octubre de 2017<sup>6</sup> deja sin efecto la incapacitación total de la demandada *por excesiva y desproporcionada* que pasa a ser de *incapacitación parcial con necesidad de curatela* y ello porque la persona con discapacidad (padece un trastorno delirante de tipo persecutorio), goza de autonomía en su vida diaria para su atención personal. Solo precisa apoyos para garantizar su correcta atención médica, porque la falta de conciencia sobre su enfermedad incide directamente en la desatención al tratamiento psiquiátrico, lo que agrava su situación. El trastorno también afecta a sus facultades patrimoniales, pero sin que ello justifique su completa privación, al igual que su capacidad de contratación, que solo precisa ser complementada por el guardador legal<sup>7</sup>.

Sentencia importante porque ya da el paso al término *apoyo*, que va a ser uno de los ejes centrales sobre el cual va a girar el Anteproyecto como hemos señalado al inicio de este trabajo.

Además, en la indicada resolución judicial se rebaja la modificación de la capacidad y se recalca que la curatela es un *sistema de guarda legal que otorga apoyos, no protege, sino que acompaña*. Y sobre todo, se huye de hablar de privación de derechos en el ámbito patrimonial. Muy en la línea con la Convención y especialmente con el Anteproyecto.

La STS de 27 de septiembre de 2017<sup>8</sup>, en un supuesto de una persona con síndrome de Down, (con déficit intelectual ligero/moderado que afecta a decisiones sobre su salud, hábitos, higiene, horarios básicos, estancia residencial y desplazamientos sobre salud o formación), considera que *debe ser supervisada porque limita notablemente su autonomía personal*. Con claro proceder y en la línea actual considera que «no procede su sometimiento a tutela, propia de una incapacitación total, sino a una curatela que complete su capacidad en el aspecto personal y patrimonial»<sup>9</sup>.

Anteriormente la STS de 30 de junio de 2014<sup>10</sup>, en la misma línea, pero tras la declaración de incapacidad parcial del sujeto para actos o negocios jurídicos complejos, ya anticipó que la misma debía suplirse con la curatela como *régimen más favorable a su interés y a sus necesidades de protección*<sup>11</sup>.

En un supuesto de *enfermedad psíquica que impedía al demandado gobernarse por sí mismo*, la STS de 11 de octubre de 2012<sup>12</sup>, le designó curador, reinterpretando la curatela a la luz de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, desde un *modelo de apoyo y de asistencia y el principio del superior interés de la persona con discapacidad*, que, *manteniendo la personalidad, requiere un complemento de su capacidad*<sup>13</sup>.

Y ya dentro de las resoluciones de las Audiencias más actuales que tratan esta circunstancia, destacar la SAP de Barcelona de 31 de mayo de 2019<sup>14</sup>, que recoge y analiza un supuesto de mejoría en la enfermedad mental de una joven (trastorno mixto, de lenguaje expresivo, retraso mental, borderline, alteración de conducta con componente paranoide), que provocó la necesidad de modificar tanto el tratamiento médico (con la consiguiente supervisión sanitaria y la asistencia a un taller que conlleva la supervisión de su cuidado externo y de su organización diaria) como la modificación de la institución relativa a su guarda, en este caso el nombramiento de su padre como curador frente al nombramiento de una persona jurídica (quien siempre ha hecho el acompañamiento correspondiente en los temas relativos a la salud y en la gestión del dinero de su hija). Lo cual ha supuesto una mejor gestión de la situación compleja que plantea en ocasiones esa enfermedad. Pero frente a la negativa del Ministerio Fiscal que se mostró contrario a que se nombrara como tutor al padre.

Se toma la decisión de modificación parcial de la capacidad teniendo en cuenta su «deficiencia cognitiva con episodios psicóticos y alteraciones conductuales...» que la sitúan en *situación de vulnerabilidad*, de lo que ella tiene conciencia.

El Tribunal concreta porqué desoye la recomendación del Ministerio Fiscal de establecer el cargo tutelar en una persona jurídica. Y señala que «hay que partir del principio general de que una *persona cercana* al que tiene limitada su capacidad, como lo es un familiar, puede cumplir con mayor facilidad los deberes que impone el artículo 222-38 del CCC, pues precisamente su cercanía y parentesco *le ha de permitir asegurar su bienestar moral y material, respetar sus deseos conforme a su capacidad natural, favorecer su recuperación, prevenir su empeoramiento y mitigar las consecuencias de la incapacidad*. El contacto directo, la proximidad de afectos que comporta la relación de parentesco, por regla general, permite el ejercicio del cargo de forma más adecuada que lo hace una persona jurídica... El nombramiento de una Fundación para ejercer el cargo de la curatela obedece en este caso a la negligencia detectada por los Servicios Sociales en un momento determinado, pero es el padre el que se ha ocupado siempre de la hija y ha hecho el acompañamiento correspondiente en los temas relativos a la salud y en la gestión de su dinero. Se afirma que ha habido una mejoría y que ello también ha permitido una mejor gestión de su situación compleja... ya que sigue un tratamiento médico por lo que hay una supervisión sanitaria o control y asiste a un taller por lo que también hay una supervisión de su cuidado externo y de su organización diaria. En tanto el padre pueda ocuparse de las funciones propias de la curatela, la Sala entiende que no es precisa una Fundación por lo que debe estimarse el recurso respecto a dicha petición».

La SAP de Barcelona de 20 de febrero de 2019<sup>15</sup>, tras proceder a la declaración de incapacidad parcial del demandado para gestionar los problemas referidos al seguimiento médico y farmacológico de su salud y para la realización de actos patrimoniales complejos, indica que puede seguir administrando su pensión bajo la *supervisión de curador* que se nombra en una fundación a determinar en ejecución de sentencia.

La SAP de Barcelona de 17 de julio de 2019<sup>16</sup>, afirma como «no hay un correlato estricto entre tutela e incapacidad total y curatela e incapacidad parcial, sino que en función de las circunstancias se puede optar por una u otra institución». En el caso enjuiciado considera que la curatela es, en Cataluña, compatible con funciones de administración ordinaria de determinados aspectos del patrimonio (arts. 222-1, 222-35, 223-1 y 223-4 CCC) y puede contemplar, parcialmente, campos de actuación en que el curador supla la voluntad del sometido a curatela y le represente.

## V. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO Y LA CURATELA COMO MEDIDA DE APOYO SUFICIENTE

La diferencia entre la tutela y la curatela en la actualidad, ha sido concretada por la STS de 15 de junio de 2018<sup>17</sup> en términos de actualidad.

Se sostiene que la tutela está reservada para la incapacitación total y la curatela se concibe en términos más flexibles y está pensada para incapacitaciones parciales (STS de 1 de julio de 2014), si bien la jurisprudencia, salvo supuestos de patente incapacidad total, se viene inclinando, a la luz de la interpretación recogida de la Convención, por la curatela, en el entendimiento de que el Código civil no circumscribe expresamente la curatela a la asistencia en la esfera patrimonial, por lo que al amparo de lo previsto en el artículo 289 del Código civil, podría atribuirse al curador funciones asistenciales en la esfera personal, como pudiera ser la supervisión del sometimiento del discapaz a un tratamiento médico, muy adecuado cuando carece de conciencia de enfermedad. La tutela es la forma de apoyo más intensa que puede resultar necesaria cuando la persona con discapacidad no pueda tomar decisiones en los asuntos de su incumbencia, ni por sí misma ni tampoco con el apoyo de otras personas.

Según el artículo 267 del Código civil el tutor es el representante de la persona con la capacidad modificada judicialmente, salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí solo, ya sea por disposición expresa de la ley o de la sentencia. Pero en atención a las circunstancias personales puede ser suficiente un apoyo de menos intensidad que, sin sustituir a la persona con discapacidad, le ayude a tomar las decisiones que le afecten, y cumple esa función la curatela, concebida como un sistema mediante el cual se presta asistencia, como un complemento de capacidad, sin sustituir a la persona con discapacidad (arts. 287, 288 y 289 CC).

«En puridad, para distinguir cuándo procede una institución tutelar u otra, hay que atender a si la sentencia de incapacitación atribuye al guardador legal la representación total o parcial del incapacitado, pues es esta la característica diferencial entre la tutela y la curatela. En el primer caso, aunque la representación tan solo sea patrimonial, debe constituirse la tutela, aunque sus funciones serán las que se correspondan con la extensión de la incapacidad; mientras que en el segundo caso en que no se atribuye representación, procede constituir la curatela, con independencia de si las funciones asistenciales pertenecen a la esfera patrimonial o personal del incapacitado».

## VI. EL TRIBUNAL SUPREMO Y EL PROCEDIMIENTO DE DECLARACIÓN DE LA CAPACIDAD EN LA CONVENCIÓN

Aunque la legislación aún no ha cambiado, se percibe el cambio en las sentencias del Supremo como en la que vamos a exponer a continuación donde se

alude a la eliminación del procedimiento de incapacitación judicial de la persona con discapacidad que va a suponer un cambio radical en nuestro ordenamiento.

Nos referimos a la STS de 16 de mayo de 2017<sup>18</sup>, que indicó que el sistema de apoyos a que alude la Convención está integrado en el Derecho español por la tutela y la curatela, junto a otras figuras, como la guarda de hecho y el defensor judicial, que también pueden resultar eficaces para la protección de la persona en muchos supuestos. Todas ellas deben interpretarse conforme a los principios de la Convención.

Además insiste en que «la curatela es una institución flexible que se caracteriza por su contenido de *asistencia y supervisión, no por el ámbito personal o patrimonial o por la extensión de actos en los que esté llamada a prestarse*. La curatela, en primer lugar, no está limitada al ámbito patrimonial, aunque la curatela de los emancipados (art. 323 CC) y la de los pródigos sí se limitan a los actos de naturaleza exclusivamente patrimonial. Sin embargo, para las personas con discapacidad esto no es así, porque ni resulta de la letra del artículo 287 del Código civil ni es coherente con la exigencia de adoptar un sistema de apoyo que se adapte a las concretas necesidades y circunstancias de la persona afectada. La curatela puede ser un apoyo en la esfera personal o en la patrimonial, o en ambas, según lo requiera en cada caso la protección de la persona.

Así lo ha venido declarando la jurisprudencia de esta Sala en los últimos tiempos *tras descartar que el «procedimiento de modificación de la capacidad» y la constitución de tutela o curatela sean discriminatorias y contrarias a los principios de la Convención*. Toda persona discapacitada obviamente tiene el pleno ejercicio de sus derechos fundamentales ya que las cautelas que se imponen son solo una forma de protección. Medidas que no son discriminatorias porque la situación merecedora de la protección tiene características específicas y propias. Estamos hablando de una persona cuya patología no le permite ejercer sus derechos como tal porque le impide autogobernarse; medidas que no son contrarias a los principios establecidos en la Convención ni constituyen una violación del principio de igualdad consagrado en el artículo 14 CE, al tratar de forma distinta a los que tienen capacidad para regir su persona y bienes y aquellas otras personas que por sus condiciones no pueden gobernarse por sí mismas. La razón se encuentra en que el término de comparación es diferente lo que determina que se le proporcione un sistema de protección, no de exclusión, de acuerdo con el principio de tutela de la persona que impone el artículo 49 CE<sup>19</sup>.

## VII. CONCLUSIONES

I. Se tiende hacia un modelo de protección suave: el llamado sistema de apoyos. El sistema de apoyos se va a establecer de acuerdo con el interés superior de la persona con discapacidad de forma proporcionada a su situación.

II. Toda persona discapacitada, obviamente, tiene el pleno ejercicio de sus derechos fundamentales. Las cautelas que se imponen son solo una forma de protección. Medidas que no son discriminatorias porque la situación merecedora de la protección tiene características específicas y propias.

III. La curatela se concibe en términos flexibles y está pensada para incapacitaciones parciales si bien la jurisprudencia, salvo supuestos de patente incapacidad total, se viene inclinando, a la luz de la interpretación recogida de la Convención, por ella. La curatela es un modelo de asistencia y, excepcionalmente, de representación.

IV. El actual procedimiento de incapacitación (que va a desaparecer en cuanto se apruebe el Anteproyecto) al que están abocadas generalmente estas personas conlleva una *privación de todos o parte de los derechos* que se ostentan como consecuencia de la cualidad de persona y que la autoridad judicial adopta como *sistema de protección establecido*. Entendido en que la incapacitación no cambia para nada la *titularidad* de los derechos fundamentales, aunque sí que *determina su forma de ejercicio*, pues puede ser reversible o variar en grado.

V. De la jurisprudencia expuesta podemos observar que hay un *cierto paralelismo* de las finalidades perseguidas por el Anteproyecto y las existentes en la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE de 29 de julio de 2015) salvando las diferencias del ámbito al que cada una de ellas va dirigido.

El sistema de apoyos del que hemos hablado relativo a «la nueva curatela» ya fue introducido por el artículo 11 referido a la actuación administrativa y la protección de los menores contra cualquier forma de violencia. Seguidamente el artículo 12 garantiza el *apoyo* necesario para que los menores bajo la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento de una víctima de violencia de género o doméstica puedan permanecer con la misma.

Igualmente al reformar las *instituciones de protección a la infancia y a la adolescencia* se dio prioridad a las *medidas estables* frente a las *temporales*, a las *familiares* frente a las *residenciales* y a las *consensuadas* frente a las *impuestas*, que es precisamente lo que la jurisprudencia de las SAP llevan a cabo a la hora de fijar el nombramiento del cargo de curador en familiares frente a las instituciones tutelares administrativas a donde se acude si no hay otro remedio.

## VIII. ÍNDICE DE SENTENCIAS (DEL TS Y AP) CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO

- STS, Sala Primera, de lo Civil, 458/2018 de 18 de julio de 2018, Rec. 4374/2017. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. (La Ley 87516/2018). ECLI: ES:TS:2018:2805
- STS, Sala Primera, de lo Civil, 362/2018 de 15 de junio de 2018, Rec. 2122/2017. Ponente: Eduardo BAENA RUIZ. (La Ley 68755/2018). ECLI: ES:TS:2018:2191
- STS, Sala Primera, de lo Civil, 552/2017 de 11 de octubre de 2017, Rec. 2065/2016. Ponente: Ignacio SANCHO GARGALLO. (La Ley 142279/2017). ECLI: ES:TS:2017:3535
- STS, Sala Primera, de lo Civil, 530/2017 de 27 de septiembre 2017, Rec. 183/2017. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. (La Ley 133665/2017). ECLI: ES:TS:2017:3376
- STS, Sala Primera, de lo Civil, 298/2017 de 16 de mayo de 2017, Rec. 2759/2016. Ponente: María de los Ángeles PARRA LUCÁN. (La Ley 48331/2017). ECLI: ES:TS:2017:1901
- STS, Sala Primera, de lo Civil, 716/2015 de 17 de diciembre de 2015, Rec. 2577/2014. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. (La Ley 196605/2015). ECLI: ES:TS:2015:5438
- STS, Sala Primera, de lo Civil, 337/2014 de 30 de junio de 2014, Rec. 1405/2013. Ponente: Francisco Javier ORDUÑA MORENO. (La Ley 140916/2014). ECLI: ES:TS:2014:3852

- STS, Sala Primera, de lo Civil, 617/2012 de 11 de octubre de 2012, Rec. 262/2012. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. (La Ley 158043/2012). ECLI: ES:TS:2012:6810
- STS, Sala Primera, de lo Civil, 282/2009 de 29 de abril de 2009, Rec. 1259/2006. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. (La Ley 49525/2009).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 646/2004 de 30 de junio de 2004, Rec. 2898/1999. Ponente: Jesús CORBAL FERNÁNDEZ. (La Ley 1761/2004)
- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 31 de diciembre de 1991. Ponente: Alfonso VILLAGÓMEZ RODIL. (La Ley 2849/1992).
- SAP de Barcelona, Sección 18.<sup>a</sup>, 401/2019 de 31 de mayo de 2019, Rec. 34/2019. Ponente: María Dolores VIÑAS MAESTRE. (La Ley 70259/2019). ECLI: ES:APB:2019:5987
- SAP de Barcelona, Sección 18.<sup>a</sup>, 140/2019 de 20 de febrero de 2019, Rec. 1001/2018. Ponente: Francisco Javier PEREDA GÁMEZ. (La Ley 9366/2019). ECLI: ES:APB:2019:1283
- SAP de Barcelona, Sección 18.<sup>a</sup>, 499/2019 de 17 de julio de 2019, Rec. 56/2019. Ponente: Francisco Javier PEREDA GÁMEZ. (La Ley 109911/2019). ECLI: ES:APB:2019:9723.

## IX. LEGISLACION CITADA

- Constitución Española
- Código civil
- Convenio de Nueva York (Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. Entró en vigor en nuestro ordenamiento jurídico el 3 de mayo de 2008).
- El Anteproyecto de Ley por la que se Reforma la Legislación Civil y Procesal en materia de Discapacidad.
- Propuesta de nuevo Código civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil.

## NOTAS

<sup>1</sup> Se puede descargar en la web <http://www.derechocivil.net/>

<sup>2</sup> STS, Sala Primera, de lo Civil, 282/2009 de 29 de abril de 2009, Rec. 1259/2006. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS (La Ley 49525/2009). De la prueba practicada ha quedado acreditado que la demandada está afectada por una incapacidad total y permanente que limita funcionalmente la capacidad para regir su persona y administrar sus bienes. Fijación por el Tribunal Supremo de las reglas interpretativas que permiten compaginar el sistema constitucional de protección de las personas con falta de capacidad con la Convención de Nueva York de 13 diciembre 2006, sobre los derechos de las personas con discapacidad, y con lo establecido en el Código civil a partir de la reforma de 1983.

<sup>3</sup> STS, Sala Primera, de lo Civil, de 31 de diciembre de 1991. Ponente: Alfonso VILLAGÓMEZ RODIL (La Ley 2849/1992). Es la decisión judicial de que una persona carece de aptitud para gobernarse, si bien caben los límites del artículo 210 del Código civil. Se toma en proceso cuya característica principal es la búsqueda de la verdad material. Se somete a curatela a las personas que no son totalmente incapaces y, por ello, se les priva parcialmente de la capacidad.

<sup>4</sup> STS, Sala Primera, de lo Civil, sentencia 646/2004 de 30 de junio de 2004, Rec. 2898/1999. Ponente: Jesús CORBAL FERNÁNDEZ (La Ley 1761/2004).

<sup>5</sup> STS, Sala Primera, de lo Civil, 458/2018 de 18 de julio de 2018, Rec. 4374/2017. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA (La Ley 87516/2018). ECLI: ES:TS:2018:2805.

<sup>6</sup> STS, Sala Primera, de lo Civil, 552/2017 de 11 de octubre de 2017, Rec. 2065/2016. Ponente: Ignacio SANCHO GARGALLO (La Ley 142279/2017). ECLI: ES:TS:2017:3535.

<sup>7</sup> La demandada necesitará de la autorización del curador para apoderar y contratar y para realizar actos de disposición que excedan de 1800 euros. Se confirma en el cargo de curador a uno de sus hijos. Aunque la demandada solicitará expresamente que no lo fuera, no existe entre ellos una enemistad manifiesta, sino reticencias propias de su trastorno.

<sup>8</sup> STS, Sala Primera, de lo Civil, 530/2017 de 27 de septiembre de 2017, Rec. 183/2017. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA (La Ley 133665/2017). ECLI: ES:TS:2017:3376.

<sup>9</sup> No se extiende la limitación al derecho de sufragio y se amplía a 150 euros mensuales la facultad de disposición del llamado dinero de bolsillo, repartida la cantidad por días o semanas, sin perjuicio de las que pueda necesitar para llevar la vida de relación adecuada a su inclusión social. Se designa como curador a su hermana.

<sup>10</sup> STS, Sala Primera, de lo Civil, 337/2014 de 30 de junio de 2014, Rec. 1405/2013. Ponente: Francisco Javier ORDUÑA MORENO (La Ley 140916/2014). ECLI: ES:TS:2014:3852.

<sup>11</sup> Le ha sido reconocida capacidad de obrar para realizar actos de escasa relevancia de la vida ordinaria. No tiene anulada de forma significativa su capacidad cognitiva y volitiva. Puede manifestar su voluntad y preferencia sobre ámbitos de relevancia para sus intereses. Se designa a la demandante, pareja del demandado, para el cargo de curadora.

<sup>12</sup> STS, Sala Primera, de lo Civil, 617/2012 de 11 de octubre de 2012, Rec. 262/2012. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA (La Ley 158043/2012). ECLI: ES:TS:2012:6810.

<sup>13</sup> Pues bien, no se discute que la incapacidad de una persona, total o parcial, debe hacerse siguiendo siempre un criterio restrictivo por las limitaciones de los derechos fundamentales que comporta. Lo que se cuestiona realmente es si ha quedado o no acreditado que exista una enfermedad psíquica incapacitante que impida a quien recurre gobernarse por sí mismo, y ello es algo que resulta de la prueba que ha sido practicada, con la garantía del examen del ahora incapaz y audiencia de los parientes más próximos, de la que infiere que padece trastorno depresivo secundario, trastorno por abuso y dependencia al alcohol y trastorno de la personalidad que limitan las capacidades de querer, entender y libre determinación, de tal forma que su capacidad está limitada para el gobierno de su persona, toma de decisiones transcenentes, área de salud y bienes. Ninguna contradicción se advierte en la valoración que la sentencia hizo de los hechos. Una cosa es la opinión de los familiares que refieren una conducta más ordenada y coherente de la que venía observando, y otra distinta que esta aparente mejoría deje sin contenido el trastorno de la personalidad que resulta de la prueba.

La STS de 29 de septiembre de 2009 en materia de incapacidad y en la interpretación de las normas vigentes a la luz de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, firmada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, ratificada por España el 23 de noviembre de 2007, relativa a si, como consecuencia de la entrada en vigor de esta Convención, debe considerarse contraria a la misma la normativa relativa a la incapacidad como medida de protección de las personas incapaces, señala lo siguiente: «la incapacidad, al igual que la minoría de edad, no cambia para nada la titularidad de los derechos fundamentales, aunque sí que determina su forma de ejercicio. De aquí, que deba evitarse una regulación abstracta y rígida de la situación jurídica del discapacitado... Una medida de protección como la incapacidad, independientemente del nombre con el que finalmente el legislador acuerde identificarla, solamente tiene justificación con relación a la protección de la persona». El sistema de protección establecido en el Código civil sigue por tanto vigente, aunque con la lectura que se propone: «1.<sup>º</sup> Que se tenga siempre en cuenta que el incapaz sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que la incapacidad es solo una forma de protección. 2.<sup>º</sup> La incapacidad no es una medida discriminatoria porque la situación mercedora de la protección tiene características específicas y propias. Estamos hablando de una persona cuyas facultades intelectivas y volitivas no le permiten ejercer sus derechos como persona porque le impiden autogobernarse. Por tanto no se trata de un sistema de protección de la familia, sino única y exclusivamente de la persona afectada».

<sup>14</sup> SAP de Barcelona, Sección 18.<sup>a</sup>, 401/2019 de 31 de mayo de 2019, Rec. 34/2019. Ponente: María Dolores VIÑAS MAESTRE (La Ley 70259/2019). ECLI: ES:APB:2019:5987.

<sup>15</sup> SAP de Barcelona, Sección 18.<sup>a</sup>, 140/2019 de 20 de febrero de 2019, Rec. 1001/2018. Ponente: Francisco Javier PEREDA GÁMEZ (La Ley 9366/2019). ECLI: ES:APB:2019:1283.

<sup>16</sup> SAP de Barcelona, Sección 18.<sup>a</sup>, 499/2019 de 17 de julio de 2019, Rec. 56/2019. Ponente: Francisco Javier PEREDA GÁMEZ (La Ley 109911/2019). ECLI: ES:APB:2019:9723.

<sup>17</sup> STS, Sala Primera, de lo Civil, 362/2018 de 15 de junio de 2018, Rec. 2122/2017. Ponente: Eduardo BAENA RUIZ (La Ley 68755/2018). ECLI: ES:TS:2018:2191.

<sup>18</sup> STS, Sala Primera, de lo Civil, 298/2017 de 16 de mayo de 2017, Rec. 2759/2016. Ponente: María de los Ángeles PARRA LUCÁN (La Ley 48331/2017). ECLI: ES:TS:2017:1901. Analiza un supuesto de modificación parcial de la capacidad del demandado, que padece la enfermedad de Alzheimer que le provoca un deterioro cognitivo y alteraciones de conducta. La discapacidad intelectual que padece le limita su autogobierno tanto en el ámbito personal como en el patrimonial y para complementar su capacidad necesita de la asistencia de un curador y no de un tutor. Es suficiente un apoyo de que, sin sustituir a la persona con discapacidad, le ayude a tomar las decisiones que le afecten. Se declara que *el demandado tiene una «alta reserva cognitiva», lo que no es compatible con su sometimiento a tutela*. En la esfera personal necesita la intervención del curador para tomar decisiones que excedan de las actividades básicas de la vida ordinaria y para todo lo relacionado con su salud, manejo de medicamentos, pautas alimenticias y consentimiento de tratamientos médicos. En la esfera patrimonial y de economía, puede gestionar y administrar el cincuenta por ciento de su pensión, conserva la iniciativa pero necesita la asistencia de un curador para los actos patrimoniales recogidos en los artículos 271 y 272 del Código civil con las especificaciones que se establecen. A la hora de designar al curador no se prescinde de la voluntad del demandado alterando el orden legal porque no se identifica una preferencia clara e inequívoca. Se declara a su hijo mayor como el más idóneo para ejercer el cargo.

<sup>19</sup> STS, Sala Primera, de lo Civil, 716/2015 de 17 de diciembre de 2015, Rec. 2577/2014. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA (La Ley 196605/2015). ECLI: ES:TS:2015:5438. El demandado padece una «esquizofrenia paranoide» que limita sus facultades para tomar decisiones económicas y relacionadas con su salud, pudiéndole llevar en ocasiones a realizar gastos injustificados o a abandonar el tratamiento previsto con evidente peligro del consumo paralelo de productos psicotrópicos. Su patología le impide autogobernarse, por lo que se le somete a un régimen de curatela como sistema de protección y no de exclusión, señalándose aquellos actos para los que precisará de la asistencia del curador.